

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

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

AÑO XLIV

TOMO CXVII

NUMEROS 501 - 502

SEGUNDO SEMESTRE 1989

VOLUMEN I

RELATORES:

Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH

Dra. MARGARITA HERNANDEZ DE ALBARRACIN

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLIV

TOMO CXVI

NUMEROS 499 - 500

SEGUNDO SEMESTRE DE 1989

VOLUMEN III

RELATORES:

*Dr. Danilo Rojas Betancourth*

*Dra. Margarita Hernández de Albarracín*

**GOSEJO DE ESTADO - BIBLIOTECA**

DONAC. Reforma

CANJE \_\_\_\_\_

COMPRA \_\_\_\_\_

VALOR \$ \_\_\_\_\_ No. \_\_\_\_\_

FECHA INGRESO 02 FEB 1995

# CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO SEMESTRE

1989

Presidente:

*Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo*

Vicepresidente:

*Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Secretaria General:

*Doctora Nubia González Cerón*

## SECCION PRIMERA

*Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja*  
Presidente

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

## SECCION SEGUNDA

*Dr. Alvaro Lecompte Luna*  
Presidente.

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

### SECCION TERCERA

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

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

### SECCION CUARTA

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

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

### SECCION QUINTA

*Dr. Jorge Penen Deltieure*  
Presidente

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

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

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

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

### FISCALIAS:

- 1<sup>ª</sup> *Dr. Alvaro León Cajiao*
- 2<sup>ª</sup> *Dra. Edné Cohen Daza*
- 3<sup>ª</sup> *Dr. Jaime Ossa Arbeláez*
- 4<sup>ª</sup> *Dr. Absalón Gartner Tobón*
- 5<sup>ª</sup> *Dra. María Eugenia Samper R.*
- 6<sup>ª</sup> *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*
- 7<sup>ª</sup> *Dr. Juan Fernández Carrasquilla*
- 8<sup>ª</sup> *Dr. Jaime Mossos Guarnizo*

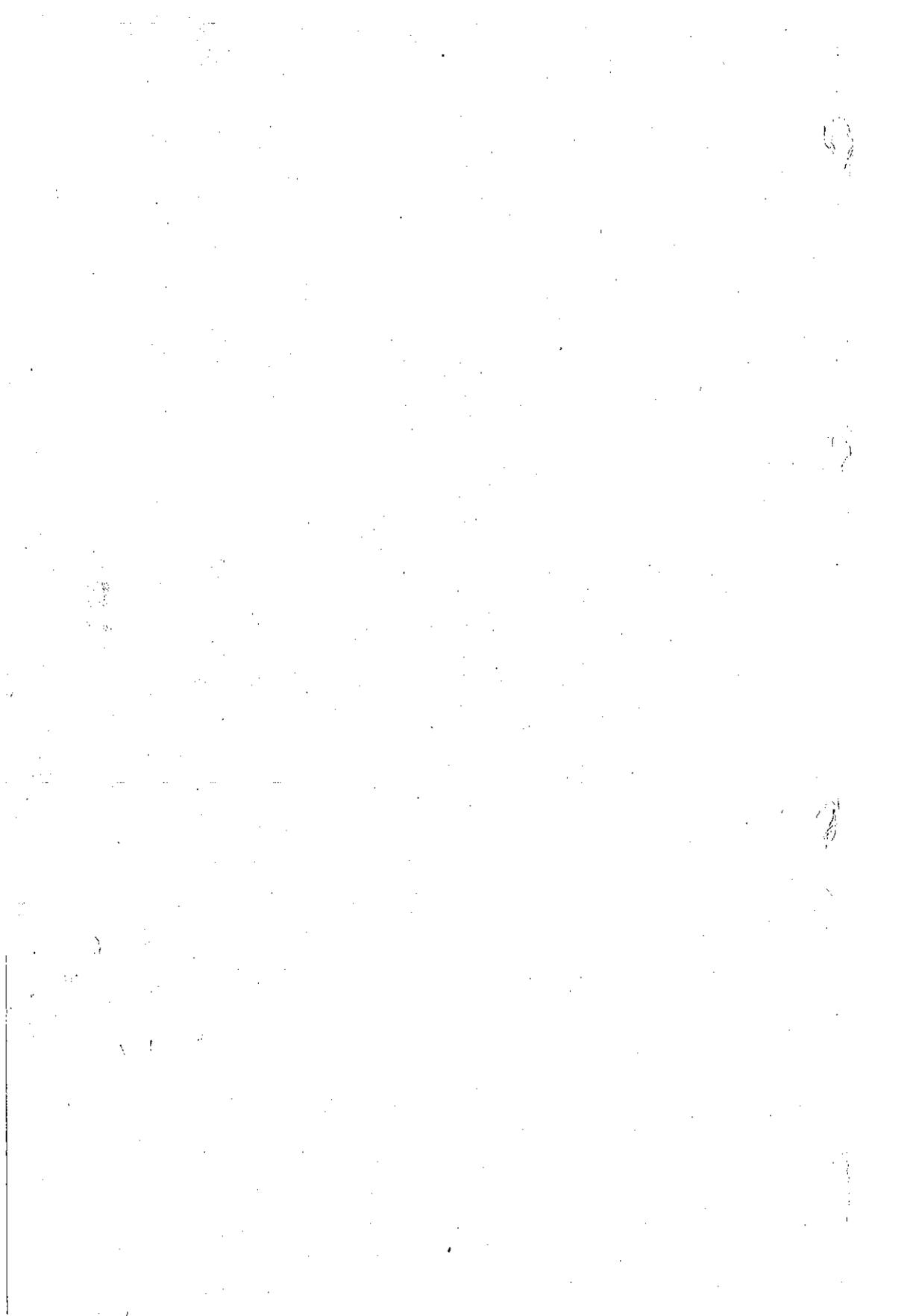
*Dra. Nubia González Cerón*  
Secretaria General

### RELATORES:

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

**PRIMERA PARTE**  
**FUNCION CONSULTIVA**

**CONSULTAS DEL GOBIERNO**



*ICETEX - Facultades / TITULOS DE AHORRO EDUCATIVO  
- Captación / CONTRATO DE FIDUCIA / FIDEICOMISO*

*No es posible admitir que la Ley 18 de 1988 otorgue facultades al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado en una forma ilimitada, es decir a través de todos los mecanismos autorizados para los denominados intermediarios financieros, porque su finalidad consiste en promover el ahorro privado con el único propósito de cubrir el costo de la educación superior del beneficiario.*

*El ICETEX está autorizado mediante directas y específicas disposiciones legales, para celebrar contratos de fiducia con el objeto de emitir, colocar y mantener en circulación los títulos de ahorro educativo y para administrar los fondos provenientes de los mismos. La ley no contempla la posibilidad de que el ICETEX sea fiduciario sino fideicomitente.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio número 807 de julio 6 de 1989 del Ministerio de Educación Nacional).*

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

*Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.*

*Referencia: Radicación número 278. Consulta del Ministerio de Educación Nacional, sobre Ley 18 de 1988 “por la cual se autoriza al ICETEX, para captar ahorro interno y se crea un título valor de régimen especial”.*

*Se absuelve la consulta que el señor ministro de Educación Nacional hace a la Sala en los siguientes términos textuales:*

*“1º Facultó la Ley 18 de 1988 al ICETEX, de acuerdo al ordinal a) de su artículo primero, a captar fondos provenientes del ahorro mediante los mecanismos previstos legalmente para ello, por ejemplo, la emisión de títulos, tales como pagarés, bonos certificados de depósito a término o la facultad otorgada al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado debe desarrollarse única y exclusivamente del ahorro privado a través de la emisión, colocación y circulación de Títulos de Ahorro Educativo?”*

“2º Siendo ICETEX un establecimiento de crédito, estaría en la viabilidad jurídica de solicitar a la Superintendencia Bancaria, previo decreto que invoque los ordinales 14 y 15 de la Constitución, su reconocimiento como tal y la autorización para obtener la calidad de realizar operaciones de fiducia, a través de una sección especial, en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio, o requiere de una ley previa que los autorice para realizar contratos que se sujetan a las disposiciones del derecho privado, teniendo en cuenta que es un establecimiento público, que por regla general se rige conforme a las reglas del derecho público?”.

*La Sala considera:*

1º De la exposición de motivos de la Ley 18 de 1988 se infiere que tiene por objeto facilitar el acceso a la educación superior, mediante el incentivo del ahorro privado, que permita cubrir los altos costos de la educación superior. También busca establecer un mecanismo de financiación para ICETEX, que haga posible cumplir las tareas de fomento educativo que le prescribe la ley.

2º En este orden de ideas, el legislador facultó al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado, mediante títulos de ahorro educativo, reconocer intereses sobre los mismos, “administrarlos directamente o celebrar contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago” que fueren pertinentes.

De manera que la facultad otorgada al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado se fundamenta única y exclusivamente en la finalidad de hacer posible, mediante los títulos de ahorro educativo, el cubrimiento de los costos de la educación universitaria y la financiación del ICETEX.

La ley establece el mecanismo para la captación de fondos, que consiste en autorizar especialmente al ICETEX para que directamente o a través de fideicomiso “emita, coloque y mantenga en circulación” títulos de ahorro educativo (TAE), con la indicada finalidad de interés público o social. De ahí que éstos sean nominativos y que los plazos de vencimiento puedan ser hasta de 24 años; que los títulos deban pagarse de contado, en el momento de suscribirse, o por cuotas en plazos comprendidos entre doce y sesenta meses; que el ICETEX debe constituir garantías y que la ley los defina como títulos valores e instituya para los ahorradores un régimen tributario especial.

3º La Sala considera que la Ley 18 de 1988 debe interpretarse en conjunto, habida consideración de su finalidad; especialmente los artículos primero, letra a), y segundo *ibidem*, porque mientras aquél concede las facultades y éste prescribe el mecanismo específico para ejercerlas.

Además, no es posible admitir que la Ley 18 de 1988 otorgue facultades al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado en una forma ilimitada, es decir, a través de todos los mecanismos autorizados para los denominados intermediarios financieros, porque su finalidad no consiste ni en cambiar o modificar su objeto ni en obtener ganancias para la entidad sino, como se indicó, en promover el ahorro privado con el único propósito de cubrir el costo de la educación superior del beneficiario y financiar al ICETEX para que pueda cumplir mejor sus funciones de fomento educativo hasta por el monto de cinco mil millones de pesos (\$ 5.000.000.000.00); de lo contrario se desvirtuarían y perderían sentido las funciones que la ley atribuye al ICETEX, como establecimiento público nacional, regido por normas y principios de Derecho Público y con una finalidad de interés social. Además, esta misma conclusión se deduce de considerar que los artículos 1º, letra a), y 2º de la Ley 18 de 1988 son complementarios entre sí y concurren a autorizar los títulos de ahorro educativo que son el medio por el cual el ICETEX puede captar fondos provenientes del ahorro privado; la historia fidedigna de la ley, como se deduce de las ponencias para los debates del proyecto en la Cámara de Representantes y en el Senado, particularmente de las de los doctores Carlos Rodado Noriega y Hernando Barjuch Martínez y del informe de la subcomisión constituida por la comisión tercera del Senado de la República, indica claramente que los artículos 1º, letra a), y 2º de la Ley 18 de 1988 facultaron al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado mediante los títulos de ahorro educativo que fueron creados y regulados por la misma ley.

Además, los artículos 1º, letra b), y 2º de la Ley 18 de 1988 también deben entenderse coordinadamente, en el sentido de que facultan al ICETEX para “administrar directamente los fondos” provenientes de los títulos de ahorro educativo o para celebrar los “contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago” que fueren necesarios.

4º La segunda pregunta tiene por objeto saber si el ICETEX puede o no celebrar, según la Ley 18 de 1988, contratos de fideicomiso y, en caso negativo, si jurídicamente sería o no posible que el gobierno lo autorice para ello en ejercicio de las facultades que el artículo 120, ordinales 14 y 15, de la Constitución confieren al Presidente de la República.

5º La Sala considera que los artículos 1º, letra b), y 2º de la Ley 18 de 1988 autorizan al ICETEX para que “directamente o a través de fideicomiso emita, coloque y mantenga en circulación, títulos de ahorro educativo (TAE) hasta por un monto de cinco mil millones de pesos (\$ 5.000.000.000.00) moneda corriente” y para administrar los fondos que se recauden por ese concepto, directamente o mediante “contratos de fideicomiso, garantía, agencia o pago a que hubiere lugar”. Por consiguiente, el ICETEX está facultado, mediante directas y específicas disposiciones legales, para celebrar contratos de fiducia con el objeto

de emitir, colocar y mantener en circulación los títulos de ahorro educativo y para administrar los fondos provenientes de los mismos. Lo que significa que ICETEX sólo puede celebrar contratos de fiducia como fideicomitente para que fiduciarios, que reúnan los requisitos legales, manejen esos recursos de conformidad con la ley. La Ley 18 de 1988 no contempla la posibilidad de que el ICETEX sea fiduciario sino fideicomitente; pues, sólo lo autoriza para que administre directamente esos fondos o los entregue a terceros con la misma finalidad, no para que reciba otros en calidad de administrador.

6º El contrato de fiducia de que se trata es privado y está regulado por el Código de Comercio (arts. 1226 a 1244 y 5º de la Ley 18 de 1988). Pero las facultades del ICETEX para celebrarlo se determinan por la Ley 18 de 1988 y ésta sólo autoriza para ser fideicomitente y no fiduciario.

7º Para que el ICETEX, que es un establecimiento público nacional regido por principios y reglas de derecho público, pueda ser fiduciario, no obstante que no es establecimiento de crédito mercantil ni una sociedad fiduciaria (art. 1226, inciso 3º del Código de Comercio), se requeriría expresa autorización legal porque, según el artículo 76, ordinales 9º y 10, de la Constitución, mediante iniciativa del gobierno, corresponde al Congreso, por medio de leyes, crear, reformar, fusionar o suprimir los establecimientos públicos nacionales, entre los cuales se cuenta el ICETEX. Las leyes que crean o reforman los establecimientos públicos nacionales determinan sus funciones y pueden, por lo mismo, modificarlos; por consiguiente, la ley podría adicionar el Decreto-ley 3155 de 1968, que prescribe las funciones del ICETEX, y autorizarlo para ser fiduciario.

8º El artículo 120, ordinal 14, de la Constitución atribuye al Presidente de la República, como "suprema autoridad administrativa", "ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

La jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 14 de junio de 1974) y de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 9 de junio de 1987) ya son contestes en considerar que se trata de una facultad administrativa que el Presidente de la República debe ejercer en consonancia con la ley. Su finalidad consiste, no en permitirle ejercer la función legislativa —que, según la Constitución, sólo le corresponde en cinco casos taxativos y excepcionales que son, por lo mismo, de restrictiva interpretación (arts. 118, ordinal 8º, 214 y 216 de la Carta)—, sino una tarea administrativa que consiste, además de la intervención de la misma índole en el Banco Emisor, en tomar las medidas necesarias para impedir que los intermediarios financieros defrauden la confianza del público. Por consiguiente, mediante dispo-

siciones fundadas en el artículo 120, ordinal 14 de la Constitución, el Presidente de la República no podría reformar o adicionar las facultades que la ley, con base en el artículo 76, ordinales 9º y 10, atribuyó al ICETEX. Además, si la Ley 18 de 1988 le otorgó otras atribuciones, entre ellas, la de celebrar contratos de fiducia como fideicomitente, para que también pueda ser fiduciaria se requeriría una nueva autorización legal.

9º El artículo 120, ordinal 15 de la Constitución, atribuye al Presidente de la República, como "suprema autoridad administrativa", "ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes".

La disposición transcrita confiere al Presidente de la República una facultad ejecutiva, de inspección y vigilancia, sobre los establecimientos bancarios de crédito y las sociedades mercantiles. El Presidente de la República ejerce estas funciones mediante las superintendencias bancarias, de control de cambios y de sociedades. Pero esta disposición en modo alguno se refiere a los establecimientos públicos nacionales, como el ICETEX, a los cuales, por lo mismo, no les es aplicable.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**PERSONAL DOCENTE / SUBSIDIO FAMILIAR / FER**

*El reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo nacionalizado resultó exigible a partir de 22 de enero de 1976, fecha de expedición del Decreto-ley 102 de 1976, cuyo artículo 12 sometió los respectivos cargos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente y a la jurisdicción y autoridad de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional. El subsidio familiar no reclamado por su beneficiario dentro del término de tres años prescribe al cumplirse tal término, contado desde cuando se hizo exigible el respectivo derecho y se interrumpe una vez recibido por el patrono el reclamo escrito del trabajador sobre el derecho o prestación debidamente determinado, volviendo a empezar el conteo, vencido el cual prescribe el derecho.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio 808 de julio 6 de 1989 del Ministerio de Educación Nacional).*

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

**Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

**Referencia: Radicación número 279. Consulta del Ministerio de Educación sobre: “Reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo nacional”.**

**En Oficio número 0411, el señor Ministro de Educación Nacional, solicita a la Sala concepto sobre la consulta que se transcribe textualmente:**

**“El subsidio familiar como prestación destinada a aliviar económicamente a los trabajadores de medianos y bajos ingresos en atención con las personas que tuvieran a cargo, fue establecido legalmente en virtud del Decreto extraordinario 118 de 1957 que lo ordenó para trabajadores particulares.**

**“Más adelante se expidió la Ley 58 de 1963, que en su artículo primero extendió el derecho al subsidio familiar a**

los empleados civiles y a los simples trabajadores oficiales dependientes de la Nación, los departamentos y demás entidades territoriales.

“Para el pago de esta prestación las entidades obligadas a pagarla destinarían una suma equivalente al 4% del monto de los respectivos sueldos y jornales.

“Esta ley se aplicó a los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) hasta la expedición de los Decretos 3135 de 1968 (art. 40) y el reglamentario 1848 de 1969 (art. 100) que dispusieron que el subsidio familiar para empleados oficiales sería equivalente a \$ 30.00 mensuales por cada hijo, sin que el total exceda de \$ 120.00 mensuales por cada empleado o trabajador.

“Posteriormente se expidió la Ley 56 de 1973, que en su artículo 5º es clara al establecer ‘el subsidio familiar sólo se reconocerá a los trabajadores tanto oficiales como particulares’.

“El Decreto 3135 de 1968 rige para los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional. El Decreto 1848 de 1969, artículo 7º, establece como regla general, que ‘1º Las normas de este decreto y el Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicarán a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, mientras que la ley no disponga otra cosa; 2º Se aplicarán igualmente a los trabajadores oficiales, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los decretos mencionados y sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulen el derecho colectivo de trabajo’.

“El subsidio familiar es una prestación social y las normas que lo contienen son especiales.

“De acuerdo con lo anterior, el régimen de subsidio familiar tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales se consignó en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y posteriormente se separó el régimen de los trabajadores oficiales, plasmado en la Ley 56 de 1973, quedando los empleados públicos amparados por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

“Con la expedición de la Ley 21 de 1982, que reformó nuevamente el derecho al subsidio familiar, se pretendió regular las disposiciones que sobre esta prestación contempla

la Ley 56 de 1973, que como ya se dijo se refirió exclusivamente a trabajadores oficiales y particulares, quedando los empleados públicos del orden nacional y seccional bajo el régimen que para éstos se estableció en normas anteriores.

"De acuerdo con lo expuesto, se presentan las siguientes inquietudes:

"1. A partir de qué fecha se le debe reconocer al personal docente y administrativo nacional y nacionalizado el subsidio familiar?

"2. Es legal reconocer el subsidio familiar antes de la expedición de la Ley 21 de 1982, ya que algunas reclamaciones efectuadas por este personal son con anterioridad a la expedición de la citada ley?

"3. Qué tiempo de prescripción tiene el derecho a reclamar el subsidio familiar?

"4. Cómo se interrumpe la prescripción?"

#### *Consideraciones:*

Para los empleados públicos y trabajadores oficiales de la Nación el artículo 40 del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 disponía: "El subsidio familiar, a partir del segundo semestre de 1968, será equivalente a treinta pesos (\$ 30.00) mensuales por cada hijo, sin que el total pueda exceder de ciento veinte pesos (\$ 120.00) mensuales para cada empleado o trabajador".

El derecho al subsidio familiar de los trabajadores oficiales, en su acepción genérica, comprensiva también de los empleados civiles, se configuraba, según la Ley 58 de 1963, artículo 6º, con el cumplimiento de dos (2) meses de servicio en la respectiva empresa o establecimiento y de media jornada de trabajo diario o noventa y seis horas en el mes. Todo sobre la base de remuneración mensual que no excediera de dos mil pesos (\$ 2.000.00) en ciudades de más de 100.000 habitantes, o de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) en el resto del país.

"El pago del subsidio correspondiente al segundo semestre de 1968 y al año de 1969 se cubrirá durante las vigencias de 1970 y 1971".

Reformado de nuevo el régimen del subsidio familiar por la Ley 56 de 1973, se estableció como norma general del reconocimiento de tal prestación la del artículo 5º, expresada en los siguientes términos:

"El subsidio familiar sólo se reconocerá a los trabajadores tanto oficiales como particulares, cuya remuneración total mensual, fija o variable o promedio, en dinero, en especie o en servicios, no exceda

de seis (6) veces el valor del mayor salario mínimo legal que rija en el lugar en donde se realice el pago”.

“El subsidio podrá cobrarse desde el mes en el cual nazca el hijo hasta el mes en que llegue a la mayoría de edad. Pero a partir de los doce (12) años sólo causarán subsidio los menores que estudien en un establecimiento docente”.

La expedición del Decreto 1049 de 5 de junio de 1974, reglamentario de la Ley 56 de 1973 se refirió también al derecho de los *empleados civiles* y de los trabajadores oficiales *al servicio de la Nación*, cuando dispuso el pago del subsidio en determinado día, por conducto de una caja de compensación familiar, disposición que elimina cualquier duda sobre la continuidad del derecho de dichos empleados a la prestación consagrada por la Ley 58 de 1963, no obstante, la limitación cuantitativa que estableció el Decreto-ley 3135 de 1968.

Con la expedición de la Ley 58 de 1963 la Nación resultó obligada al pago del subsidio familiar del personal docente y administrativo con derecho al mismo, en los términos extensivos de dicha ley. Con la reforma introducida por la expedición de la citada ley permitió al mismo personal docente y administrativo continuar como beneficiario del subsidio, sin la limitación en cuanto al momento establecido por el artículo 40 del Decreto 3135 de 1968, norma insubsistente dentro del régimen reformado.

Respecto del personal docente y administrativo “nacionalizado” o sea perteneciente a los planteles nacionales administrados por los Fondos Educativos Regionales, hay que tener en cuenta que cargos ocupados por dicho personal son cargos nacionales, sometidos por el artículo 12 del Decreto-ley 102 de 1976 al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente y que a dicho régimen se integraron las disposiciones de la Ley 56 de 1973 como se integran hoy las de la Ley 21 de 1982 y de su Decreto reglamentario 784 de 1989.

Basta que el Fondo Educativo Regional reciba, maneje y disponga de ingresos de la Nación y pague los sueldos del personal a cargo de la misma, en cuanto se trata del servicio nacionalizado por la Ley 43 de 1975, para que dicho Fondo asuma, como organismo público del orden nacional, el cumplimiento de la Ley 21 de 1982, en lo pertinente a los aportes ordenados por la misma para el pago del subsidio familiar.

Así lo sostuvo esta Sala en concepto de 4 de abril último (Radiación 259) rendido con ponencia del suscrito consejero por solicitud del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Ni la Ley 58 de 1963, ni la 56 de 1973, señalaron expresamente los términos de prescripción de las acciones correspondientes al subsidio familiar, como lo hace el artículo 6º de la Ley 21 de 1982, en los siguientes términos: "Las acciones correspondientes al subsidio familiar prescriben en los términos del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el derecho a la cuota correspondiente a un mes determinado, caduca al vencimiento del mes subsiguiente, en relación con los trabajadores beneficiarios que no hayan aportado las pruebas del caso, cuando el respectivo empleador haya pagado oportunamente los aportes de ley por intermedio de una Caja de Compensación Familiar o de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero".

Es regla general del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 488, que las acciones correspondientes a los derechos por él regulados prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales.

"El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente" (art. 489 *ibidem*).

La misma regla de prescripción y de interrupción contienen los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo respecto de las acciones que emanen de las leyes sociales y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto de las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968.

Con los fundamentos hasta aquí aducidos esta Sala concreta su respuesta a los interrogantes del señor Ministro de Educación Nacional:

1º a) El reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo del orden nacional, resultó exigible a partir de 1º de enero de 1965, conforme a la Ley 58 de 1963, artículo 1º, en armonía con el artículo 40 del Decreto 3135 de 1968; a partir del mes siguiente a aquel en que el trabajador hubiere completado sesenta (60) días de servicio continuo al mismo empleador, conforme al artículo 6º de la Ley 56 de 1973, y a partir de la reunión de los requisitos exigidos por el artículo 18 de la Ley 21 de 1982, vigente desde el 15 de febrero de dicho año;

b) El reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo "nacionalizado" resultó exigible a partir de 22 de enero de 1976, fecha de expedición del Decreto-ley 102 de 1976, cuyo artículo 12 sometió los respectivos cargos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente y a la jurisdicción y autoridad de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional.

2º El reconocimiento del subsidio familiar correspondiente al régimen de la Ley 56 de 1973 está condicionado a la subsistencia del derecho dentro de los términos de dicho régimen, es decir, siempre y cuando se haya solicitado oportunamente, o sea, antes de transcurrido el lapso señalado para la prescripción.

3º El subsidio familiar no reclamado por su beneficiario dentro del término de tres años prescribe al cumplirse tal término, contado desde cuando se hizo exigible el respectivo derecho (art. 151 del Código Procesal del Trabajo).

4º La prescripción se interrumpe una vez recibido por el patrono el reclamo escrito del trabajador sobre el derecho o prestación debidamente determinado. Y tal interrupción no es indefinida, sino hasta por el término de tres años, vencido el cual prescribe el derecho (art. 151, C. P. del T.).

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Ministro de Educación Nacional.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*TELECOM / EMPLEADO PUBLICO - Régimen prestacional*

*Las normas vigentes no prevén auxilio de asistencia legal para los empleados públicos que en ejercicio de sus funciones resulten involucrados en procesos judiciales. De manera que si la ley no ha fijado esta clase de prestación debe entenderse que los empleados públicos no tienen derecho a su reconocimiento y pago. Además, ninguna entidad distinta al legislador está autorizada para establecer dicha prestación. La Resolución 3015 de 1965, por medio de la cual se establecieron algunas prestaciones extralegales para los empleados de TELECOM, quedó derogada por la legislación expedida en el año 1968. (Publicación autorizada mediante Oficio 608 de julio 5 de 1989 del Ministerio de Comunicaciones).*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

*Referencia: Consulta. Radicación número 293. TELECOM asistencia legal de un empleado.*

*El señor Ministro de Comunicaciones doctor Carlos Lemos Simmonds, eleva a la Sala la siguiente consulta, que se transcribe textualmente así:*

*1. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—, es un establecimiento del orden nacional creada y organizada, entre otras, según las siguientes disposiciones: Ley 6ª de 1943, Ley 83 de 1945 y los Decretos 1648 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1954, 1635 de 1960, 3267 de 1963, 2325 de 1987 y 1588 de 1988.*

*En cumplimiento de tales disposiciones, TELECOM desarrolla todas sus actividades, en especial aquellas encaminadas a asegurar la continua, eficiente e ininterrumpida prestación de los servicios públicos de comunicaciones, tanto en el territorio nacional como en conexión con el exterior.*

*2. En ejercicio de las facultades extraordinarias que el Congreso de la República confirió mediante la Ley 4ª de 1987, el señor Presidente de la República expidió el Decreto-ley 2201 de 1987 "por el cual se re-*

cogen y codifican los auxilios, primas, bonificaciones, sobrerremuneraciones, subsidios, servicio médico, seguro y régimen de pensiones de los empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones”.

Así mismo fue expedido el Decreto-ley 2200 de 1987 “por el cual se regula el Régimen Especial de Administración de Personal y de Carrera Administrativa para los empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM—”.

3. Del estudio de las normas en cita parece desprenderse la conclusión de que ellas no consagran disposición alguna que expresamente autorice a la entidad a asumir, directamente por medio de sus funcionarios, o a través de profesionales externos, la asistencia legal (más los costos que ella ocasione), que puedan requerir sus empleados, cuando en ejercicio de sus funciones se vean comprometidos en algún proceso judicial, tal como sí llegó a contemplarlo la Resolución número 3015 de septiembre 30 de 1965 expedida por el presidente de TELECOM, en cuyo artículo 11 se lee: “Cuando un trabajador en cumplimiento de las funciones propias de su cargo, o atendiendo trabajo con orden superior, incurra en un hecho que dé cabida para que pueda ser implicado como delito culposo, la Empresa prestará los servicios profesionales para la defensa judicial del trabajador, siempre que no haya sido violado reglamentos de trabajo de la misma”.

El caso más común se presenta cuando un chofer, en ejercicio de sus funciones, se ve involucrado en un proceso penal generado en algún accidente automovilístico, sin que pueda determinarse la inocencia o culpabilidad del conductor (funcionario público), hasta tanto culmine el respectivo proceso.

Es claro que la atención y defensa del conductor, dentro del proceso judicial, requiere la actuación de un profesional del derecho.

Además, la calificación de la conducta del funcionario podría incidir, también, en la responsabilidad que se demande respecto de la entidad pública, según que el hecho hubiere sido ocasionado por culpa o imprudencia de dicho conductor o, por el contrario, por culpa o imprudencia de un particular.

Es el caso, también, del celador que en ejercicio de su cargo, y para proteger los bienes de la administración, dispara contra un agresor, debiendo, posteriormente, en un proceso judicial, ser investigado para lograr el esclarecimiento de su conducta; o el cajero de una entidad pública que resulta víctima de un asalto y debe comparecer, ante las autoridades que investigan los hechos, para explicar sus actuaciones y responder por los dineros cuya custodia le fue confiada, etc.

4. De conformidad con el Decreto-ley 196 de 1971, artículo 39, los empleados públicos no pueden ejercer la abogacía salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo.

Se pregunta:

A) Los accidentes automovilísticos en que se vea comprometido el conductor de una entidad pública, concretamente TELECOM, podrían considerarse accidente de trabajo?;

B) La asistencia legal que requiera el conductor (funcionario público), para afrontar los procesos que se originen en el accidente en que se ha visto involucrado, puede ser prestada por la entidad pública a la cual se encuentra vinculado el respectivo funcionario, tal como analógicamente sucede con la asistencia médica?;

C) TELECOM podría contratar los servicios de un profesional externo para que asuma la representación judicial, no de la Empresa sino de la persona del funcionario, que en ejercicio de sus funciones resulte involucrado en un proceso judicial?;

D) El funcionario público afectado, estaría en libertad de escoger al profesional del derecho que ha de llevar su representación en el proceso judicial, o necesariamente tendría que conferir poder a aquel abogado que la entidad pública seleccione o designe?;

E) Los abogados que como servidores públicos se encuentren al servicio de la Empresa, podrían litigar en nombre de otros funcionarios de la misma entidad en cuanto éstos se vieren involucrados en algún proceso judicial como consecuencia o con ocasión del ejercicio de sus funciones?;

F) El caso específico del conductor, utilizado como ejemplo en esta consulta, podría extenderse a otras situaciones que den origen a diferentes procesos, penales o disciplinarios, en los cuales se viere involucrado el funcionario público como consecuencia o con ocasión del ejercicio de sus propias funciones y para cuya atención requiere la asesoría o intervención de un profesional del derecho?;

G) La Resolución número 3015 de septiembre 30 de 1965, emanada de la Presidencia de TELECOM, cuya fotocopia autenticada adjunto, puede considerarse vigente aún después de expedido el Decreto-ley 2201 de 1987?

*La Sala considera:*

1. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, es un establecimiento público del orden nacional que tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos de comunicaciones telefónicas y telegráficas eléctricas y radioeléctricas, dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior (Decreto 1184 de 1969). Las personas vinculadas a su servicio son empleados públicos, sin embargo, pueden tener personal vinculado por contrato de trabajo según las previsiones que sobre este aspecto se hayan hecho en sus estatutos (art. 5º, Decreto 3135 de 1968).

2. Los empleados públicos de las entidades del orden nacional tienen derecho a que se les reconozca y pague las prestaciones prescritas en los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985. De manera que, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones están sometidas a las disposiciones citadas, y a las demás de carácter legal que regulen especialmente la materia.

3. Como consecuencia de la Reforma Constitucional de 1968 se produjo un cambio administrativo en el país, en el orden de la estructura y organización de la administración nacional, en el manejo del personal vinculado a la misma y en la determinación de sus prestaciones. Expedidos los Decretos-leyes 1050, 2400, 3130 y 3135 de 1968, entre otros, se modificó la legislación que regulaba dichos aspectos, alcanzándose de esta manera el objetivo fijado por la reforma constitucional mencionada.

4. Le corresponde exclusivamente al Congreso de la República, de conformidad con el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional, fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados de la administración nacional, es decir, que sólo la ley puede determinar y fijar prestaciones para los empleados públicos del orden nacional. Excepcionalmente desarrolla esta atribución el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas *pro tempore* por el Congreso, conforme lo prevé el ordinal 12, artículo 76 de la Constitución Nacional.

5. En este orden de ideas se tiene que, las prestaciones de los empleados públicos del orden nacional deben ser fijadas por el Congreso de la República a través de leyes; que existe una legislación general aplicable a dichos empleados; y que excepcionalmente, como en el caso de TELECOM, la ley establece de manera especial otras prestaciones sociales para sus servidores, tomando en consideración la calidad y el riesgo de las funciones. Es por esta razón que el legislador autorizó al Presidente de la República, por medio de la Ley 4ª de 1977, para que codificara los auxilios y demás prestaciones de los empleados de la mencionada empresa. En cumplimiento de dichas atribuciones se expidió el Decreto-ley 2201 de 1987, vigente en la actualidad, que recoge y codifica todas las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados de TELECOM.

6. Ni el Decreto-ley 2201 de 1987, ni los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 prevén el auxilio de asistencia legal para los empleados públicos que en ejercicio de sus funciones "resulten involucrados en procesos judiciales". De manera que si la ley no ha fijado esta clase de prestación debe entenderse que los empleados públicos no tienen derecho a su reconocimiento y pago. Además, ninguna entidad distinta al legislador está autorizada para establecer dicha prestación.

7. La Resolución 3015 de 1965, por medio de la cual se establecieron algunas prestaciones extralegales para los empleados de TELECOM, quedó derogada, como se indicó, por la legislación expedida en el año 1968. Sobre este aspecto, se debe tener en cuenta que los empleados públicos tienen derecho a las prestaciones fijadas en la ley, por lo mismo, no existen para ellos las denominadas "prestaciones extralegales" que se convertirían, *ipso iure*, en disposiciones inconstitucionales.

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

A) Los accidentes automovilísticos que tengan los empleados de TELECOM en cumplimiento de sus funciones, son accidentes de trabajo, que como lo prevén las normas vigentes, generan un auxilio relacionado con la incapacidad de trabajar y proporcional al daño sufrido (art. 22, Decreto-ley 3135 de 1968), que se traduce en una indemnización y en la asistencia médica necesaria;

B) TELECOM no puede prestar asistencia legal a sus empleados, que en cumplimiento de sus funciones resulten implicados en procesos judiciales porque dicho auxilio no está prescrito en ninguna norma legal;

C) Por las mismas razones anotadas, TELECOM no puede contratar servicios de abogados externos para que asistan judicialmente a sus empleados;

D) Como TELECOM no puede designar abogado interno ni externo que represente judicialmente a sus empleados, éstos deben conferir poder al profesional que a bien tengan;

E) Los empleados de TELECOM que ejercen funciones jurídicas no pueden representar a los demás empleados que se encuentren involucrados en procesos judiciales, toda vez que dicha función no está descrita dentro del manual de la entidad y porque, como se anotó, esa prestación o auxilio no está fijado en las correspondientes normas legales. Además los empleados públicos no pueden hacer sino aquello que les está atribuido por la ley y, son responsables por la extralimitación de sus funciones (arts. 20 y 63, Constitución Nacional);

F) TELECOM en ningún caso puede prestar asesoría legal a sus empleados que, en cumplimiento de sus funciones, resultan involucrados en procesos judiciales o disciplinarios;

G) Tal como se indicó, la Resolución 3015 de 1965, expedida por el Director General de TELECOM, fue derogada por las normas legales dictadas con ocasión de la reforma administrativa del año 1968, y mal podría derogarla el Decreto-ley 2201 de 1987 cuando había desaparecido del orden jurídico desde 1968.

En los términos anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* así la consulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones doctor Carlos Lemos Simmonds.

Transcribese en copia auténtica al señor Ministro de Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria de la Sala.

## *PERSONAL DOCENTE - Régimen*

*Ante las normas que orientan y regulan, sobre principios generales de base, la actividad administrativa, resultan inoponibles a la administración, ámbitos reservados a funcionarios o empleados adscritos a determinado servicio y se justifica, en cambio, desde el punto de vista de la prestación de cualquier servicio, toda acción administrativa concreta y definida en grandes líneas o directrices genéricas, como la del Decreto 1647 de 1967, por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del Estado. En consecuencia, este decreto es aplicable a todos los empleados oficiales incluso a los educadores oficiales a que se refiere el artículo 3º del Estatuto Docente.*

*(Publicación autorizada por Oficio 810 de julio 6 de 1989 del Ministerio de Educación).*

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

*Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.*

*Referencia: Consulta sobre aplicación del Decreto 1647 de 1967 de los educadores oficiales. Radicación número 281.*

*El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, mediante Oficio 0433 de abril 14 de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:*

*“1. Los educadores oficiales del país, individualmente o a través de sus organizaciones gremiales, se oponen rotundamente a la aplicación del Decreto 1647 de 1967, argumentando para ello que dicha disposición no cobija a quienes el artículo 3º del Decreto extraordinario 2277 de 1979 (Estatuto Docente) les reconoce el carácter de ‘empleados oficiales de régimen especial’.*

*“La norma cuestionada expresa:*

*“Artículo primero. Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a*

los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal' (Subrayamos).

"El fundamento de quienes se oponen a la aplicación del Decreto 1647 de 1967 radica en el hecho de que el artículo antes transcrito alude a los 'empleados públicos' y a los 'trabajadores oficiales' y no a los '... empleados oficiales de régimen especial, que una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto' (art. 3º, Decreto 2277 de 1979). Y, por supuesto, el Estatuto Docente no tenía porqué ocuparse de una materia de naturaleza fiscal, que no es de la esencia del ejercicio de la profesión docente y excedía las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el numeral 4º, artículo primero, de la Ley 8ª de 1979.

"2. Sostiene también estos educadores que los descuentos ordenados en aplicación del artículo 2º del mismo Decreto 1647 de 1967, son incompatibles con las sanciones que la administración impone a los docentes por 'infracción de deberes y prohibiciones' o por 'mala conducta' tal como se señalan en los artículos 48 y 49 del Decreto extraordinario 2277 de 1979, con el argumento de que tales descuentos constituyen sanción y por lo tanto habría una doble sanción por una misma falta.

"En efecto, dicen las normas pertinentes:

"2.1. DECRETO 1647 de 1967:

"*Artículo segundo.* Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal'.

"2.2. DECRETO EXTRAORDINARIO 2277 de 1979:

"*Artículo 44.* Deberes de los docentes. Son deberes de los docentes vinculados al servicio oficial:

".....

"(f) Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo...».

“*Artículo 45. Prohibiciones. A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa.*”

“*Artículo 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta:*

“.....”

“j) Abandono del cargo.

“.....”

“En el artículo 47: Se define que el ‘abandono del cargo’ se presenta, entre otras causas, ‘...cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos’.

“*Artículo 48. Sanciones por infracción de deberes y prohibiciones. Los docentes que incumplan los deberes o violen las prohibiciones consagradas en este decreto se harán acreedores a las siguientes sanciones, las cuales serán impuestas en forma progresiva:*

“.....”

“*Artículo 49. Sanciones por mala conducta. Los docentes que incurran en las causales de mala conducta establecidas en este decreto se harán acreedores a las siguientes sanciones:*

“.....”

“3. La administración, particularmente a través de las unidades competentes del Ministerio de Educación Nacional y de las Oficinas Seccionales de Escalafón, ha sostenido que los descuentos por servicios no prestados es una medida estrictamente de control fiscal que se inspira en la estrecha relación existente entre trabajo y salario, siendo éste una consecuencia necesaria de aquél, de tal suerte que cualquier modificación o alteración de la prestación del servicio debe reflejarse en el salario, que tiene también el carácter de una contraprestación.

“En este orden de ideas, frente al incumplimiento parcial o total no justificado de la jornada laboral, que bien puede dar origen a un ‘abandono del cargo’, la administración ordena el descuento por la jornada parcial o total no laborada, sin perjuicio de adelantar las acciones disciplinarias

de rigor, al tenor de los artículos 48 o 49 del Decreto extraordinario 2277 de 1979 y normas reglamentarias como el Decreto 2480 de 31 de julio de 1986.

“4. Dados los anteriores presupuestos, desea conocer el Despacho a mi cargo el autorizado pronunciamiento de esa honorable Sala sobre los siguientes asuntos:

“4.1. Si el Decreto 1647 de 5 de septiembre de 1967 cobija a todos los empleados oficiales, incluidos los educadores oficiales definidos por el artículo 3º del Decreto extraordinario 2277 de 1979 como ‘empleados oficiales de régimen especial’.

“4.2. Si los descuentos ordenados en aplicación del Decreto 1647 de 5 de septiembre de 1967 no tienen carácter sancionatorio y, en consecuencia, son compatibles con la imposición de las sanciones de que tratan los artículos 48 y 49 del Decreto extraordinario 2277 de 1979 (Estatuto Docente)”.

*La Sala considera:*

Desde la expedición del Decreto 1036 de 1904, el reconocimiento de sueldos a *todo funcionario o empleado público* requiere la comprobación de los servicios rendidos, mediante nómina en que el jefe de la respectiva oficina o corporación certifique la asistencia del funcionario o empleado al cumplimiento de sus deberes durante el tiempo a que se extiende el reconocimiento.

Y por Decreto 186 de 1925 se estableció la forma de pago a los empleados, por décadas, quincenas o meses vencidos, reiterando el requisito de la comprobación de los servicios en la forma establecida por la Contraloría. El mismo requisito vino a exigirlo luego, el Decreto 1647 de 1967 en cuanto reafirmó que pago por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración, procede sólo por servicios rendidos y certificados debidamente, e impuso a quienes deben certificarlos la obligación de ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal, o la de reintegrar los sueldos o remuneraciones que no correspondan a servicios rendidos, sin perjuicios de la sanción penal por falsedad.

El derecho del docente de percibir la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado lo reconoce el respectivo régimen, no como derecho especial del docente, sino en cuanto derecho común a todo empleado público o trabajador oficial del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital o municipal en el sector central o descentralizado y connatural al sistema mismo de remuneración establecido por asignaciones mensuales, correspondientes a jornadas de trabajo o labores que se desarrollan ordinaria y permanentemente en horas diurnas.

La conformidad con las normas legales sobre clasificación y remuneración de empleos y con las políticas de administración de personal y de gasto público fijadas por el gobierno, para el período fiscal correspondiente, se impone también en la conformación de plantas de personal docente y son los mismos los efectos fiscales de las resoluciones o decretos que las adoptan cuando es docente el personal comprendido en ellas, en cuanto su conformación y reforma depende de apropiación presupuestaria bastante para cubrir su costo.

Por ello ante las normas que orientan y regulan, sobre principios generales de base, la actividad administrativa, resultan inoponibles a la administración, ámbitos reservados a funcionarios o empleados adscritos a determinado servicio y se justifica, en cambio, desde el punto de vista de la prestación de cualquier servicio, toda acción administrativa concreta, y definida en grandes líneas o directrices genéricas, como la del Decreto 1647 de 1967, por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del Estado. La sujeción de determinados funcionarios o empleados respecto a la administración y en aspectos comunes a todos, no necesita justificarse en sus exigencias concretas por una cobertura de ley en cada caso.

Condicionada, así, a la existencia de una norma la actividad de la administración, toda acción que puede ejercitarse es la propia de la norma y la consecuencia que puede surgir de su ejercicio deriva siempre de un status legal, de una situación de servicio, la del funcionario que lo presta y la del que certifica la prestación, relación de servicio vinculada, por demás, a una contraprestación, la del sueldo, cuya titularidad para el docente no está dentro del ámbito de las titularidades protegidas ni constituye prerrogativa derivada de norma expresa propia de su régimen.

No se trata, con la aplicación del Decreto 1647 de 1967 de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario, sino de acordar de plano el descuento del día no trabajado, cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio, no puede reclamarlo cuando no ha trabajado. Y tal pérdida se produce *ipso jure*, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo, cuando la prestación del servicio injustificadamente se omite. Es la técnica de ejecutoriedad inmediata operante en el sentido de que sólo se paga el servicio rendido, porque quien no lo presta no tiene derecho a remuneración. Y ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de satisfacer la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo sólo a quien cumpla su jornada de trabajo. No corresponde, pues, al carácter de pena o sanción la operación de descuento de sueldo, cuando éste no retribuya servicios; corresponde si acaso de una forma de coacción subsidiaria para que el empleado no incumpla su jornada laboral o para que siempre justifique su ausencia y pueda exigir la retribución

plena, como si hubiera prestado el servicio. Diferente es el caso cuando el docente sin justa causa no reanuda sus funciones dentro de los tres días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias, cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando hace dejación del cargo antes de que se le haya aceptado la renuncia o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado.

“En estos casos la autoridad nominadora, sin concepto previo de la respectiva junta de escalafón, *presumirá el abandono del cargo y podrá* decretar la suspensión provisional del docente mientras la junta decide sobre la sanción definitiva de acuerdo con los plazos establecidos en el artículo 53 del Decreto 2277, es decir hasta por sesenta (60) días, *sin derecho a remuneración*”.

“Si la determinación final de la junta de escalafón fuere absoluta, el docente será reintegrado al ejercicio de su cargo y se le pagará los salarios y prestaciones dejados de devengar por causa de dicha suspensión”.

Pero, “si en cualquier momento el docente justifica su ausencia, se procede a levantar la suspensión, se ordenará el reintegro, se reconocerán los salarios y prestaciones dejados de devengar y se archivará la actuación” (art. 32, Decreto 2480 de 1986).

También constituyen faltas disciplinarias el incumplimiento de los deberes, la violación de las prohibiciones y el abuso de los derechos señalados en el Título II, Capítulo 2º del Decreto-ley 2400 de 1968, en la Ley 13 de 1984 y en las demás disposiciones legales vigentes, aplicables a los empleados públicos que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera en la Presidencia de la República, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con tratamiento de empresas, del orden nacional. Y entre dichos deberes se señala el de “dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas”.

De allí, la prohibición de “abandonar o suspender sus labores sin autorización previa” y de “declarar huelgas o paros, apoyarlos o intervenir en ellos” (arts. 6º y 8º del Decreto 2400 de 1968).

Pero tampoco dichas prohibiciones resultan incompatibles con las disposiciones del Decreto 1647 de 1967, en cuanto la materia regulada por éste, ya examinada, no retiene contenido disciplinario ni sanciona faltas de ese carácter, sino regula y controla el pago de sueldos sobre la base de que se reconozcan siempre y cuando se hayan prestado los

servicios que los justifican y conmina al cumplimiento de los deberes propios de los servidores del Estado, asegurando, de paso, la exactitud de los gastos de funcionamiento y su correspondencia con la prestación del servicio, propia de su destinación.

La previa definición legal de la falta disciplinaria y su calificación como leve o grave para efectos de la sanción, se atienen a las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes y los antecedentes personales del infractor, como lo prescriben el artículo 50 del estatuto disciplinario del educador oficial y el artículo 41 de la Ley 13 de 1984, aplicable a los empleados públicos.

Y la responsabilidad emanada de la acción disciplinaria por incumplimiento de deberes o violación de prohibiciones en que incurran los servidores del Estado sólo puede quedar establecida mediante la comprobación de los hechos que hayan dado lugar a la investigación así como de los descargos.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala responde al señor Ministro de Educación Nacional:

1º El Decreto 1647 de 5 de septiembre de 1967 es aplicable a todos los empleados oficiales incluso los educadores oficiales a que se refiere el artículo 3º del Decreto extraordinario 2277 de 1979. La aplicación de la Ley 13 de 1984 y de su reglamento, el Decreto 482 de 1985, no excluye la aplicación del mismo Decreto 1647 de 1967 a todo funcionario o empleado público.

2º Los descuentos ordenados por el artículo 2º del Decreto ejecutivo 1647 de 1967, en cuanto no corresponden a la sanción de una falta disciplinaria, son compatibles con la imposición de las sanciones previstas por los artículos 48 y 49 del Decreto-ley 2277 de 1979.

Transcribese en copias auténticas al señor Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

## PERSONAL DOCENTE / COMISION SINDICAL

*Es ilegal e impropio que la administración otorgue a los docentes oficiales, comisión para desempeñar cargos directivos en las agremiaciones a las cuales pertenecen. Queda en blanco la remisión del artículo 36 del Decreto 2277 de 1979 y concedida en abstracto una facultad de la administración, sin haberse concretado la regulación de su ejercicio en orden a hacer efectivo el derecho del docente oficial a ser comisionado para participar en actividades de carácter sindical.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio 809 de julio 6 de 1989 del Ministerio de Educación Nacional).*

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación número 287. Consulta del Ministro de Educación sobre: "Comisiones sindicales de los docentes".

En Oficio número 0483, el señor Ministro de Educación Nacional envió a la Sala la siguiente consulta:

"1º El Decreto-ley 2277 de 1979 —Estatuto Docente— en su artículo 36 consagra en sus literales a) y g) entre otros, los siguientes derechos de los educadores oficiales:

"a) Formar asociaciones sindicales con capacidad legal para representar a sus afiliados en la formulación de reclamos y solicitudes ante las autoridades del orden nacional y seccional;

"g) Solicitar y obtener los permisos, licencias y comisiones, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"2º Las comisiones de los docentes se encuentran regladas en el artículo 66 del Decreto-ley 2277 de 1979, al cual se le da aplicación en concordancia con el parágrafo del artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 y con los artículos 77 y 80 del Decreto 1950 de 1973. Las citadas normas establecen:

“Artículo 66, Decreto 2277 de 1979: ‘El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones...’. Parágrafo, artículo 22, Decreto 2400 de 1968: ‘En ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública’.

“Artículo 77, Decreto 1950 de 1973: ‘Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública’.

“Artículo 80, Decreto 1950 de 1973: ‘En el acto administrativo que confiere la comisión deberá expresarse su duración que podrá ser hasta por treinta (30) días, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez, hasta por treinta (30) días más, salvo para aquellos empleos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia.

“Prohíbese toda comisión de servicios de carácter permanente’.

“3º Los educadores oficiales, con fundamento especialmente en los artículos 36 y 66 del Estatuto Docente, han venido solicitando a la administración comisiones por un año o más, para desempeñar cargos directivos sindicales en las agremiaciones a las cuales pertenecen, originando esta situación no solamente, que se contravenga lo preceptuado en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 sino también, que se tenga que pagar doble salario por un mismo cargo. Evento que se presenta si la administración cancela salarios al educador comisionado y por consiguiente, al educador que lo reemplaza en sus funciones docentes.

“Por lo expuesto, me permito consultar:

“1º No obstante lo estatuido en el parágrafo del artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 y en el artículo 77 del Decreto 1950 de 1973, en las demás normas y hechos citados, es obligatorio, facultativo o ilegal e improcedente, que la administración otorgue a los docentes oficiales comisión para desempeñar cargos de carácter sindical, en las agremiaciones a la cual pertenecen?

“2º De conformidad con la parte final, numeral 3º de los hechos expuestos, en el supuesto que se puedan conceder dichas comisiones, éstas tendrían que ser no remuneradas, para no incurrir en doble pago por un mismo cargo?

“3º Dentro del supuesto enunciado anteriormente ¿cuál sería el término de duración de la comisión sindical pretendida por los docentes?”

“4º Puede la autoridad nominadora otorgar ‘permisos sindicales’ a los agremiados por un número determinado de meses, un año o más, en oposición a lo establecido en el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973 y en el artículo 65 del Decreto 2277 de 1979?”.

#### *Consideraciones:*

Las situaciones administrativas reguladas por el Decreto 2400 de 1968 y reglamentadas por el Decreto 1950 de 1973, no incluyen la comisión sindical o comisión alguna para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública y en concreto, el artículo 22 del primero dispone:

“A los empleados se les podrá otorgar comisión para los siguientes fines: Para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios; para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera”.

“El gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones”.

Parágrafo. “En ningún caso podrá conferirse comisión para ejercer funciones que no sean propias de la administración pública”.

Según el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973 “el empleado se encuentra en comisión cuando por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las *funciones propias de su cargo* en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente *actividades oficiales* distintas a las inherentes al empleo de que es titular”.

“Las comisiones pueden ser:

“a) De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado;

“b) Para adelantar estudios;

“c) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nombramiento recaiga en un funcionario escalafonado en carrera administrativa, y

“d) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas” (art. 76 *ibidem*).

“Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública (art. 77 *ibidem*).

“Las comisiones en el interior del país se confieren por el jefe del organismo administrativo, o por quien haya recibido delegación para ello; las comisiones al exterior exclusivamente por el gobierno” (art. 78 *ibidem*).

La *comisión de servicio* está regulada por los artículos 79 a 81 del Decreto 1950 de 1973 y por los Decretos ejecutivos 2771 de 1984 y 3333 de 1986; la *comisión de estudio*, por los artículos 83, 84, 88 a 91 y 176 del mismo Decreto 1950 y por los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986; la comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento, por los artículos 92 a 95 del Decreto 1950, y la comisión para atender invitaciones, por los artículos 96 y 97 del mismo decreto.

Conforme a ninguna de estas disposiciones resulta pertinente la solicitud y obtención de la comisión sindical, luego queda en blanco la remisión del artículo 36 del Decreto 2277 de 1979 y concedida en abstracto una facultad de la administración, sin haberse concretado la regulación de su ejercicio en orden a hacer efectivo el derecho del docente oficial a ser comisionado para participar en actividades de carácter sindical.

La situación exceptiva requería previsión legal expresa, que no es de recibo suplantar en el orden jurídico mediante deducción discrecional, ni en la realidad administrativa por prácticas extrañas al interés público. El contenido de una situación de excepción no puede ser configurado libremente por la administración sino limitado a lo que la propia ley ha previsto de modo preciso y completo o en forma que admita una determinación rigurosa. Pero no parece admitirlo el otorgamiento de una comisión para fines que no interesan directamente a la administración pública ni se relacionan con el ramo en que presta sus servicios el empleado docente, cuando no está señalado expresamente el funcionario que debe conferirla; o expresar la duración de la comisión sindical, asimilándola a la de servicio, porque de todos modos está prohibida la concesión de ésta con carácter permanente y la comisión de estudio sólo puede conferirse para recibir capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del empleo de que se es titular, o en relación con los servicios a cargo del organismo donde se halla vinculado el empleado.

De ahí que resulte inexcusable a la administración el respeto de dichos principios y se considere extraña a la función pública la transgresión de los mismos en aras de una relación especial que no desplaza la relación general de derecho público común a todo empleado. No es concebible que un ordenamiento que incorpore valores jurídicos sustanciales, reconozca, al mismo tiempo, márgenes de libertad para desconocerlos, con perjuicio de la unidad y coherencia, garantías de su aplicación recta. Ni que una prerrogativa particular, en la modalidad adventicia de comisión de servicio al sindicato, prevalezca sobre el interés general en la prestación de un servicio sobre bases de coherencia y cohesión, como el asignado a los educadores oficiales, sean o no sindicalizados.

La regla general sobre servicio público de que no existe empleo si no tiene funciones y el deber de dedicar al cumplimiento de éstas la totalidad del tiempo al efecto prescrito no resultan compatibles con el otorgamiento al educador escalafonado en servicio activo de una comisión para participar en actividades de carácter sindical y no tiene sentido asimilar tal participación a situación de servicio, si no se están ejerciendo las funciones del empleo del cual se ha tomado posesión. El juramento de ingreso de todo funcionario recae sobre deberes que le incumbe cumplir, en cuanto tal, no sobre otros ajenos a las funciones propias del empleo, sin relación con los servicios a cargo del organismo donde se halle vinculado.

“La prestación de la función pública es permanente y continua, y disponer o autorizar que un encargado de la misma deje de prestarle totalmente, va contra los principios señalados en el Decreto-ley 2400 de 1968 lo que tiene su asiento en el artículo 63 de la Constitución Nacional...”. Tal fue la conclusión de la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 10 de junio de 1987 al resolver el recurso de anulación interpuesto por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Postal Nacional contra la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación que declaró nulo el Acuerdo número 006 de 1983, emanado de la Junta Directiva de aquella entidad.

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

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

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

Con fundamento en las anteriores consideraciones da respuesta la Sala a los cuestionamientos del señor Ministro de Educación Nacional, según el orden en que los formula:

1º Es ilegal e impropio que la administración otorgue a los docentes oficiales, comisión para desempeñar cargos directivos en las agremiaciones a las cuales pertenecen.

2º Como se dijo en la respuesta anterior, no hay lugar a que se presente este supuesto, de conformidad con la negativa contenida en la respuesta anterior.

3º No hay lugar a fijar término alguno de conformidad con la negativa contenida en la respuesta primera.

4º A ninguna autoridad está atribuida la facultad de otorgar “permisos sindicales” ni señalada por tanto, la duración de dichos permisos en alguna norma legal de conformidad con lo dicho en la respuesta primera.

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

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*CODIGO DE POLICIA DEL DISTRITO ESPECIAL/CONCEJO  
DISTRITAL DE BOGOTA/COMPETENCIA*

*Al Concejo de Bogotá le corresponde la atribución de expedir el Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá, entre otros motivos porque la ciudad de Bogotá no está sometida a las disposiciones de la Asamblea de Cundinamarca, y porque su régimen es distinto al del resto de los municipios del país; además, porque la ley previó que las atribuciones constitucionales y legales que le corresponden a las asambleas y a los gobernadores, se entenderán conferidas al Concejo y al Alcalde de Bogotá, y como dicha atribución ha sido asignada a las asambleas, puede entonces, ser ejercida por el Concejo Distrital.*

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

*Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.*

*Referencia: Consulta sobre competencia del honorable Concejo de Bogotá para expedir Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá. Radicación número 297.*

*El señor Ministro de Gobierno doctor Raúl Orejuela Bueno, mediante Oficio número 066 de 30 de mayo de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:*

*“1. El señor Alcalde Mayor de Bogotá, presentó al Concejo Municipal un muy completo proyecto de acuerdo sobre Código de Policía, con el cual se intenta actualizar el Código de Policía Distrital contenido en el Acuerdo número 36 de 1962.*

*“2. En dilatadas sesiones el Cabildo Distrital ha emprendido un profundo examen de la totalidad de las disposiciones recogidas en el proyecto de acuerdo al cual le correspondió en el orden el número 11 ‘por el cual se expide el nuevo Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá’.*

## FUNCION CONSULTIVA

"3. La discusión del proyecto de acuerdo había venido avanzando sin tropiezos, ante la seguridad que existió, en un principio, de ser indiscutible la competencia del Concejo de Bogotá, para dictar un código para el Distrito en materia policiva.

"4. Ultimamente, sin embargo, se ha suscitado enjundiosos conceptos de reconocidos juristas que ponen en duda esa capacidad del ayuntamiento bogotano.

"5. En efecto, afirman los sostenedores de la primera tesis que el artículo 187, numeral 9º de la Constitución Política, Decreto-ley 1222 de 1986 'por el cual se expide el Código de Régimen Departamental', previenen en favor de las Asambleas Departamentales que les corresponde como atribución constitucional y legal propia, reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal, y que, como el artículo 2º del Decreto extraordinario 3133 de 1968 'por el cual se reforma la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá', determinó en lo pertinente, que las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a las Asambleas, se entienden conferidas al Concejo de Bogotá, es claro, pues, que también a este colegiado se le dotó de la facultad de expedir reglamentos policivos '...en todo aquello que no sea materia de disposición legal'.

"6. A su vez, quienes impugnan la doctrina inmediatamente antes esbozada, entre ellos, el honorable Concejal doctor Marco Tulio Gutiérrez Morad, se manifiestan 'absolutamente' persuadidos de la falta de competencia de la entidad edilicia para proferir el Estatuto que hoy por hoy se encuentra bajo estudio, u otro cualquiera en materia de orden comentado, esgrimiendo para ello el argumento según el cual ya en anterior oportunidad la Corte Suprema de Justicia —Sentencia de 27 de enero de 1977— declaró inexecutable los artículos del Código Nacional de Policía —Decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970— que facultaban a los Concejos Municipales para ocuparse de la expedición de códigos de policía provincianos.

"Hechas las anteriores consideraciones, se solicita al honorable Concejo de Estado absolver la siguiente consulta:

"a) Tiene el honorable Concejo de Bogotá suficiente competencia legal para expedir un Código de Policía como el presentado actualmente a su consideración por el Alcalde Mayor?;

“b) En el evento de ser afirmativa su respuesta a la anterior interrogación, la idoneidad legal para ello sería dable encontrarla en el numeral 16 del artículo 13 del Decreto extraordinario 3133 de 1968, principalmente, que dispone que corresponde al Concejo de Bogotá ‘dictar los códigos para el Distrito en materia de Policía, fiscal y de tránsito y transporte, de construcción y administración’; o en tal proveído concurrentemente con lo mandado por los numerales 9º del artículo 187 de la Constitución Política y 60 del Decreto-ley 1222 de 1986, ya citados, aún más, en el inciso 2º del artículo 8º del Código Nacional de Policía?”.

*La Sala considera:*

1º El artículo 199 de la Constitución Nacional dispone que:

“La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un distrito especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley. La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los concejales del respectivo municipio”.

2º Con fundamento en el anterior mandato constitucional el Presidente de la República expidió el Decreto-ley 3133 de 1968, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso mediante la Ley 33 de 1968. Este decreto regula la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá y establece en su artículo 2º que “la administración del distrito especial no estará sujeta a las disposiciones de la asamblea ni a las de la gobernación del Departamento de Cundinamarca. Las atribuciones administrativas que confieren la Constitución y las leyes a las asambleas y a los gobernadores se entenderán conferidas al Concejo y al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo pertinente”. De donde se infiere, que el Concejo de Bogotá, además de las funciones previstas en el artículo 13 *ibidem*, puede ejercer las previstas en el artículo 187 de la Constitución Nacional para las asambleas departamentales, en lo pertinente al Distrito Especial.

3º La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 21 de julio de 1975, declaró exequible el artículo 2º del Decreto-ley 3133 de 1968 en su parte final —transcrito— porque consideró que la ley podrá organizar el Distrito Especial de Bogotá “apartándose del régimen administrativo corriente y ordinario de los concejos, dar al de Bogotá y al Alcalde Mayor, nuevas funciones o reorientar las existentes con el propósito de que se cumplan aquellos fines”. Y agregó que “de consiguiente, cuando el aparte del artículo cuya legitimidad se discute, dispone que el Alcalde Mayor de Bogotá y el Concejo del Distrito Especial tendrán, en su orden, las atribuciones que en lo departamental la

Constitución y las leyes dan a los gobernadores y a las asambleas, respectivamente, no viola el artículo 197, sino que expresa, en términos generales, un desarrollo normal de la facultad concedida al Congreso por el artículo 199 de la Carta" (sentencia citada).

De manera que existiendo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, y por lo mismo, de obligatoria observancia, no se entiende por qué no pueda el Concejo de Bogotá ejercer las atribuciones prescritas por la Constitución y la ley a las asambleas departamentales, en lo pertinente para el Distrito Especial, según lo previsto por el aparte final del artículo 2º del Decreto-ley 3133 de 1968.

4º El ordinal 9º, del artículo 187 de la Constitución Nacional prevé que a las asambleas les corresponde "reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal"; atribución que puede ser ejercida por el Concejo de Bogotá conforme lo prevén el citado artículo 2º del Decreto-ley 3133 de 1968, el ordinal 16, del artículo 13 *ibidem* que dispone que a dicha Corporación le corresponde, entre otras atribuciones, "dictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transporte, de construcción y administración", y en todas aquellas normas legales que confieran dicha atribución a las asambleas departamentales.

5º En relación con la expedición del Código de Policía Distrital, el Concejo de Bogotá debe observar la limitación establecida en el aparte final del artículo 187 de la Constitución, en cuanto restringe la regulación de la policía local a "todo aquello que no sea materia de disposición legal".

De conformidad con las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno:

1. Al Concejo de Bogotá le corresponde la atribución de expedir el Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá, entre otros motivos, porque la ciudad de Bogotá no está sometida a las disposiciones de la Asamblea de Cundinamarca, y porque su régimen es distinto al del resto de los municipios del país; además, porque la ley (Decreto-ley 3133 de 1968) previó que las atribuciones constitucionales y legales que le corresponden a las asambleas y a los gobernadores, se entenderán conferidas al Concejo y al Alcalde de Bogotá, y como dicha atribución ha sido asignada a las asambleas, puede entonces, ser ejercida por el Concejo Distrital.

Sin embargo, como ya se indicó, el Concejo de Bogotá debe regular la policía local en todo aquello que no esté previsto en normas legales.

2. La atribución de expedir normas en materia de policía ha sido conferida al Concejo de Bogotá por los artículos 2: —parte final— 13, ordinal 16 del Decreto-ley 3133 de 1968 en concordancia con los artícu-

los 187 y 199 de la Constitución Nacional, y de los artículos 60, ordinal 9º del Decreto-ley 1222 de 1986 y 8º, inciso 2º del Código Nacional de Policía, que otorgan dicha atribución a las asambleas departamentales y que le son aplicables al Concejo de Bogotá por expresa disposición legal.

En los anteriores términos se absuelve la consulta.

Transcribese en copias al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION/ORDENADOR DEL GASTO/MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO/PERSONERIA JURIDICA-Inexistencia/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Inexistencia*

*Si las Mesas Directivas del Senado y la Cámara, no tienen personería jurídica, carecen de capacidad para celebrar contratos escritos, verbales o los denominados orden de compra o de trabajo; es por lo tanto el Presidente de la República quien debe celebrar estos contratos o el funcionario a quien él determine delegar dicha función.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio 578 de septiembre 28 de 1989 del Ministerio de Gobierno).*

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

*Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.*

*Referencia: Consulta sobre ordenación del gasto por parte de las Mesas Directivas del Senado y Cámara. Aplicación del artículo 91 de la Ley 33 de 1989. Radicación número 294.*

*El señor Ministro de Gobierno doctor Raúl Orejuela Bueno, mediante Oficio número 263 de 23 de mayo de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:*

*“Atentamente someto a consideración de esa honorable Sala la consulta relacionada con la aplicación del artículo 91 de la Ley 38 de 1989, cuyo texto expresa:*

*“La facultad de ordenar gastos en los ministerios y departamentos administrativos corresponde al ministro o jefe de departamento administrativo, quienes podrán delegar, según el caso, en el viceministro, subjefe, secretario general o directores generales. En los establecimientos públicos por su representante legal y por delegación por el funcionario que determine la Junta Directiva.*

*“En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara.*

“La Contraloría General de la República...” (Se subraya).

“De conformidad con el artículo 38 transcrito, podría entenderse que las Mesas Directivas tienen competencia para ordenar toda clase de gastos con cargo a los presupuestos de la respectiva Cámara, ya requieran éstos de orden o pedido de funcionario competente o contrato escrito de acuerdo a las cuantías establecidas en el Decreto 222 de 1983. O, debe entenderse que esta facultad a que se refiere el citado artículo confiere competencia únicamente para ordenar el gasto correspondiente a nóminas, prestaciones de los empleados del Congreso, prestación de servicios, obra pública o adquisiciones, etc., en cuantía que no requieran la formalidad del contrato escrito, por considerar que el Congreso forma parte de la Nación y por lo tanto, de acuerdo a la Constitución Política, sus contratos únicamente pueden ser suscritos por el Presidente de la República o por sus ministros, jefes de departamento administrativo y gobernadores, mediante delegación.

“La duda sobre el tema en consulta surge por cuanto la adquisición de un bien o prestación de un servicio, en cuantía por ejemplo de \$ 200.000.00, de acuerdo a las normas legales, requiere únicamente la orden de pedido por funcionario competente y sin embargo, en estricto sentido jurídico, es un contrato así no requiera la formalidad de contrato escrito, en razón a la cuantía.

“En el caso de los ministerios y departamentos administrativos, la ordenación del gasto se encuentra delegada generalmente en el viceministro o secretario general, de acuerdo a lo establecido por el artículo 21 del Decreto-ley 1050 de 1968. En estas condiciones, son los secretarios generales o viceministros quienes ordenan el gasto y el pago de todas las obligaciones que se causan con cargo al presupuesto de la respectiva entidad, hasta la cuantía que les haya sido delegada, con excepción de la ordenación de gastos que impliquen celebración de contratos escritos a nombre de la Nación, los cuales son suscritos por el respectivo ministro o jefe de departamento administrativo, por delegación del Presidente de la República.

“De acuerdo a las consideraciones expuestas, se consulta:

“1. De conformidad con el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, las Mesas Directivas de Senado y Cámara, pueden ordenar todos los gastos que impliquen la ejecución del presupuesto de su respectiva Cámara, con excepción de aquellos que requieran la celebración de contratos escritos a nombre de la Nación-Senado o Cámara, los cuales deben ser sus-

critos por el Presidente de la República o por uno de sus ministros o jefes de departamento administrativo, mediante delegación?

“2. Si ello no es así, en qué sentido debe entenderse la ordenación del gasto a que se refiere el citado artículo 91?”.

*La Sala considera y responde:*

1º La Ley 38 de 1989 constituye el estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación y comprende el sistema presupuestal de las tres Ramas del Poder Público, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos públicos nacionales (arts. 1º y 2º).

2º El inciso 2º del artículo 91 de la Ley 38 de 1989 dispone que “en el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara”. Sobre este aspecto cabe anotar, que el legislador ha querido facilitar la ejecución del presupuesto nacional con la expedición del nuevo estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación, que permite que se efectúen gastos por entidades del orden nacional, sin que con ello se deba interpretar que se les está reconociendo personería jurídica.

3º El Congreso de la República, lo mismo que las entidades que conforman la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General y la Registraduría Nacional del Estado Civil, son entidades sin personería jurídica que integran al Estado, el cual está representado por la Nación.

La Sala de Consulta ya se ha pronunciado sobre estos aspectos, con ocasión de la aplicación del artículo 91 de la citada Ley 38 de 1989 a la Rama Jurisdiccional, mediante concepto de once (11) de mayo de 1989 y, que por versar sobre la misma materia, reitera en esta oportunidad, el cual en lo pertinente, se transcribe textualmente:

“Que inmemorialmente, desde cuando se expidió la Constitución de 1886, la Nación, como personificación jurídica del Estado, lo simboliza y representa. De ahí que el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 disponga que la Nación es persona jurídica. Por consiguiente, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales; el Congreso, cualquiera de sus Cámaras o de sus Mesas Directivas; la Rama Jurisdiccional que comprende los juzgados, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o cualquier otro órgano que ejerza funciones jurisdiccionales; la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y cualquier otra de-

pendencia administrativa que la ley cree, como tales no tienen ni pueden tener personería jurídica, porque son partes integrantes del Estado que, única y exclusivamente, constituye la persona jurídica de derecho público llamada Nación. Esta la razón para que la Constitución aluda a los contratos 'en los cuales tenga interés la Nación' que, mediante autorización o posterior aprobación legal, el Presidente de la República celebra en representación del Estado, a nombre de la Nación (arts. 76, ordinales 11 y 16, y 120, ordinal 13, de la Constitución). De lo contrario no habría Estado ni tres Ramas del Poder Público separadas, concurrentes, complementarias y armónicas, sino un disperso y creciente número de entidades que actúan y contratan orientadas por su particular interés en el más inaudito desorden administrativo y presupuestal.

“Que la Constitución atribuyó al Presidente de la República, como ‘suprema autoridad administrativa’, *la facultad exclusiva de representar administrativamente al Estado, cuya personificación jurídica, según el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, es la Nación.* La Sala destaca, como un aspecto de especial importancia histórica y jurídica, que el mismo Consejo Nacional de Delegatarios, tras aprobar la Constitución de 1886, convertido en órgano legislativo, inmediatamente después expidió la Ley 153 de 1887 para facilitar su aplicación, y que entre esos estatutos existe, por ende, ‘la debida correspondencia y armonía’, a saber: El artículo 120, ordinal 16, de la Constitución de 1886 —120, ordinal 13, de la actual codificación constitucional— atribuyó al Presidente de la República, ‘como suprema autoridad administrativa’, celebrar, con las debidas facultades legales, los contratos necesarios para los servicios y las obras del Estado *y el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 le reconoció, con la denominación de Nación, personería jurídica.* Además, el artículo 76, ordinales 9º y 14, de la Constitución de 1886 —76, ordinales 11 y 16 de la actual codificación constitucional— atribuyó al Congreso autorizar al gobierno, mediante leyes para celebrar contratos en representación de la Nación y aprobar, en la misma forma, los que hubiera celebrado sin su autorización. De manera que, de conformidad con la Constitución y la ley, el Presidente de la República es el representante administrativo de la Nación y como tal celebra, mediante autorización o posterior aprobación legal, los contratos necesarios para el cumplimiento de las tareas que incumben al Estado.

“Que el artículo 135 de la Constitución hace posible que el Presidente delegue sus funciones en los ministros, jefes de departamentos administrativos y gobernadores, siempre que la ley señale las materias que pueden ser objeto de dele-

gación; que en este caso los delegatarios pueden ejercer la representación administrativa de la Nación, pero que ningún otro funcionario está en posibilidad jurídica de representarla mientras estén vigentes los mencionados preceptos de la Constitución.

“Que, según los artículos 2º, 20 y 63 de la Constitución, los empleados públicos sólo pueden ejercer las funciones que les estén atribuidas expresamente y que, en consecuencia, en el régimen constitucional colombiano, caracterizado como un estado de derecho, no es posible que existan facultades implícitas o analógicas que no provengan de ley o reglamento que las asigne a determinados empleos.

“Que el artículo 91, inciso 2º de la Ley 38 de 1989, que prescribe que ‘la Contraloría General de la República, la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público y la Registraduría Nacional del Estado Civil, podrán designar sus ordenadores de gastos’, debe interpretarse, en consonancia con la Constitución, no en el sentido de considerar que los ordenadores de gastos pueden celebrar contratos en representación de la Nación sino de entender que podrán autorizar los gastos presupuestados para la correspondiente entidad; y que, en consecuencia, cualquier otra interpretación, particularmente la que estimare que la condición de ordenadores de gastos implica facultad de contratar en representación de la Nación, sería contraria a la Constitución.

“Que el Decreto-ley 222 de 1983 regula algunos de los contratos que celebran la Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, que la primera lo hace representada por el Presidente de la República o, mediante delegación, por los ministros o jefes de departamentos administrativos, nunca por otros funcionarios y que, por consiguiente, aún en la hipótesis improbable de que pudieren representar a la Nación, no sería posible que los empleados ordenadores de la Rama Jurisdiccional contraten mediante el mencionado estatuto legal.

“... 3º Los contratos del Estado —o de la Nación— los celebra el Presidente de la República, de conformidad con los artículos 76, ordinales 11 y 16, y 120, ordinal 13 de la Constitución o, mediante delegación, según el artículo 135 *ibídem*, los suscriben los ministros, los jefes de departamentos administrativos o los gobernadores. Por consiguiente, el decreto reglamentario jurídicamente no podría prescribir que los ordenadores de gastos de la Rama Jurisdiccional celebren contratos a nombre de la Nación.

“... 5º Los funcionarios ordenadores de la Rama Jurisdiccional, en consecuencia, deben ordenar los gastos de la correspondiente entidad que estén incluidos en la ley de presupuesto. Pero no pueden celebrar contratos ni convenios en representación de la Nación” (Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de 11 de mayo de 1989. Proyecto de Decreto reglamentario del art. 91, inciso 2º de la Ley 38 de 1989. Ponente doctor Humberto Mora Osejo).

4º De otra parte, es preciso clarificar que las órdenes de compra o de trabajo —bien sean de obra o arreglos locativos— constituyen la celebración de contratos que en razón de la cuantía no requieran la formalidad de ser escritos, pero que no pierden por ese motivo la naturaleza de convenio entre las partes contratantes y que los mismos, necesitan para su validez, como cualquier contrato escrito, de la existencia de capacidad de las personas que van a contratar. De manera que, si las Mesas Directivas del Senado y la Cámara, no tienen, como en efecto ocurre, personería jurídica, carecen de capacidad para celebrar contratos escritos, verbales o los denominados orden de compra o de trabajo, es por lo tanto el Presidente de la República quien debe celebrar estos contratos o el funcionario a quien él determine delegar dicha función.

5º Como se expresó en el concepto transcrito, la ordenación del gasto consiste en la autorización de los gastos presupuestados para la correspondiente entidad, que no impliquen la celebración de contratos, bien sean escritos o mediante órdenes, como por ejemplo el pago de salarios, prestaciones y de todos los gastos que tengan que ver con los servicios personales.

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

Transcríbase en copias al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION - Inembargabilidad**

*Las apropiaciones presupuestales, igual que las rentas y recursos de capital de la Nación, son inembargables, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 38 de 1989. Las apropiaciones y las rentas, son estrictamente correspondientes y las unas son reflejo de las otras, además, las apropiaciones tienen destinación específica que no puede ser variada sin incurrir en infracción de la ley de apropiaciones.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio 684 de 1989 del Ministerio de Hacienda).*

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

**Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.**

**Referencia: Consulta sobre el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, rentas y recursos del presupuesto general de la Nación. Radicación número 300.**

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público doctor Luis Fernando Alarcón, mediante Oficio número 00465 de 30 de mayo de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:

“La Ley 38 de abril 21 de 1989, en consonancia con el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“Artículo 16. Inembargabilidad. Las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables...”

“Las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación se presentan en el presupuesto de ingresos en calidad de fuentes de financiación; en tanto que en el presupuesto de gastos se presentan en forma detallada los usos que se darán a estos recursos, a través de entidades ejecutoras y conceptos del gasto público específico, para lo cual la ley de apropiaciones contempla leyendas concretas

que resumen el tipo de gasto y la entidad beneficiaria que debe ejecutar las partidas.

“Los artículos 19, 20, 21 y 22 de la citada ley definen que las rentas y recursos corresponden a los ingresos corrientes y de capital de la Nación más las rentas propias y recursos de capital de los establecimientos públicos del orden nacional calificados como ingresos propios de estas entidades.

“Por virtud del equilibrio fiscal que la Constitución prescribe, puede afirmarse que las rentas y recursos incorporados en el presupuesto, serán necesariamente egresados a través del presupuesto de gastos.

“Con los anteriores fundamentos se consulta a la Sala lo siguiente:

“1. Si la Ley 38 de abril 21 de 1989 ha ordenado la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, es factible que se embarguen apropiaciones incluidas en el presupuesto de gastos, dirigidas a organismos y entidades ejecutoras del gasto público a pesar de que estos gastos se financian con rentas y recursos incorporados en el presupuesto de la Nación, que el artículo 16 de la ley en comento declara inembargables?

“2. La inembargabilidad no afectaría también a aquellas entidades privadas de beneficencia o sin ánimo de lucro (hospitales, centros de docencia, etc.), ejecutoras de gasto público, en la medida de la correspondiente apropiación?

“3. Si la Tesorería General de la República tiene en su poder órdenes de embargo contra organismos y entidades oficiales incluidos como ejecutores del gasto público financiado con rentas y recursos de la Nación, las cuales órdenes no se han hecho efectivas por problemas de iliquidez del Tesoro Nacional, debe hoy hacer efectivos dichos embargos, ordenados antes de la vigencia de la citada ley?”.

*La Sala considera:*

1º El Presupuesto General de la Nación está integrado por el presupuesto de rentas y el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Se entiende por presupuesto de rentas la estimación de los ingresos corrientes que de acuerdo con los cálculos fiscales, se van a recaudar, además los recursos de capital y aquellos ingresos provenientes de los establecimientos públicos.

El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, es aquel mediante el cual se incluyen las apropiaciones para las Ramas Legislativa, Eje-

cutiva y Jurisdiccional, y para el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los establecimientos públicos nacionales (art. 7º, Ley 38 de 1989).

2º Los principios que rigen el sistema presupuestal son: La planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, el equilibrio y la inembargabilidad (art. 8º *ibidem*).

1

Como puede observarse, todos estos principios tienden a consolidar un presupuesto estable, que sea suficiente para la vigencia fiscal respectiva, permitiendo, por lo mismo, que la situación financiera de la Nación sea más segura y confiable.

De esta manera se tiene que, el principio del equilibrio determina que "el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones tendrá como base el presupuesto de rentas y recursos de capital, y entre ambos se mantendrá el más estricto equilibrio" (art. 15 *ibidem*). Disposición que debe armonizarse con la del artículo 16 de la citada ley que prevé que "las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables. La forma de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones concordantes".

3º Las sumas que se fijan en el presupuesto de renta y recursos del capital son provenientes de los ingresos corrientes, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos.

El artículo 11 de la Ley 38 de 1989 determina que el estimativo de ingresos será una universalidad, es decir, que incluye el total de los ingresos provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades de la Nación o los establecimientos públicos, permitiendo de esta manera atender "la situación de fondos a los organismos y entidades para el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto general de la Nación" (art. 12 *ibidem*), mediante lo que se ha denominado la unidad de caja, en otras palabras una cuenta general, sin determinar qué cantidad corresponde a cada una de las entidades, por el contrario de ese recaudo se va girando de conformidad con las necesidades presupuestales.

4º De todo lo anterior se deduce, que es básico el equilibrio entre el presupuesto de rentas y recursos de capital y el presupuesto de gastos, porque para su expedición debe efectuarse una programación integral, a fin de poder determinar cuáles van a ser los ingresos y, por lo mismo, qué gastos pueden realizarse. De manera que los conceptos de ingresos y gastos, respecto del presupuesto general de la Nación, están estrechamente relacionados. De donde se infiere que, las apropiaciones presupuestales no pueden emplearse para fines distintos de los fijados en el presupuesto, ni para gastos semejantes de otras

dependencias; de igual forma, los ingresos que correspondan al presupuesto de rentas y recursos de capital, no pueden invertirse en gastos distintos a los fijados en la ley de apropiaciones.

5° De conformidad con los artículos 16 de la Ley 38 de 1989, 336 y 684 del Código de Procedimiento Civil, no es factible que puedan embargarse apropiaciones del presupuesto nacional, porque como se vio, las rentas y recursos de capital de la Nación se vierten en el presupuesto de gastos, por esta razón es, que los presupuestos de rentas y recursos de capital y de gastos son correspondientes entre sí. De suerte que, las apropiaciones presupuestales no pueden hacerse efectivas sino mediante los giros que realiza la Tesorería General, de las sumas provenientes del recaudo de dichas rentas y recursos de capital. Los ingresos de la Nación, originados en las rentas y recursos de capital, se unifican para permitir el cumplimiento y ejecución de los gastos de las distintas entidades que integran el presupuesto de la Nación.

6° De otra parte, también la doctrina ha desarrollado el principio de la inembargabilidad de los bienes de la Nación y las entidades públicas, siendo por esta razón, inaplicable a ellas el procedimiento de ejecución forzada que de suyo lo es para los particulares.

En relación con el cumplimiento de las obligaciones que contrae la Nación en ejercicio de sus actividades, el artículo 177 del Decreto-ley 01 de 1984 dispone que: "Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público frente a la entidad condenada.

"El Agente del Ministerio Público deberá tener una lista actual de tales sentencias, y dirigirse a los funcionarios competentes cuando preparen proyectos de presupuestos básicos o los adicionales, para exigirles que incluyan partidas que permitan cumplir en forma completa las condenas, todo conforme a las normas de la ley orgánica del presupuesto.

"El Congreso, las Asambleas, los Concejos, el Contralor General de la República, los contralores departamentales, municipales y distritales, el Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos y las demás autoridades del caso deberán abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluidos partidas o apropiaciones suficientes para atender el pago de todas las condenas que haya relacionado el Ministerio Público".

Dispone también esta norma que los funcionarios que deben ejecutar los presupuestos públicos y que demoren el pago de dichas condenas, incurrirán en causal de mala conducta.

Como excepción a la regla general de que la Nación no es ejecutable y, por lo mismo, inembargable, esta misma disposición prevé que las condenas proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa que no se cumplan de la forma anotada, "serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria". Las órdenes de embargo que se llegaren a producir como consecuencia de estos procesos ejecutivos, no pueden hacerse en relación con las apropiaciones ni las rentas del presupuesto de la Nación, por expresa prohibición de la Ley 38 de 1989.

7º En este mismo orden de ideas, se tiene que, el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y las Leyes 11 de 1967, 25 de 1977 y 30 de 1978, que regulan lo relativo a los aportes o auxilios de la Nación a entidades benéficas y de utilidad común, determinan que las apropiaciones fijadas en el presupuesto nacional para programas de empresas útiles y benéficas tienen destinación específica, que no puede ser modificada por los representantes legales de las entidades favorecidas, porque precisamente se incluye ese auxilio en la ley de apropiaciones con el objeto de efectuar una determinada obra para beneficio público, por esa razón, no constituyen estos aportes engrosamiento del patrimonio de dichas instituciones. De manera que cualquiera otra destinación que se le dé a los aportes mencionados sería inconstitucional e ilegal. En este aspecto, las disposiciones mencionadas son muy rígidas al establecer una estricta vigilancia de la Contraloría General de la República sobre la inversión de los dineros transferidos a las entidades de utilidad común, lo que permite deducir que el legislador ha querido que la Nación colabore con las necesidades sociales a través de estos aportes, haciéndolos inembargables por razones obvias de interés público.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes planteados por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público:

1º Las apropiaciones presupuestales, igual que las rentas y recursos de capital de la Nación, *son inembargables*, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 38 de 1989. Como se indicó, las apropiaciones y las rentas, son estrictamente correspondientes y las unas son reflejo de las otras, además, las apropiaciones tienen destinación específica que no puede ser variada sin incurrir en infracción de la ley de apropiaciones.

2º Las apropiaciones presupuestales que tengan como destino el apoyo o auxilio a una obra de beneficencia o utilidad común, no pueden ser embargadas, porque, tal como se anotó, *su objetivo es específico* y de interés público que, de conformidad con los principios del derecho administrativo, prima sobre el particular.

3º *Las órdenes de embargo expedidas antes de la vigencia de la Ley 38 de 1989, no pueden hacerse efectivas* porque esta norma prohíbe

embargar las rentas y recursos de capital incorporados al presupuesto general de la Nación y, si por alguna causa no se pudo llevar a cabo el embargo, ya no es posible efectuarlo porque los bienes mencionados se han convertido en inembargables, es decir, la orden judicial pierde sus efectos, respecto del objeto embargable, por expresa disposición de la ley.

Transcribese en copias al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

COMPANÍA DE SEGUROS - Inversión / BONOS DE VIVIENDA POPULAR / SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / SUSTRACCION DE MATERIA

*No puede subsistir una norma dictada con fundamento en un acto declarado inexecutable, pero la declaración de inexecutable no implica el desconocimiento de la vigencia anterior de tal norma ni de las situaciones jurídicas cumplidas mientras tuvo respaldo en las disposiciones vigentes de la Carta. Por sustracción de materia, no pueden incurrir en violación del Decreto 1645 de 1981 las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida ni las sociedades de capitalización, pero tampoco pueden adquirir mientras no lo autorice el gobierno, excedentes de inversión forzosa en bonos de vivienda popular que se presenten en las compañías de seguros y de reaseguros generales.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio 645 de septiembre 22 de 1989 del Ministerio de Desarrollo Económico).*

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación número 298. Consulta del Ministro de Desarrollo Económico sobre: "Adquisición de excedentes de las compañías de seguros y de reaseguros de vida de bonos de vivienda popular del Instituto de Crédito Territorial".

En Oficio número 359, el señor Ministro de Desarrollo Económico, envió a la Sala la siguiente consulta:

"La Ley 16 de 1979, en su artículo 4º impuso a las compañías de seguros y reaseguros generales, la obligación de invertir en bono de vivienda popular emitidos por el Instituto de Crédito Territorial, un porcentaje de sus reservas técnicas, cuando establece: 'Artículo 4º: Autorízase al Instituto de Crédito Territorial para emitir títulos de deuda pública denominados «bonos de vivienda popular», que deberán ser adquiridos por las compañías de seguros y de reaseguros

generales directamente en la tesorería de la entidad, para dar cumplimiento a la obligación que se establece en la presente ley...’.

“Igualmente y por medio de los Decretos 2165 de 1976, 548 de 1973, 1523 de 1974, 1879 de 1979 y 1880 de 1979, las compañías de seguros y de reaseguros de vida y las sociedades de capitalización, tienen la obligación de realizar inversiones en bonos de vivienda popular. Y el Decreto 1645 de 1981, dispuso en su artículo 1º lo siguiente: ‘Cuando las compañías de seguros de vida, reaseguradoras de vida y las sociedades de capitalización presenten excedentes en «bonos de vivienda popular», podrán realizar exclusivamente entre ellas transacciones con el fin de cumplir la inversión obligatoria señalada en las normas legales’.

“Por circular número DAB-056 de 1979, la Superintendencia Bancaria, señaló que: ‘...Los excesos de inversión podrán transferirse exclusivamente entre compañías de seguros generales y las de reaseguros generales...’. Sin embargo, el Consejo de Estado declaró en sentencia de 16 de septiembre de 1983, la nulidad de la palabra ‘exclusivamente’ de la circular en mención, por considerar que la Ley 16 de 1979 en el artículo 4º anteriormente transcrito, no hizo la distinción que pretendía dicha circular.

“Además, el Consejo de Estado en sentencia de abril 19 de 1985, declaró nulas las Resoluciones 1242, 2711, 3812 y 3884 de 1983, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria multó a la Compañía de Seguros Patria S. A. ‘COLPATRIA’, por haber adquirido bonos de Colpatria Sociedad Colombiana de Capitalización S. A., contabilizándolas como inversión forzosa. El Consejo de Estado consideró que las compañías de seguros y de reaseguros generales pueden cumplir con la inversión forzosa adquiriendo bonos de vivienda popular a compañías de seguros y de reaseguros de vida y a las sociedades de capitalización que presenten excedentes en su inversión.

“En síntesis, conforme con la Ley 16 de 1979, las compañías de seguros y de reaseguros generales pueden adquirir excedentes a otras de igual naturaleza y a compañías de seguros y de reaseguros de vida y a las sociedades de capitalización.

“Y con base en el Decreto 1645 de 1981, las compañías de seguros y reaseguros de vida y las sociedades de capitalización, sólo pueden adquirir excedentes a otras de igual naturaleza.

“Por lo anteriormente expuesto, se solicita de la honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

“Pueden las compañías de seguros y de reaseguros de vida y las sociedades de capitalización adquirir excedentes a las compañías de seguros y de reaseguros generales sin incurrir en violación del Decreto 1645 de 1981, en cuanto éste les limita las transacciones que pueden realizar con excedentes?”.

*Considera la Sala:*

El artículo 32 del Acto legislativo número 1 de 1979 derogó el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional a cuyo tenor corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, “ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”.

Esa atribución se incluyó en el numeral 22 del mismo artículo 120 para sujetarla también a las reglas previstas en las leyes como lo habían sido aquellas a las que se refería el numeral 22 del artículo 76 que permiten proceder al gobierno, a organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio externo; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas (art. 14 del Acto legislativo número 1 de 1979).

Pero mientras dictaba el Congreso las normas generales a las cuales debía sujetarse el gobierno para intervenir en el Banco de Emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tuvieran por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, el gobierno quedó facultado, durante dos años, por el artículo 63, aparte *i* del referido acto legislativo, para ejercer dicha intervención.

La promulgación del acto legislativo se realizó el 20 de diciembre de 1979 y desde tal fecha se inició su vigencia que se extendió hasta cuando la Corte Suprema de Justicia lo declaró inexecutable en su totalidad mediante sentencia de tres de noviembre de 1981. El gobierno, en ejercicio de las facultades transitorias conferidas por el artículo 63, aparte *i* dispuso, mediante el Decreto 1645 de 1981, que las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida y las sociedades de capitalización podían realizar exclusivamente entre ellas las operaciones de ventas de los excedentes de “bonos de vivienda popular”, con el fin de cumplir la inversión obligatoria señalada en las normas legales.

Dichas compañías estaban obligadas a adquirir los bonos de vivienda popular por determinación expresa del Decreto 2812 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución como corresponde a entidades que tienen por objeto el manejo y aprovechamiento del ahorro privado.

En el contexto de la reforma constitucional de 1979 la facultad otorgada al gobierno por el artículo 63, aparte *i* del Acto legislativo número 1 fue transitoria, ejercitable durante dos años, concebida en función del tránsito del ejercicio de una facultad autónoma de intervención al de una facultad subordinada a normas generales, las previstas en las leyes a que se refería el numeral 22 del artículo 76, reformado por el artículo 14 del acto legislativo. Pero como en el año y diez meses de vigencia del acto no llegaron a dictarse las leyes a las cuales debía sujetarse el gobierno para intervenir en las actividades relacionadas con manejo y aprovechamiento del ahorro privado y la posibilidad de dictarlas se extinguió con el fallo de inexecutable del acto legislativo de fecha 3 de noviembre de 1981, también se agotó la competencia del gobierno, en los términos de su atribución y en los del ámbito y condicionamiento de su ejercicio.

Por tanto la intervención ejercida a título transitorio mediante el Decreto 1645 de 1981 respecto a ventas de excedentes de bonos de vivienda popular entre compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida y sociedades de capitalización, surtió sus efectos, para los fines previstos por el constituyente de 1979, hasta cuando la Corte pronunció su sentencia, pero no pudo seguir produciéndolos, como si estuviera vigente la norma constitucional que los determinó.

Si hay un nuevo marco de competencia, determinado por el numeral 13 del artículo 120 de la Constitución Política, que readquirió vida jurídica, sólo en ejercicio de esta nueva competencia, con aplicación de las normas que la haga operante, puede fundarse la intervención en las actividades de personas que manejen o aprovechen fondos provenientes del ahorro privado, pero no en el artículo 63, aparte *i* del Acto legislativo de 1979 declarado inexecutable, pues esto equivaldría a prolongar los efectos de un acto que ya no puede producirlos.

De manera que dictado el Decreto número 1645 de 1981 con fundamento en el artículo 63, aparte *i* del Acto legislativo número 1 de 1979 y declarada la inexecutable de dicho acto mediante sentencia de 3 de noviembre de 1981, quedó vinculada la aplicación del decreto a los efectos de la sentencia, en tal forma que del reconocimiento de éstos derivó la cesación de aquella.

Como generales y definitivos, los efectos de fallo de inexecutable del Acto legislativo número 1 de 1979 recayeron, *ab initio*, sobre la expedición del Decreto 1645 de 1981 y su aplicación no puede ahora justificarse frente a la Constitución puesto que resulta incompatible con la misma.

Es claro que no puede subsistir una norma dictada con fundamento en un acto declarado inexecutable, pero la declaración de inexecutable no implica el desconocimiento de la vigencia anterior de tal norma ni de las situaciones jurídicas cumplidas mientras tuvo respaldo en las disposiciones vigentes de la Carta. Dichas situaciones de orden particular y concreto, surgidas con tal fundamento y respaldadas en esas disposiciones, conservan su validez mientras no confronten los alcances de las que revivieron y llegue a deducirse de tal confrontación su eventual invalidez.

“El mundo de relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueron concretadas bajo la norma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también genera armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados, en razón de ley jurídicamente existente” (Concepto de la Sala de Consulta de 26 de abril de 1973, Radicación número 762, Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas).

Ante las anteriores precisiones resulta obvio concluir que no existe hoy regulación alguna o acto de intervención sobre negociación de excedentes de inversiones en bonos de vivienda popular por parte de las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida y de las sociedades de capitalización.

Cuando el Decreto 1645 vino a llenar el vacío anotado, como acto de intervención ejercido por el gobierno en ejercicio de las facultades transitorias otorgadas por el artículo 63, letra *i* del Acto legislativo número 1 de 1979, desplazó del ámbito de interpretación la aplicación del artículo 4º de la Ley 16 de 1979 a las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida y a las sociedades de capitalización para dejarla explícita y exclusiva respecto a las compañías de seguros y reaseguros generales. Declarado inexecutable dicho acto legislativo e insubsistente el acto de intervención ejercido con base en aquel, el vacío reglamentario que implica sólo puede suplirlo el gobierno en ejercicio de tal intervención, fundada en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

De la Ley 16 de 1979 no podría derivar intervención competente del gobierno en las actividades de las compañías de seguros y reaseguros de vida y de las sociedades de capitalización, frente a la competencia expresa y propia atribuida por el numeral 14 del artículo 120 de la Carta recobrada en virtud de la inexecutable del Acto legislativo número 1 de 1979, que le permite, llegado el caso, intervenir dichas actividades prevalido de una competencia constitucional permanente, directa y especial, no transitoria como la atribuida por el acto legislativo que la Carta declaró inexecutable.

En conclusión, por sustracción de materia, no pueden incurrir en violación del Decreto 1645 de 1981 las compañías aseguradoras y re-

aseguradoras de vida ni las sociedades de capitalización, pero tampoco pueden adquirir mientras no lo autorice el gobierno, excedentes de inversión forzosa en bonos de vivienda popular que se presenten en las compañías de seguros y de reaseguros generales.

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

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Hernán Cardoso Durán*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

## *JURISDICCION COACTIVA-Funcionario ejecutor/SENA*

*El SENA es una entidad de derecho público que está facultada para hacer efectivos directamente los créditos a su favor por medio de la jurisdicción coactiva, siendo el representante legal del SENA el funcionario competente para hacer efectivas dichas obligaciones.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio de agosto 30 de 1989 del Ministerio del Trabajo).*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

*Referencia: Consulta. Radicación número 306. Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—. Cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de los aportes de la Ley 21 de 1982.*

*La doctora María Teresa Forero de Saade, Ministro de Trabajo y Seguridad Social formula a la Sala una consulta que se transcribe textualmente a continuación:*

*“...la Directora General del SENA y por ende su representante legal, puede en forma directa cobrar ejecutivamente, por jurisdicción coactiva, los créditos que por el no pago oportuno de los aportes a que se contrae la Ley 21 de 1982 se constituyen en obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles.*

*“Antecedentes:*

*“1. Algunas de las Direcciones Regionales del SENA se encuentran en el deber legal de iniciar cobros por la vía ejecutiva de créditos a su favor, por concepto de aportes y multas insatisfechas, a pesar de resultar exigibles a la fecha.*

*“2. De conformidad con el artículo 68 del C. C. A., las resoluciones ejecutoriadas que contengan dichas acreencias prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.*

*“3. Antes que la norma citada entrara en vigencia, tales créditos se hacían efectivos por medio de la justicia ordinaria*

(art. 24, Decreto 3123 de 1968) pero ahora algunos jueces rechazan las demandas *'in limine'* con el argumento de que por ser créditos en favor de un establecimiento público deben ser cobrados por el procedimiento especial de la jurisdicción coactiva.

“4. El honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del consejero doctor Humberto Mora Osejo, al absolver consulta formulada sobre el ejercicio de la jurisdicción coactiva por establecimientos públicos municipales, se pronunció el 15 de mayo de 1986 concluyendo su dictamen así: ‘Por consiguiente, los gerentes o representantes de los *establecimientos públicos municipales*, según artículo 68 del Decreto ley 01 de 1984, pueden cobrar ejecutivamente, por jurisdicción coactiva, los créditos exigibles a favor de esas entidades, si reúnen los demás requisitos prescritos por la misma disposición’.

“5. El anterior criterio ha sido ratificado por el mismo Consejo de Estado al conocer los incidentes de excepciones en juicios de esta naturaleza.

“Con el objeto de orientar debidamente la ejecución del cobro de los aportes y las multas a favor del SENA, establecimiento público del orden nacional, de manera comedida solicito a esa honorable Corporación pronunciarse sobre:

“—Cuál sería el funcionario competente para conocer de los procesos ejecutivos de los créditos a favor del SENA a que hace referencia el artículo 68 del C. C. A.?”

“—En caso de ser la Dirección General del SENA: Estaría facultada para actuar como juez y parte en los ejecutivos por jurisdicción coactiva? Podría ser delegada esta facultad en los Directores Regionales del SENA?”.

*La Sala considera y responde:*

Sobre el asunto materia de la consulta transcrita, la Sala ya se pronunció mediante concepto de 23 de junio del presente año por el cual absolvió la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, en relación con la función del SENA para ejercer la jurisdicción coactiva en orden a hacer efectivos los créditos a su favor por concepto de los aportes indicados en los artículos 7º y 8º de la Ley 21 de 1982.

Sin embargo, la Sala considera que el tema planteado es de suma importancia y merece algún análisis complementario con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La jurisdicción coactiva es el mecanismo por el cual las entidades públicas, sin necesidad de acudir a los jueces ordinarios, tienen la atribución legal de adelantar juicios ejecutivos, para hacer efectivos los créditos a su favor, a través de sus representantes legales quienes se convierten, por esta razón, en jueces y parte de dichos procesos.

Sobre este aspecto ha sostenido la Sala que "la jurisdicción coactiva consiste en que los funcionarios administrativos tienen la atribución legal de adelantar juicios ejecutivos para hacer efectivos créditos exigibles a cargo de particulares a favor de entidades públicas (arts. 561 y 562, C. de P. C.). Se caracteriza además porque el funcionario investido de jurisdicción coactiva inicia y adelanta la actuación 'por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía, según fuere el caso...' (art. 561 del C. de P. C.). Por consiguiente en estos juicios el funcionario... obra como juez y parte, no obstante que, por regla general, la ley busca asegurar que aquél tenga, además de competencia objetiva, la necesaria independencia o capacidad subjetiva, como garantía de imparcialidad. En estos juicios, por el contrario, el funcionario con jurisdicción coactiva simultáneamente representa al acreedor —la correspondiente persona de derecho público— y actúa como juez.

"... Se trata, por lo mismo, de un procedimiento instituido para hacer más expedito el cobro de los créditos de las personas públicas. Es una ventaja que la ley no reconoce, ni podía reconocerla, a los particulares.

"... Pero en el juicio o proceso ejecutivo, como en todos los demás que se han instituido, rige el principio de la igualdad de las partes ante la ley, a fin de reconocerles idénticos derechos procesales para que hagan valer su respectiva pretensión. Es un principio que en cuanto realiza el derecho de audiencia y de defensa, reconocido por el artículo 26 de la Constitución, no puede tener ninguna excepción" (Concepto de 19 de diciembre de 1980. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo, *Anales del Consejo*, Tomo CVIII, págs. 23 y ss.).

2. En relación con la facultad legal que tienen los representantes de las entidades de derecho público para ejercer la jurisdicción coactiva por sí mismos, la Sala reitera el criterio expuesto en conceptos de 15 de mayo de 1986 y 26 de junio de 1989, y que se transcribe textualmente:

"... 2º Según el enunciado del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, los créditos indicados, si constituyen obligaciones claras, exoresas y actualmente exigibles, pueden cobrarse ejecutivamente por jurisdicción coactiva. Lo que significa que la entidad acreedora puede hacer efectiva la obligación a su favor adelantando un juicio ejecutivo, sin demanda, en el cual también obre como juez.

“3º Si la ley específicamente determina los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, como los tesoreros, los administradores y recaudadores de impuestos y los jueces de ejecuciones fiscales, no cabe duda que ellos son, en cada uno de los procesos que adelanten por jurisdicción coactiva, además de jueces, los representantes de la entidad pública acreedora.

“4º Pero, si la ley no atribuye a funcionario determinado el ejercicio de la jurisdicción coactiva, debe entenderse, conforme al enunciado del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, que esa facultad corresponde al representante de la persona jurídica de derecho público.

“Es cierto que, según los artículos 20 y 63 de la Constitución, la competencia debe ser atribuida expresamente y no es posible deducirla por inferencia o analogía. Pero, al disponer el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984 que los créditos que menciona pueden cobrarse ejecutivamente, mediante jurisdicción coactiva, facultó a los representantes de las entidades públicas para ejercerla a fin de hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor; pues la facultad de obrar por jurisdicción coactiva significa que quien representa a la entidad puede obrar como juez y como parte para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de la entidad pública. En otros términos, la facultad de representar a la entidad pública se complementa, por disposición del artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, con la de cobrar las obligaciones exigibles a favor de la entidad mediante juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

“Por consiguiente, los gerentes o representantes de los establecimientos públicos municipales, según el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, pueden cobrar ejecutivamente, por jurisdicción coactiva, los créditos exigibles a favor de esas entidades, si reúnen los demás requisitos prescritos por la misma disposición”.

3. El Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio del Trabajo, cuya función principal es la promoción y formación profesional de los recursos humanos del país. De manera que de conformidad con todo lo expuesto anteriormente, se tiene que el SENA, es una entidad de derecho público *que está facultada para hacer efectivos directamente los créditos* (de cualquier naturaleza) a su favor por medio de la jurisdicción coactiva (art. 79, Decreto 01 de 1984), *siendo el representante legal del SENA el funcionario competente para hacer efectivas dichas obligaciones*, ya que por estar investido de la jurisdicción coactiva, puede tramitar procesos ejecutivos, sin que sea necesario presentar demanda, pues, él mismo debe adelantarlos sujetándose a lo dispuesto por los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

4. Como es bien sabido, la jurisdicción coactiva se instituyó como un medio especial para hacer efectivos *excepcionalmente* algunos créditos a favor de entidades públicas, sin embargo, después de la expedición del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) esa jurisdicción especial *se generalizó respecto de todos los créditos a favor de dichas entidades*, de suerte que, actualmente deben ser cobrados por jurisdicción coactiva todas las obligaciones que existen a favor de la Nación, de las entidades territoriales y de los establecimientos públicos de cualquier orden, bien sea que los títulos ejecutivos provengan de las entidades públicas o del deudor, tal como lo prevé el artículo 68 del Decreto 01 de 1984, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

5. De otra parte, cabe anotar que el Tribunal Disciplinario se ha pronunciado sobre el asunto materia de estudio en providencia de 25 de agosto de 1986, al decidir el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales y la Administración de Impuestos Nacionales de la misma ciudad. En dicha providencia el Tribunal sostuvo que el Código Contencioso Administrativo es posterior a cualquier otra norma legal que regulara la jurisdicción coactiva y que, por lo mismo, *debe prevalecer* sobre todas esas normas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes planteados por la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social:

1. *El funcionario competente* para conocer de los procesos ejecutivos por los créditos a favor del SENA a que hace referencia el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, *es el Director General de dicha entidad*, en su carácter de representante legal de la misma, sometido al trámite previsto en los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

2. Como se explicó anteriormente, el funcionario investido por la jurisdicción coactiva —en este caso, el Director General del SENA—, *debe actuar como juez y parte* dentro de los procesos ejecutivos que se adelanten para hacer efectivos los créditos a favor de la entidad.

La investidura de la jurisdicción coactiva y las atribuciones que de ella emanan *tienen naturaleza jurisdiccional* y el procedimiento que se debe adelantar *es judicial*, previsto por el Código de Procedimiento Civil. De manera que, el representante legal de la correspondiente entidad pública que deba hacer efectivos los créditos a favor de la misma, *no puede delegar dicha función en ninguno de sus empleados subalternos*, pues eso equivaldría a despojarse de su investidura de juez, situación que no está prevista en la legislación vigente. En este orden de ideas, se debe concluir que el Director General del SENA *no puede delegar la atribución* de adelantar los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos a favor de la entidad, en ninguno de los funcionarios y empleados de la misma.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *ab-suelve así* la consulta planteada por la doctora María Teresa Forero de Saade Ministra de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de los aportes de la Ley 21 de 1982.

Transcribese en copia auténtica a la doctora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria de la Sala.

**PERSONAL DOCENTE/RETIRO POR DERECHO A PENSIÓN/ESCALAFÓN DOCENTE-Exclusión/EDAD DE RETIRO FORZOSO**

*La administración sólo puede retirar del servicio a los docentes menores de 65 años que no estén inscritos en el escalafón y que estén gozando de la pensión de jubilación, pero no puede hacerlo en los casos de docentes escalafonados y pensionados, sino de conformidad con lo prescrito por el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972.*

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

*Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.*

**Referencia:** Radicación número 304. Consulta del Ministerio de Educación Nacional, sobre facultad discrecional de la administración para retirar del servicio a los docentes pensionados.

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

“1. En sentencia de esa honorable Corporación de fecha 7 de julio de 1988, la cual resolvió un recurso de apelación (Expediente 1254, Consejera ponente, doctora Clara Forero de Castro), se sostuvo sabiamente que un docente pensionado y con menos de 65 años de edad, puede ser separado del servicio discrecionalmente por la administración.

“2. Posteriormente, en sentencia de 15 de marzo del presente año, el honorable Consejo de Estado resolvió un recurso extraordinario de anulación en favor del docente Luis Fernando Castro y allí se pronunció en sentido contrario a lo ya sentado en la sentencia inicialmente citada. En el nuevo pronunciamiento se afirma que el docente, aunque esté pensionado, no pierde su estabilidad y que, por lo tanto, la administración no puede retirarlo discrecionalmente antes de cumplir 65 años.

“3. El Ministro de Educación venía acogiendo a lo sostenido por esa Corporación en la sentencia de 7 de julio de 1988 pues, además de ser un pronunciamiento reiterado, se acomoda al nuevo espíritu de la educación y a las aspiraciones socio-laborales del país, sin ir en contra de las prerrogativas legales del Estatuto Docente.

“4. Es de máxima importancia para este Ministerio tener seguridad sobre el asunto en cuestión, para lo cual solicito respetuosamente a esa Corporación le dé claridad a la administración sobre la estabilidad del docente pensionado en concordancia con lo señalado en el artículo 31 del Estatuto Docente, a fin de que cualquier decisión que se tome esté de conformidad con la jurisprudencia de ese tribunal”.

*La Sala considera:*

1º El artículo 28 del Decreto-ley 2277 de 1979 establece que los docentes escalafonados que hayan sido nombrados para ejercer cargos relacionados con la educación y hayan tomado posesión de los mismos no podrán ser suspendidos o destituidos del empleo sin antes haber sido suspendidos o excluidos del escalafón.

2º El artículo 31 *ibidem* prescribe para los docentes el derecho a permanecer en el servicio mientras no hayan sido excluidos del escalafón o no hayan alcanzado la edad de 65 años, considerada como de retiro forzoso.

3º El artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972, actualmente vigente, dispone que “el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad”.

4º De las normas mencionadas se deduce que la ley prescribe una especial estabilidad laboral a los docentes escalafonados y para ello les reconoció el derecho a permanecer en sus cargos mientras no fueren excluidos del escalafón por las causales expresamente contempladas por la ley, debidamente comprobadas, o por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Los docentes que no estén inscritos en el escalafón no gozan de estabilidad laboral porque no están amparados por las disposiciones del Estatuto Docente. En consecuencia, pueden ser suspendidos o removidos de sus empleos a discreción de la administración, aunque no hayan llegado a la edad de retiro forzoso.

5º Se pregunta si un docente pensionado y menor de 65 años puede o no ser separado de su cargo discrecionalmente por la administración o si, por el contrario, la administración no puede retirarlo antes de cumplir 65 años de edad.

La Sala considera que la estabilidad laboral del docente escalafonado se fundamenta en los artículos 28 y 31 del Decreto-ley 2277 de 1979 y 5º del Decreto-ley 224 de 1972; por tanto, todas las decisiones relativas al personal docente escalafonado deben adoptarse con fundamento en el estatuto legal. En este orden de ideas, la estabilidad

laboral de los docentes escalafonados no se modifica o afecta por la circunstancia de estar percibiendo pensión de jubilación, porque el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972 les confiere el derecho de percibir simultáneamente pensión y sueldo mientras no lleguen a la edad de retiro forzoso y el trabajador sea apto, mental y físicamente, para cumplir plenamente con sus deberes docentes. Sólo los docentes no escalafonados están excluidos del derecho que a los escalafonados confiere el referido artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972.

*En conclusión:* La administración solamente puede retirar del servicio a los docentes menores de 65 años que no estén inscritos en el escalafón y que estén gozando de la pensión de jubilación, pero no puede hacerlo en los casos de docentes escalafonados y pensionados sino de conformidad con lo prescrito por el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.*

**CARRERA ADMINISTRATIVA / SELECCION / CONVOCA-  
TORIA A CARRERA/DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO  
DEL SERVICIO CIVIL-Participación**

*Como parte integrante de la selección, la convocatoria debe ser realizada por el organismo que va a hacer la incorporación del personal, a través de la correspondiente unidad de personal; eso sí, comunicando de inmediato al Departamento Administrativo del Servicio Civil para que esta entidad efectúe la correspondiente publicación en el boletín informativo. La función principal de este organismo es la de asesorar a las entidades de la Rama Ejecutiva en el manejo de personal a su servicio, pero sin inmiscuirse en sus propias decisiones.*

*(Publicación autorizada mediante Oficio número 8395 de septiembre 26 de 1989 del Departamento Administrativo del Servicio Civil).*

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

**Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.**

**Referencia: Consulta. Radicación número 315. Conceptos sobre el proyecto modificadorio de los artículos 187, 197 y 206 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 —Carrera Administrativa—.**

El Gobierno nacional ha enviado a la Sala de Consulta y Servicio Civil, el proyecto de decreto por medio del cual se modifican los artículos 187, 197 y 206 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, para que emita concepto conforme lo dispone el artículo 9º de la Ley 19 de 1958, previas las siguientes consideraciones textuales:

“Como es de conocimiento, el Gobierno nacional previo concepto de esa honorable Corporación, expidió el citado decreto reglamentario cuyo Título IX regula la materia relacionada con la carrera administrativa, señalando entre otras fases del proceso de selección en su Capítulo II, lo concerniente a la selección de candidatos, la convocatoria y la lista de elegibles. Por lo tanto conviene que se tengan en cuenta los ordenamientos que se pretenden modificar:

“*Artículo 187.* La convocatoria se hará conjuntamente por el jefe del organismo al cual pertenezcan los empleos por proveer y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, o por aquellos funcionarios a quienes se delegue esta función.

“‘La convocatoria se hará con no menos de quince (15) días calendario de anticipación a la fecha señalada para la realización del concurso, término que podrá prorrogarse cuando las conveniencias así lo aconsejen’.

“*Artículo 197.* De cada concurso se elaborará acta que deben firmar el Secretario General del organismo o su delegado y el representante del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en la que constará:

“‘1. Número, fecha de la convocatoria y empleos por proveer.

“‘2. Nombre de las personas que se inscribieron, con indicación de los empleos para los cuales concursaron.

“‘3. Nombre de los inscritos que fueron aceptados o rechazados y en este caso la razón del rechazo.

“‘4. Relación de los participantes en el concurso, y

“‘5. Calificaciones individuales de quienes aprobaron, en orden de mérito’.

“*Artículo 206.* Con base en los resultados del concurso u oposición, el jefe o jefes de los organismos para los cuales se practicó y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por resolución conjunta, establecerán con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito listas de elegibles para los empleos objeto del concurso’.

“Se observa que los preanotados artículos tanto para la convocatoria (187) como para la elaboración del acta del concurso (197) y para la expedición de la resolución mediante la cual se integra la lista de elegibles (207), establecen una actuación conjunta entre la entidad empleadora y el Departamento Administrativo del Servicio Civil, radicada en cuanto a la entidad, en su jefe (187 y 206) y en el Secretario General o su delegado (197) y en el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil para tales actuaciones.

“La modificación que se pretende en consecuencia busca la supresión del trámite correspondiente al Departamento Administrativo del Servicio Civil en las mencionadas etapas del proceso de selección, con el deber de la autoridad nominadora de hacer llegar oportunamente a la División de Selección del Departamento en dos ejemplares

debidamente autenticados del escrito de convocatoria, del acta del concurso y del acto administrativo que contenga la lista de elegibles para los fines propios de su registro y control. Esta modificación permitirá agilizar la selección del personal para ocupar cargos de carrera administrativa, eliminando las naturales dificultades que ocurren cuando el concurso tiene ocurrencia en sedes regionales, seccionales, distritos o zonas del organismo empleador, en donde se impone al Secretario General la designación de su delegado para la elaboración del acta, la que conforme al artículo 197 habrá de remitirse al Departamento Administrativo del Servicio Civil para la firma de su representante. De igual manera, dotará de mayor autonomía a tales entidades y de un superior grado de responsabilidad en el manejo de los requisitos exigibles para proveer los cargos y del establecimiento de pruebas idóneas de selección, obviamente contando para ello con la debida asesoría del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

“A su vez descentraliza las mencionadas diligencias o trámites del proceso de selección, con el que éste ganará en celeridad, la cual constituye uno de los principios de la actuación administrativa”.

*La Sala procede a emitir concepto en relación con el mencionado proyecto de decreto, con fundamento en las siguientes consideraciones:*

1. El artículo 43 del Decreto-ley 2400 de 1968 dispone que la selección del personal para el ingreso a la carrera o la promoción dentro de ella se efectuará por “las unidades encargadas de la administración de personal de cada organismo, de acuerdo con los reglamentos propios de la carrera”.

Agrega este artículo que “las pruebas de idoneidad serán elaboradas por el Departamento Administrativo del Servicio Civil con base en las indicaciones que suministre el respectivo organismo”.

2. El artículo 54 del citado Decreto-ley 2400 de 1968, establece las funciones que le corresponde desarrollar al Departamento Administrativo del Servicio Civil, dentro de las cuales se encuentran las de establecer los sistemas de selección y orientar técnicamente a las unidades de personal de los diferentes organismos para el mejor cumplimiento de sus funciones.

3. El artículo 56 *ibidem*, determina que las unidades de personal de los organismos de la Rama Ejecutiva, cumplirán sus funciones *con la asesoría del Departamento Administrativo del Servicio Civil*, incluyendo la función de seleccionar el personal requerido para cada organismo.

4. Dentro del concepto de selección de personal están comprendidos la convocatoria, el reclutamiento, el concurso y el período en que se coloca en prueba el personal reclutado o escogido.

De manera que como parte integrante de la selección, *la convocatoria debe ser realizada por el organismo que va a hacer la incorporación de personal*, a través de la correspondiente unidad de personal. Eso sí, comunicando de inmediato al Departamento Administrativo del Servicio Civil para que esta entidad efectúe la correspondiente publicación en el boletín informativo.

De igual forma las demás fases del proceso de selección, le corresponden adelantarlas al organismo interesado en la vinculación de personal, por esa razón, todos los actos relacionados con dicho proceso *deben ser expedidos por el funcionario competente de la misma entidad*.

5. En efecto, conforme al Decreto-ley 2400 de 1968, la función principal del Departamento Administrativo del Servicio Civil *es la de asesorar* a las entidades de la Rama Ejecutiva en el manejo de personal a su servicio, *pero sin inmiscuirse en sus propias decisiones*, lo que permite concluir, que el proyecto de decreto puesto a la consideración de la Sala, cumple con los lineamientos previstos por el citado Decreto 2400 de 1968.

*Solamente, la Sala considera necesario hacer una observación* respecto del artículo 3º del proyecto de decreto, en cuanto estima que éste, debe disponer que la resolución que determina la lista de elegibles *deber ser expedida por el jefe del organismo como su representante*, de esta manera se evita que pueda presentarse equívocos respecto de la competencia para expedir dichos actos.

*Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala emite concepto favorable acerca del proyecto de decreto "por el cual se modifican los artículos 187, 197 y 206 del Decreto reglamentario 1950 de 1973"*, con base en la facultad reglamentaria de las leyes que atribuye al Presidente de la República el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, con la única observación mencionada.

Transcribese en copia auténtica.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria de la Sala.

**DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA /  
FONDO EDUCATIVO REGIONAL - Creación**

*Será el legislador, dentro de su autonomía para expedir un estatuto especial, quien podrá disponer que en el Distrito funcione un Fondo Educativo Regional que maneje separadamente los recursos de la Nación y la ciudad de Cartagena destinan a la educación y los de la Ley 12 de 1986. Mientras no sea expedido el correspondiente estatuto y mientras no sea organizado el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, resulta imposible la aplicación de las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 en relación con la organización del Fondo Educativo Regional.*

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

**Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo.**

**Referencia: Radicación número 305. Consulta del Ministro de Educación Nacional sobre: "Creación de un FER para el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena".**

En Oficio número 0851, el señor Ministro de Educación Nacional envió a la Sala la siguiente consulta:

"Al tenor del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, comedidamente me permito solicitar se conceptúe respecto a la viabilidad para crear u organizar un Fondo Educativo Regional en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, conforme a los siguientes hechos:

"a) El alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, ha pedido a este Ministerio crear mediante un contrato el Fondo Educativo Regional para fucionar (sic) en ese Distrito, argumentando que el Acto legislativo número 1 de 1987 en su artículo 2º establece: 'Lo dispuesto para el Distrito Especial de Bogotá por la Constitución Nacional en sus artículos 171, 182, parágrafo del 189 y 201, se aplicará al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias';

"b) No obstante lo establecido en la norma transcrita, la Ley 24 de 1988 en su artículo 60 sólo contempla la orga-

nización de Fondos Educativos Regionales en los Departamentos, Intendencias, Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá.

“El artículo 60 mencionado establece:

“En cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá, funcionará un Fondo Educativo Regional, administrado por el jefe de la respectiva entidad territorial y supervisado por un delegado del Ministerio de Educación Nacional.

“El Fondo Educativo Regional, manejará separadamente los recursos de la Nación y la entidad territorial respectiva destinen a la educación y los recursos que la Ley 12 de 1986 establece que le deben ser girados.

“Parágrafo 1º El Gobernador, Intendente, Comisario o Alcalde Mayor de Bogotá, obrará como ejecutor de las decisiones de la Junta Administradora del FER, y como ordenador del gasto. La facultad de ordenación del gasto podrá ser delegada.

“Parágrafo 2º Los recursos de los FER son inembargables. Las condenas judiciales serán imputables a la Nación o a la entidad territorial según la calidad jurídica de las obligaciones.

“Parágrafo 3º El Ministro de Educación Nacional podrá suscribir convenios con las entidades territoriales para reorganizar, determinar funciones y asignar recursos humanos, físicos y financieros para el funcionamiento de los FER, de acuerdo con las características de cada uno.

“Parágrafo 4º Corresponde al Ministro de Educación Nacional el nombramiento y remoción del Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante los Fondos Educativos Regionales y al Gobierno nacional la asignación de funciones”;

“c) La Ley 29 de 1989 en su artículo 18 respecto a la Junta Administradora del FER preceptúa:

“La Junta Administradora del Fondo Educativo Regional estará integrada así:

“1. El Gobernador, Intendente, Comisario o Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, quien la presidirá, o su delegado.

“2. El Secretario de Educación del Departamento, Intendencia o Comisaría.

“3. Un delegado del Ministro de Educación.

“4. Un delegado del Ministerio de Hacienda.

“5. El Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón.

“6. Un representante de los educadores del personal docente oficial, designado por el organismo gremial que agrupe mayor número de afiliados.

“7. Un Alcalde Municipal elegido por éstos para un período de un (1) año.

“El Alcalde designado no podrá exceder su representación, más allá de su mandato como tal.

“Parágrafo. El delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el respectivo FER, ejercerá las funciones de Secretario de la Junta y tendrá voz pero no voto.

“Por lo anteriormente expuesto, este Despacho consulta a la honorable Corporación:

“1. Es viable la creación de un FER por convenio en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena?

“2. Si las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989, siendo posteriores al Acto legislativo número 1 de 1987 sólo contempla la organización de los FER en los Departamentos, Intendencias, Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá; sería factible con fundamento en estas normas la creación del FER para el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena?”.

#### *Consideraciones:*

La erección de Cartagena de Indias, capital del Departamento de Bolívar, en Distrito Turístico y Cultural, mediante Acto legislativo número 1 de 1987, implicó facultar al legislador para organizarlo y proveer mediante estatuto especial sobre su régimen fiscal y administrativo y su fomento económico, social y cultural.

Bajo estos supuestos de organización previa y expedición de un régimen especial, procede la aplicación al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias de lo dispuesto para el Distrito Especial de Bogotá por los artículos 182, 189, parágrafo y 201 de la Constitución Política.

De manera que sólo cuando una ley provea a la organización del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en virtud del artículo 1º del Acto legislativo número 1 de 1987, podrán tener la aplicación correspondiente las normas constitucionales que señala el

artículo 2º de dicho acto. Será siempre, desde luego, inherente a la organización del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, la elección de Alcalde, su iniciativa sobre planes y programas de desarrollo y sobre presupuesto y el porcentaje de distribución del situado fiscal en la forma prevista por la Constitución para el Distrito Especial de Bogotá (arts. 171, 182, 189, parágrafo y 201).

La aplicación de las citadas normas al Distrito Turístico, podrá traer consigo la de leyes que en su desarrollo general hayan sido expedidas, pero sólo de estas, luego ninguna otra ley, por referirse al Distrito Especial de Bogotá, será determinante en la organización del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena ni condicionará la expedición de su estatuto especial en razón de tal referencia. Por tanto será el legislador, dentro de su autonomía para expedirlo, quien podrá disponer que en el Distrito funcione un Fondo Educativo Regional que maneje separadamente los recursos que la Nación y la ciudad de Cartagena, destinen a la educación y los de la Ley 12 de 1986. Pero mientras no sea expedido el correspondiente estatuto y mientras no sea organizado el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, resulta imposible la aplicación de las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 en relación con la organización del Fondo Educativo Regional.

Por lo cual la respuesta de la Sala a la consulta formulada se concreta así:

1º De conformidad con el artículo 60, inciso 1º de la Ley 24 de 1988, sólo es viable el funcionamiento de un Fondo Educativo Regional mediante convenio con el Departamento de Bolívar.

2º De conformidad con el artículo 60, parágrafo 3º de la Ley 24 de 1988, reformado por el artículo 16 de la Ley 29 de 1989, el Ministerio de Educación Nacional sólo puede suscribir convenios con las entidades territoriales señaladas por el artículo 60, inciso 1º de la Ley 24 de 1988.

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

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*LIQUIDACION DE CONDENA / PERJUICIOS MATERIALES  
/ PERJUICIOS MORALES*

*Las sentencias que condenan a las entidades públicas al pago de perjuicios materiales in género y de perjuicios morales en concreto, quedan sujetas, respecto de los primeros al incidente de liquidación; pero en relación con los segundos deberá aplicarse el artículo 176 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.).*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 311. Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES—, pago de perjuicios morales separadamente de los materiales, artículo 308 del C. de P. C.

El doctor Manuel Francisco Becerra Barney, Ministro de Educación Nacional, formula a la Sala la siguiente consulta, que se transcribe a continuación:

“COLDEPORTES fue condenado al pago de perjuicios morales en sentencia de segunda instancia por la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado, la que confirmó parcialmente el pronunciamiento del honorable Tribunal Administrativo del Tolima, quedando pendiente la liquidación de los perjuicios materiales, la que se tramitará en el Tribunal Administrativo del Tolima.

“Por cuanto el apoderado de la parte demandante ha solicitado en forma reiterada el pago inmediato de los perjuicios morales, citando incluso posibles infracciones a la ley penal y desacato de normas que obligan a los funcionarios públicos, se pregunta lo siguiente:

“1. Está obligado el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte ‘COLDEPORTES’ a pagar a los demandantes los perjuicios morales, separadamente de los perjuicios materiales, que están sujetos a su turno al trámite incidental previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil?

“2. Está obligado el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte ‘COLDEPORTES’ a dictar ‘resoluciones de cumplimiento’, a términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo de una sentencia de la que está pendiente parte de la liquidación de perjuicios materiales?”.

*La Sala considera:*

1. Las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con las peticiones de las correspondientes demandas, pueden condenar a las entidades de derecho público a pagar a los particulares los perjuicios materiales y morales que se hayan probado dentro del respectivo proceso. La condena a pagar los perjuicios materiales tales como frutos, intereses, mejoras, perjuicios, etc., se deberá hacer en forma genérica, cuando no haya prueba de su cuantía, debiendo señalarse en lo posible las bases con fundamento en las cuales deba llevarse a cabo la liquidación (art. 307 del C. de P. C.).

2. De conformidad con lo anterior, se tiene que, una sentencia puede condenar a la entidad pública demandada a pagar perjuicios materiales —*in genere*— y perjuicios morales en concreto; providencia que queda en firme o ejecutoriada, una vez resueltos los recursos interpuestos contra ella o surtida la consulta.

Dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ha impuesto la condena *in genere*, la parte demandante que resultó favorecida deberá presentar por escrito ante el juez de primera instancia, una liquidación motivada que exprese la cuantía de los perjuicios, con solicitud de la práctica de las pruebas que considere pertinentes.

Si no se presentare dicha liquidación ante el funcionario competente, dentro del mencionado término, caducará el derecho reconocido *in genere*, y por lo mismo, se extinguirá la obligación de la entidad pública de pagar dichos perjuicios (art. 308 del C. de P. C.).

3. El artículo 335 del Código de Procedimiento Civil dispone que el demandante favorecido o parte acreedora, podrá demandar la ejecución de la sentencia que ha condenado al pago de una suma de dinero, o a la entrega de muebles, etc., dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de dicha sentencia. Pero cuando “la sentencia haya impuesto condena *in genere*, dicho término comenzará a correr desde la ejecutoria del auto que apruebe su liquidación”.

Esta norma debe armonizarse con lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 177 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.) que establece que el término para ejecutar las sentencias que condenan a las entidades públicas es de dieciocho meses después de la ejecutoria.

4. Así las cosas, es muy claro que la sentencia ejecutoriada que condena a una entidad de derecho público a pagar perjuicios materiales y morales constituye una obligación para dicha entidad de iniciar el trámite correspondiente para su cumplimiento (art. 176 del C. C. A.).

Solamente cuando la sentencia haya impuesto condena *in genere*, se puede exigir el cumplimiento de la obligación una vez producida la providencia que apruebe la liquidación de los perjuicios, mientras tanto la obligación no es clara y, por lo mismo, no puede ser exigible.

Pero no se puede predicar lo mismo respecto de la obligación de pagar los perjuicios morales, porque ésta es clara, expresa y actualmente exigible, toda vez que a la sentencia, como se anotó, al quedar ejecutoriada, debe dársele cumplimiento. No puede someterse el pago de dicha obligación a la liquidación de los perjuicios materiales, entre otras razones, porque el incidente de liquidación no influye ni cambia la condena que se hubiere impuesto por perjuicios morales.

5. La Sala concluye, que las sentencias que condenan a las entidades públicas al pago de perjuicios materiales *in genere* y de perjuicios morales en concreto, quedan sujetas, respecto de los primeros al incidente de liquidación; pero en relación con los segundos deberá aplicarse el artículo 176 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.) que reza:

“Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento”.

6. De otra parte, debe tomarse en consideración que, como se indicó, el incidente de liquidación de los perjuicios materiales no puede cambiar la condena de los perjuicios morales, es decir, no tienen punto tangencial, que permita que éstos puedan ser modificados, por este motivo, no se encuentra justificación para demorar el cumplimiento de una obligación, clara, expresa y actualmente exigible, que puede acrecentarse por la aplicación de los intereses comerciales y moratorios que establece el inciso final del artículo 177 del Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.).

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes planteados por el señor Ministro de Educación Nacional:

1. El Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, está obligado a pagar a los demandantes favorecidos los perjuicios morales, separadamente de los perjuicios materiales que están sujetos al incidente de liquidación previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

2. Como consecuencia de la anterior aseveración, la Sala estima que el instituto mencionado, debe expedir la resolución correspondiente, en la cual se tomarán las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia en cuanto haga referencia a los perjuicios morales, y cuando quede ejecutoriado el auto que apruebe la liquidación de los perjuicios materiales se adelantará lo pertinente para la ejecución de dicha obligación.

En los anteriores términos, la Sala *absuelve* la consulta planteada por el señor Ministro de Educación Nacional.

*Jaime Paredes Tamayo*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Miren De La Lombana de Magyaroff*, Conjuez; *Humberto Mora Osejo*.

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

## *REAJUSTES PENSIONALES - Liquidación*

*La Ley 4ª de 1976 prevé dos alternativas para efectuar los reajustes pensionales creados por dicha ley: a) Cuando se haya incrementado el salario mínimo mensual legal más alto y b) Cuando transcurrido el año no se hubiere producido incremento del salario mínimo mensual más alto.*

*En la primera alternativa la liquidación se efectúa sobre una operación aplicada al antiguo y al nuevo salario mínimo mensual, más alto. Cuando no se presenta aumento del salario mínimo legal más alto debe efectuarse la liquidación conforme lo indica el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976.*

*(Se reitera providencia de 21 de octubre de 1980).*

*Nota de Relatoria: Este concepto (Radicación 269) corresponde a la solicitud de reconsideración del concepto de 14 de abril de 1989 sobre reajuste pensional para los años 1976 y 1977.*

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

*Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.*

*Referencia: Solicitud de reconsideración de concepto de 14 de abril de 1989 sobre reajuste pensional para los años 1976 y 1977. Radicación número 269.*

*La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, solicita reconsiderar el concepto emitido por la Sala respecto de los reajustes pensionales correspondientes a los años 1976 y 1977.*

*Dice la señora Ministra:*

*“El concepto mencionado señala:*

*“En orden a determinar los factores que se deben tener en cuenta para reajustar las pensiones en el año de 1976, es necesario precisar el valor del salario mínimo legal más alto en 31 de diciembre de 1975, con el fin de establecer cuál fue el incremento del salario mínimo legal más alto.*

“Ocurre que en el año de 1975 no fue elevado el salario mínimo legal más alto. Como consecuencia, deberá tenerse en cuenta el salario mínimo vigente de 1974’.

“Surge aquí la primera inquietud toda vez que la Ley 4ª de 1976, artículo 1º, inciso 3º dispone: ‘Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: Se hallará el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior’.

“Por no haber variación del salario mínimo legal mensual más alto, la fórmula de reajuste correspondiente al año de 1976, debía ser fijada por este Ministerio, mediante resolución, de acuerdo al artículo 5º del Decreto 732 de 1976 y con base en los informes que las dos entidades de previsión señaladas en la ley, deben rendir a este Despacho. Para el sector privado, así se procedió; para el público, por carecer de los informes requeridos, no se fijó.

“Al señalar la norma el término comprendido ‘entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, entendemos que para el reajuste pensional de 1976, ha debido tomarse el salario de 1975, como no se produjo variación, no existe soporte legal alguno para acudir al salario mínimo legal más alto del año 1974, como lo hace el honorable Consejo, cuando los reglamentos han fijado la forma de proceder.

“Para establecer la fórmula de reajuste aplicable para el año 1977, lógicamente a partir de 1º de enero del mismo año, han de tomarse como base los salarios mínimos mensuales legales más altos vigentes en 31 de diciembre y 1º de enero de 1976, encontrando lo siguiente:

Enero 1º de 1976	\$ 1.200	(Decreto 2394/74)
Diciembre 31 de 1976	\$ 1.560	(Decreto 1623/76)
Diferencia	\$ 360	
Porcentaje de incremento	\$ 30%	

“Conforme a la Ley 4ª de 1976, el reajuste será: Una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que representa el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto,

aplicado a la correspondiente pensión, en consecuencia la fórmula sería:

$$PR = P.A. + 180 + (P.A \times 15\%)$$

“No es posible tomar como base para el reajuste de 1977, la modificación introducida al salario mínimo mediante Decreto 2371 de octubre 12 de 1977 y vigente a partir de 1º de noviembre del mismo año, puesto que a la fecha en que había de aplicarse el reajuste (1º de enero) no se había expedido y aún más es violatorio de la ley que se refiere ‘al año inmediatamente anterior’ y a la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado que ha señalado que el reajuste pensional opera a partir de 1º de enero de 1976, que debe efectuarse el 1º de enero de cada año y que para aplicar las alternativas de los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 4ª, debe determinarse lo ocurrido en el año inmediatamente anterior al 1º de enero en que deben realizarse los reajustes pensionales; por ende, el Decreto 2371 de 1977 se tomará en cuenta para señalar la fórmula de reajuste correspondiente al año 1978.

“De conformidad con lo expuesto reitero a ustedes la petición de reconsideración del concepto emitido”.

*La Sala considera:*

1º En primer término, la Sala observa que en efecto existe una diferencia de criterios entre el ministerio consultante y el concepto emitido el 14 de abril de 1979; al estudiar con detenimiento la solicitud de reconsideración se encuentra que ha habido un equívoco sobre la fecha de liquidación de los reajustes pensionales. La Sala consideró que cuando se hacía alusión al reajuste del año 1976, se estaba haciendo referencia a la liquidación que se debía efectuar el 1º de enero de 1977; pero examinando los planteamientos de la señora Ministra se encuentra que ella se refiere al reajuste que debía efectuarse el 1º de enero de 1976 para las pensiones reconocidas antes de esa fecha y que consiste en el reajuste por el año 1975.

Sobre esta base, es obvio que, aunque el criterio expuesto en el concepto citado es aplicable a los reajustes pensionales liquidados el 1º de enero de 1978, para los años 1976 y 1977, debe pronunciarse sobre los factores de liquidación para reajustar las pensiones por el año 1975 y que debió realizarse el 1º de enero de 1976, fecha en que entró a regir la Ley 4ª de 1976.

2º Como se expresó en el concepto de 14 de abril de 1989, la Ley 4ª de 1976, prevé dos alternativas para efectuar los reajustes pensionales creados por dicha ley: a) Cuando se haya incrementado el salario

mínimo mensual legal más alto y b) Cuando transcurrido el año no se hubiere producido incremento del salario mínimo mensual más alto.

En la primera alternativa la liquidación se efectúa sobre una operación aplicada al antiguo y al nuevo salario mínimo mensual más alto, tal como se indicó en el concepto mencionado.

Cuando no se presenta aumento del salario mínimo legal más alto debe efectuarse la liquidación conforme lo indica el inciso 3º, del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, a saber:

“Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: Se hallará el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto de Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior”; la forma de liquidar dicho incremento fue regulada por el Decreto 732 de 1976; el artículo 5º de este decreto dispone que “el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, con base en los datos que para el efecto deben suministrar el Instituto de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social, fijará, mediante resolución, los porcentajes de los reajustes pensionales”.

3º De la lectura de la mencionada Ley 4ª de 1976, no se deduce que haya otra alternativa que permita efectuar la liquidación tendiente al reajuste pensional previsto por dicha disposición. Por esta razón, es muy claro, que si se hace imposible aplicar la primera posibilidad, por no haberse presentado aumento salarial, debe hacerse la liquidación conforme lo dispone la segunda alternativa.

4º En este orden de ideas, se tiene que, como en el año 1975 no hubo incremento del salario mínimo legal más alto, para poder efectuar el reajuste pensional por ese año, es preciso que el Instituto de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social suministren los datos necesarios sobre el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado en los doce meses anteriores al 1º de enero de 1976, a efecto de que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fije, mediante resolución, los porcentajes de los reajustes pensionales, tal como lo disponen el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 y los artículos 3º y 5º del Decreto reglamentario 732 de 1976.

La Sala estima que cualquiera otra solución que se pretenda aplicar al reajuste pensional para el año 1975, sería contrario al espíritu de la Ley 4ª de 1976.

Además, la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mediante providencia de 21 de octubre de 1980, rectificó su

criterio sobre la retroactividad de los aumentos salariales para liquidar los reajustes pensionales y sostuvo:

“A este respecto la Sala debe declarar que ha reexaminado detenidamente este aspecto del problema para llegar a conclusiones que aclaran las sentencias de 4 de febrero de 1977 y 20 de febrero de 1979, pues es evidente que cuando la ley ordena reajustes anuales a partir de 1º de enero, las alternativas que para dichos reajustes presentan los incisos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 se refieren a la anualidad inmediatamente anterior, pues no es concebible que dichas alternativas operen en el mismo año que deben reajustarse las pensiones a partir de 1º de enero, pues ello conduciría a que los incrementos pensionales sólo podrían determinarse el 31 de diciembre del respectivo año, fecha en que se sabría si han ocurrido aumentos en el salario mínimo legal más elevado o si, por el contrario, habría que aplicarse la segunda alternativa, o sea, la de determinar el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Para este evento el inciso 3º, establece claramente que el incremento en el nivel general de salarios debe medirse entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y es incuestionable que para la primera alternativa deben también incluirse todos los aumentos del salario mínimo legal más alto que hubiere ocurrido desde el 1º de enero al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, lo que se obtiene, como lo hizo la Oficina Jurídica en la circular acusada, tomando los salarios mínimos vigentes en 31 de diciembre de uno y otros años anteriores al 1º de enero en que debe operar el reajuste pensional.

“La fórmula predicada en las sentencias anteriores de esta sección, conduciría a que los reajustes pensionales ordenados por la Ley 4ª estarían en suspenso hasta el 31 de diciembre del respectivo año, para decretarse el reajuste con carácter retroactivo al 1º de enero, lo que no se concilia con la periodicidad de los incrementos pensionales, ni con la certeza que tanto empresarios como establecimientos de seguridad social y los mismos pensionados, deben tener con respecto al valor mensual de las mesadas pensionales. Por ello, la Sala concluye que tanto la primera como la segunda alternativa consagradas en los incisos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 4ª, deben medirse con respecto al año inmediatamente anterior, sin que haya lugar a que los aumentos del salario mínimo que ocurran en el respectivo año refluyan retroactivamente en los reajustes pensionales de 1º de enero del mismo año” (*Anales*, Tomo 99, números 467, 468, pág. 194).

De este modo la Sala responde la consulta a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, en relación con los nuevos aspectos planteados, y reitera concepto de 14 de abril de 1989, en cuanto se refiere a los reajustes pensionales aplicados a los años 1976 y 1977, que debieron reconocerse, respectivamente, el 1º de enero de 1977 y 1º de enero de 1978.

## FUNCION CONSULTIVA

Transcríbese, en copias auténticas, a la señora Ministra y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**PROCESO DISCIPLINARIO / ACCION DISCIPLINARIA /  
PRESCRIPCION-Término/CADUCIDAD-Diferencias**

*La diferencia esencial entre la caducidad y la prescripción consiste en que la primera atañe a la acción y la segunda a la pretensión; aquélla se refiere al término prescrito por la ley, para acudir a la jurisdicción y ésta al necesario para adquirir o extinguir un pretendido derecho. El término de caducidad es de orden público, la prescripción es particular y relativa al fondo de la controversia.*

*En los procesos disciplinarios sólo es posible la caducidad de la acción, comúnmente conocida como prescripción, que se cumple por la terminación del plazo prescrito por la ley para adelantar y definir la investigación disciplinaria.*

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

**Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.**

**Referencia: Radicación número 313. Consulta del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, prescripción de la acción disciplinaria en los procesos adelantados por la Procuraduría General de la Nación.**

Se resuelve la consulta que el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

“Para este departamento es de especial interés el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado sobre la consulta que se formula a continuación, relativa a la prescripción de la acción disciplinaria en los procesos adelantados por la Procuraduría General de la Nación:

“1. La Ley 25 de 1974 ‘por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario’, prevé en el artículo 12 que ‘la acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá imponerse la sanción’.

"2. La Ley 13 de 1984 consagra en su artículo 6º: 'La acción disciplinaria prescribe a los cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá imponerse la sanción'.

"3. El artículo 38 del Código Contencioso Administrativo dispone:

"'Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas'.

"4. Diversos estatutos sobre administración de personal, especiales para determinadas entidades del Estado, señalan cuál es el término de prescripción para las acciones disciplinarias que se inician contra los empleados a quienes cobijan tales normatividades; por ejemplo, el artículo 62 del Decreto 1651 de 1977 puntualiza que para el personal que presta sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales, la anotada acción prescribe en tres (3) años contados desde el último acto constitutivo de la falta.

"5. En fallo de septiembre 7 de 1988, el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander, dentro del expediente número 5096, declaró la nulidad de la Resolución número 081 de septiembre 15 de 1985 de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en aplicación del mandato del citado artículo 38 del C. C. A., por considerar que se presentaba 'caducidad de acción disciplinaria *ratione temporis*'. Para mayor ilustración me permito anexar fotocopia autenticada de la anotada decisión.

"En relación con la aplicación e interpretación de los preceptos transcritos, se plantean los siguientes interrogantes:

"a)Cuál es la diferencia entre caducidad y prescripción de la acción disciplinaria?;

"b) Cuáles son los alcances de cada una de las normas reproducidas; en qué casos y quién las aplica?;

"c) Es de la esencia de la figura de la *prescripción* que el término para su configuración pueda interrumpirse? En ese orden, podría entenderse implícito dentro de las normas, más concretamente en el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, el evento de la interrupción y si es así qué lo motivaría?".

*La Sala considera:*

1º La doctrina y la jurisprudencia distinguen claramente la caducidad y la prescripción. La diferencia esencial consiste en que la primera atañe a la acción y la segunda a la pretensión; aquella se

refiere al término, prescrito por la ley, para acudir a la jurisdicción y ésta al necesario para adquirir o extinguir un pretendido derecho.

El término de caducidad es de orden público. Dispuesto por la ley, se cumple inexorablemente y no puede ser suspendido, renunciado o prorrogado por voluntad particular.

La prescripción, por el contrario, puede o no ser alegada; es posible renunciarla, suspenderla o interrumpirla y, en cuanto al fondo, su finalidad consiste en adquirir o extinguir un derecho. La prescripción, a diferencia de la caducidad, no es procesal ni de orden público, sino particular y relativa al fondo de la controversia.

2º Los procesos disciplinarios tienen por objeto adelantar una investigación para definir si un empleado incurrió o no en falta y, en caso positivo, determinar e imponerle la condigna sanción.

La acción disciplinaria es pública y consiste en la facultad que tienen los funcionarios competentes para iniciar, adelantar y definir, de oficio o por petición de cualquiera persona, al correspondiente proceso.

3º El término de prescripción de la acción disciplinaria es el lapso, prescrito por la ley, dentro del cual es posible adelantar y definir el proceso. Por consiguiente, es semejante al de caducidad y se cumple, como ésta, inexorablemente: Su vencimiento implica absoluta pérdida de la facultad de adelantar y definir, mediante providencia de mérito, el proceso.

4º Pero, si la acción disciplinaria hace posible, en la forma indicada, iniciar, adelantar y definir el proceso, éste tiene por finalidad exclusiva esclarecer la verdad y adoptar la correspondiente decisión. En consecuencia, en los procesos disciplinarios no es posible aducir o hacer valer pretensiones de índole o naturaleza particular a las cuales oponer la excepción de prescripción: En los procesos disciplinarios sólo es posible la caducidad de la acción —así la denomina el artículo 63 del Decreto-ley 052 de 1987—, comúnmente conocida como prescripción, que se cumple por la terminación del plazo prescrito por la ley para adelantar y definir la investigación disciplinaria sin que ello hubiera sucedido. En otros términos, los procesos disciplinarios tienen una exclusiva finalidad de interés social y mediante ellos no se controvierten pretensiones sobre derechos particulares que pudieran prescribir: En ellos sólo es posible la caducidad de la acción.

5º El Decreto-ley 250 de 1970 prescribía el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el artículo 39 del Decreto 521 de 1971 lo hizo aplicable a los del Ministerio Público. El artículo 104 del Decreto-ley 250 de 1970, reiterado por el artículo 212 del Decreto reglamentario 1660 de 1970, dispuso que “la acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados desde el día en

que se cometió el último acto constitutivo de la falta" y que "la iniciación del proceso interrumpe la prescripción".

Este proceso disciplinario especial fue sustituido por el establecido mediante el Decreto-ley 052 de 1987 y éste, en relación con los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional, por el prescrito por el Decreto-ley 1888 de 1989, modificado por el Decreto-ley 1975 de este año. Pero, mientras el artículo 63, inciso 2º del Decreto-ley 052 de 1987 se limita a reiterar que la acción disciplinaria "caduca en cinco (5) años", el artículo 36, inciso 2º del Decreto-ley 1888 de 1989, tras repetir el mencionado término de caducidad de la acción, agrega que debe contarse "desde el día en que se cometió el último acto constitutivo de la falta y se interrumpirá con la modificación del pliego de cargos" y que "la sanción prescribirá en igual término, contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia que la imponga". Estos procesos disciplinarios especiales están vigentes, a saber: El Decreto-ley 052 de 1987 para los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación (art. 39 del Decreto-ley 521 de 1971) y los Decretos-leyes 1888 y 1975 de 1989 para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional.

6º Las secciones 3ª y 4ª de la Ley 25 de 1974, reglamentada por el Decreto 3404 de 1983, regularon, de manera general, el procedimiento disciplinario para los empleados administrativos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales, con excepción de los procesos disciplinarios especiales. En este orden de ideas, el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 dispuso que "la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta".

7º La Ley 13 de 1984, reglamentada por el Decreto 482 de 1985, prescribió el régimen disciplinario para los empleados administrativos nacionales, con excepción de los que están sometidos a estatutos especiales. Por consiguiente, este procedimiento disciplinario modificó las secciones 3ª y 4ª de la Ley 25 de 1974 en cuanto sustrajo de su régimen a los empleados administrativos nacionales. La Ley 25 de 1974, como el Decreto reglamentario 3404 de 1983, continuaron vigentes para los demás empleados, exceptuados los que tienen un estatuto disciplinario especial.

8º El artículo 10 de la Ley 49 de 1987 dispuso que "mientras se expide el régimen disciplinario para el alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional". Por consiguiente, esta disposición también modificó la Ley 25 de 1974 porque dispuso que el procedimiento disciplinario para los empleados municipales ya no es el regulado por ella sino

el contemplado por la Ley 13 de 1984, reglamentada por el Decreto 482 de 1985.

De este modo, el procedimiento disciplinario de la Ley 25 de 1974, reglamentada por el Decreto 3604 de 1983, actualmente sólo rige para los empleados administrativos departamentales, intendenciales y comisariales.

9º El artículo 6º de la Ley 13 de 1984 dispone que “la acción disciplinaria prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción”. De este modo, la acción disciplinaria para los empleados administrativos nacionales —excluidos los que tienen estatutos disciplinarios especiales— y municipales, a los cuales se aplican la Ley 13 de 1984 y el Decreto 482 de 1985, prescribe en cinco años.

10. Los estatutos disciplinarios especiales, como el de la seguridad social, el de las Fuerzas Militares o el de la Policía Nacional prevalecen sobre los de carácter general. Por consiguiente, la prescripción de la acción disciplinaria se rige por disposiciones especiales, a saber: El artículo 62 del Decreto-ley 1651 de 1977 dispone que la acción disciplinaria para los empleados de la seguridad social “prescribe a tres años, que se contarán desde el último acto constitutivo de la falta”; lo propio dispone, para el personal de las Fuerzas Militares, el artículo 205 del Decreto 085 de 1989 y agrega que el término de prescripción “se interrumpirá desde el día en que se dicte la resolución de convocatoria del Tribunal de Honor”. Y el artículo 106 del Decreto-ley 100 dispone para los miembros de la Policía Nacional que la acción prescribe “en un año para faltas comunes” y “en tres (3) años para faltas constitutivas de mala conducta y contra el honor militar”. La disposición agrega que el término de prescripción debe contarse “a partir de la comisión de la falta, o del último acto, si fuere continuada” y que en las investigaciones relativas a faltas contra el “honor policial” “la prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe a partir de la fecha de la resolución de convocatoria del tribunal”.

11. El artículo 38 del Decreto-ley 01 de 1984 dispone que, “salvo disposición especial en contrario, *las sanciones que pueden imponer las autoridades administrativas* (la Sala subraya) *prescribirán a los tres (3) años de producido el acto que las ocasiona*”. La Sala considera que, según el claro tenor literal del precepto transcrito, *no se refiere a la prescripción de la acción disciplinaria sino a la de las sanciones que, con fundamento en la primera, impongan las autoridades administrativas*. Por consiguiente, jurídicamente no es posible ni acertado declarar, con fundamento en el artículo 38 del Decreto-ley 01 de 1984, la prescripción de la acción disciplinaria.

Transcribase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**CONTROL FISCAL / EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA / CONTRALOR MUNICIPAL - Competencia**

*El control fiscal de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá corresponde al Contralor Municipal de Medellín, de conformidad con el artículo 307 del Código de Régimen Municipal. Dicho control excluye la acumulación de otro sobre la misma empresa por parte de la Contraloría Departamental de Antioquia, sin embargo ésta puede ejercer únicamente el control numérico legal sobre los aportes del departamento en dicha empresa. El tipo de control aplicable a la empresa es el previsto por el artículo 5º de la Ley 20 de 1975, en concordancia con el artículo 4º del Decreto-ley 130 de 1976, o sea un control posterior.*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación número 310. Consulta del Ministro de Gobierno sobre: "Ejercicio de la vigilancia y control fiscal de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá".

En Oficio número 469, el señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

*"I. Antecedentes.*

"Mediante escritura pública número 1020 de la Notaría 9ª del Círculo de Medellín, se constituyó la sociedad denominada 'Empresa de Transporte Masivo del Valle del Aburrá Limitada', como sociedad de responsabilidad limitada, entre entidades de derecho público, perteneciente al orden municipal y con domicilio principal en la ciudad de Medellín cuyo objeto social es la planeación, construcción, operación y administración del sistema de transporte rápido masivo para el Valle de Aburrá; con capital de responsabilidad de los socios representado en catorce cuotas sociales de un valor igual a \$ 500.000.00 cada una, capital suscrito y pagado en su integridad así: Por el Departamento de Antioquia, el cincuenta por ciento (50%) o sea la suma de

\$ 3.500.000,00, valor de 7 acciones; y el Municipio de Medellín el cincuenta por ciento (50%) restante, o sea la suma de \$ 3.500.000,00, valor de 7 cuotas sociales.

“En el Capítulo X —Del Revisor Fiscal—, cláusula vigésima primera de la escritura pública de constitución de la sociedad, se estipula que ésta tendrá un revisor fiscal con su respectivo suplente elegido por la junta de socios para un período de un año, de terna elaborada por la Contraloría General de la República, según la ley. En la cláusula vigésima tercera, sobre funciones del revisor fiscal, literal c) se estipula que corresponde a éste: ‘Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan vigilancia sobre la sociedad y rendirles los informes de ley y los que le solicitaren’.

“II. Normas sobre control fiscal de los departamentos y municipios:

“a) Departamentales:

“El Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), Título X, *De las entidades descentralizadas*, Capítulo I, artículos 257, 258 y 259 disponen:

“‘Artículo 257. Las sociedades en las que los departamentos tengan participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social, se someterán a las reglas que prevean los actos que autoricen su creación o la participación departamental y el respectivo contrato social, en todo lo atinente a su régimen jurídico y administrativo’.

“‘Artículo 258. La creación de sociedades de economía mixta y de sociedades en las que los departamentos tengan menos del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social, así como la participación de los departamentos en sociedades ya constituidas, deberán ser autorizadas por las Asambleas. Estas también podrán invertir de precisas facultades a los gobernadores para que ellos dispongan sobre su creación y organización’.

“‘Artículo 259. Las personas jurídicas en las cuales participen los departamentos y los municipios, o sus entidades descentralizadas, asociados entre ellos o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetarán a las normas contempladas en los Decretos-leyes 3130 de 1968, artículo 4º y 130 de 1976, artículos 1º a 5º. Las autorizaciones deben ser dadas previa y expresamente por las Asambleas, los Concejos Municipales y por lo actos que hayan creado las entidades que se asocian o constituyen compañías entre sí o con otras personas’.

“El Capítulo IV del mismo Título sobre ‘De los bienes y del control fiscal’, en su artículo 120, inciso 2º, consagra:

“‘En las sociedades en las que el Departamento o sus entidades descentralizadas posean menos del cincuenta y uno por ciento (51%) del capital, el control fiscal será ejercido por revisores fiscales elegidos por la asamblea de accionistas de listas pasadas por el Contralor. Los revisores cumplirán sus funciones conforme a lo previsto en el Código de Comercio en relación con las sociedades anónimas, sin perjuicio de que el Contralor practique inspecciones en ellas y exija informes al correspondiente revisor fiscal’.

“La Ordenanza número 96 de 1984, por la cual la Asamblea Departamental de Antioquia expide el Estatuto Fiscal del Departamento, Capítulo 11 —De la Vigilancia Fiscal—, artículo 478, sobre atribuciones en esta materia corresponde específicamente al Contralor General:

“‘a) Inspeccionar, cuando lo juzgue conveniente, el régimen, operaciones y situación contable, económica y financiera del departamento, establecimientos públicos departamentales, empresas y entidades o personas que manejan fondos, inversiones, propiedades o aportes del departamento o los municipios y, de aquellas en que uno y otro sean accionistas, y rendir los informes y hacer las recomendaciones que considere pertinentes;

“‘b) Asistir por sí, o por medio de delegado, con voz pero sin voto a las sesiones de las Juntas Directivas o Administradoras de las empresas, establecimientos públicos, entidades descentralizadas o instituciones de utilidad común de origen departamental, y a las personas jurídicas en que tenga parte el departamento, o sus entidades descentralizadas’.

“b) Municipales:

“El Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986), Título IX —De las entidades descentralizadas— artículos 156, 164 y del Título XIV —Del Control Fiscal— artículos 304 y 307 preveen:

“‘Artículo 156. Las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales’.

“‘Artículo 164. Las disposiciones de los anteriores artículos, son aplicables a las entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos locales...’.

“‘Artículo 304. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales’.

“‘Artículo 307. Además de las que señalen las leyes y los acuerdos del Concejo, los contralores tendrán las siguientes atribuciones: 1ª Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales: 2ª...3ª...’.

### “III. Interrogantes.

“En consecuencia, previo conocimiento de los antecedentes y normas legales anotadas, se solicita al honorable Consejo de Estado absolver la siguiente consulta:

“1. A cuál de las contralorías, departamental o municipal, corresponde el control fiscal de la empresa?

“2. Qué tipo de control fiscal debe ejercerse en la misma?

“3. De corresponderle el control fiscal a la contraloría municipal, qué injerencia puede tener la contraloría departamental en el control fiscal de esa empresa?

“4. Le es aplicable a la citada empresa el artículo 478 de la Ordenanza número 96 de 1984 ‘Estatuto Fiscal del Departamento de Antioquia’, en sus literales a) y b)?

“5. La autorización concedida al contralor departamental será una función netamente administrativa y por lo tanto contraria a las disposiciones institucionales y legales conforme a lo dispuesto en los artículos 59, inciso 2º de la Constitución Política y 247 del Código de Régimen Departamental (Decreto-ley 1222 de 1986)?

“6. El artículo 247 del Código de Régimen Departamental habrá derogado lo dispuesto en el artículo 478, literal b), del Estatuto Fiscal del Departamento de Antioquia?”.

### Consideraciones:

Como las entidades descentralizadas municipales se someten, en primer término, a las normas que contenga la ley, por disposición del

artículo 156 del Código de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 164, la sociedad denominada "Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada", perteneciente al orden municipal y creada por la participación exclusiva de entidades públicas, se somete a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado, por disposición del artículo 4º del Decreto-ley 130 de 1976. En tal virtud dispuso el artículo 259 del Código de Régimen Departamental que las personas jurídicas en las cuales participen los departamentos y los municipios, o sus entidades descentralizadas, asociados entre sí o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizados, se sujetarán a las normas contempladas en los Decretos-leyes 3130 de 1968, artículo 4º y 130 de 1978, artículos 1º a 5º (Cf. art. 5º, Ley 3ª de 1986).

El control posterior que para las empresas industriales y comerciales del Estado prescribe, por regla general, el artículo 5º de la Ley 20 de 1975 se proyecta sobre la integridad de la gestión económica de cada empresa: Todos los giros, ordenaciones de pago y demás documentos relacionados con el movimiento diario de fondos y bienes.

El control comprende, además, los balances y estados financieros, que deberán ser sometidos a la refrendación del respectivo auditor fiscal, en términos del artículo 16 de la misma Ley 20 de 1975.

El control fiscal de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de capital público, sometidas al régimen de aquéllas, lo ejerce un auditor delegado o los funcionarios directamente designados por el Contralor General de la República.

En el orden administrativo municipal, el referido control lo ejerce el Contralor Municipal por atribución del artículo 307 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), en armonía con el artículo 156 del mismo.

Como no es una sociedad de economía mixta, su control no se inspira en la defensa de los intereses de los socios o del beneficio de la sociedad en sí misma, ni se ejerce en los términos previstos por el Código de Comercio respecto de las sociedades anónimas por un revisor fiscal, el fundamento del control sobre las sociedades constituidas entre entidades públicas es la defensa del interés público en la destinación de aportes oficiales al capital social y la calificación de las sociedades dentro del orden municipal incide sobre la titularidad de dicho control, radicándola necesariamente en el Contralor Municipal.

La vigilancia de la gestión fiscal de los municipios y de sus entidades descentralizadas sólo puede corresponder a las contralorías departamentales, cuando en aquellos no exista contraloría y en tal sentido se entendería la atribución otorgada al contralor departamental de Antioquia sobre inspección de empresas y entidades o personas que

manejen fondos, inversiones, propiedades o aportes del departamento o los municipios y de aquellas en que uno y otro sean accionistas, por la Ordenanza número 96 de 1984, en el artículo 478, aparte a). Pero lo cierto es que al contralor municipal le corresponde vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales.

Y no está prevista en la ley, para el ejercicio de tal función, concurrencia de la contraloría departamental, por razón de la participación del departamento en sociedad de capital público perteneciente al orden municipal.

Con los fundamentos expuestos puede absolver la Sala los interrogantes de la consulta, así:

1º El control fiscal de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. corresponde al Contralor Municipal de Medellín, de conformidad con el artículo 307 del Código de Régimen Municipal.

2º El tipo de control aplicable a la empresa es el previsto por el artículo 5º de la Ley 20 de 1975, en concordancia con el artículo 4º del Decreto-ley 130 de 1976, o sea un control posterior.

3º El control fiscal ejercido por la Contraloría Municipal de Medellín excluye la acumulación de otro sobre la misma empresa por parte de la Contraloría Departamental de Antioquia. Sin embargo la contraloría del departamento puede ejercer únicamente el control numérico legal sobre los aportes del departamento en dicha empresa.

4º Por pertenecer al orden municipal, a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá no le es aplicable la disposición contenida en el artículo 478 de la Ordenanza número 96 de 1984 "Estatuto Fiscal del Departamento de Antioquia", toda vez que dicha norma está destinada a regular la vigilancia fiscal respecto de entidades descentralizadas del orden departamental.

5º Conforme a lo dispuesto por el artículo 247 del Código de Régimen Departamental, fuera de la función de control fiscal respecto de la gestión fiscal del departamento y de sus entidades descentralizadas, ninguna de otra naturaleza compete ejercer a la Contraloría Departamental de Antioquia, respecto de la gestión fiscal de entidades descentralizadas del Municipio de Medellín.

6º Las disposiciones sobre derogación de las leyes se hacen extensivas a las ordenanzas por el artículo 84 del Código de Régimen Departamental. Por consiguiente, el artículo 247 del Código de Régimen Departamental derogó lo dispuesto en el artículo 478, literal b)

del Estatuto Fiscal del Departamento de Antioquia (Ordenanza número 96 de 1984).

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

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE /  
PRIMA DE VACACIONES / EMPLEADOS PUBLICOS / TRA-  
BAJADORES OFICIALES-Reconocimiento/PAGO**

*Si en una convención colectiva se establece una prima de vacaciones en cuantía superior a la señalada en el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, no puede entenderse que se está creando una prestación extralegal, lo que sucede es que se aumenta dicho valor para los trabajadores oficiales, que tendrán derecho a que se les reconozca dicha prima según lo fijado en la convención colectiva de trabajo.*

*El descuento para PROSOCIAL es una contribución obligatoria de carácter legal que no puede estar sujeta a convención. Por lo mismo, a pesar que, el valor de la prima de vacaciones sea determinada por una convención colectiva, el descuento siempre será el fijado por el artículo 27 del Decreto-ley 1045 de 1978.*

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

**Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.**

**Referencia: Consulta. Radicación número 318. Trabajadores oficiales  
—prima de vacaciones— Decreto 1045 de 1978.**

**Antecedentes:**

**1. El Decreto número 1045 de junio 7 de 1978, dispuso:**

**a) Que los empleados públicos del orden nacional de la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades especiales, se les reconocerá y pagará únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley (arts. 1º y 2º);**

**b) Que la prima de vacaciones creada por los Decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las normas citadas.**

De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior (art. 24);

c) Que la prima de vacaciones será equivalente a quince (15) días por cada año de servicio;

d) Que el valor de tres (3) de los quince (15) días de prima, salvo disposición legal en contrario, se depositarán por el respectivo organismo en la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, PROSOCIAL (art. 25), entidad que manejará dichos recursos en cuenta especial y facilitará la expedición de un certificado sobre su valor para que el beneficiario obtenga bajos costos en sus planes de vacaciones (art. 27);

e) Que reconocerá y pagará a los trabajadores oficiales además de las prestaciones establecidas por ley para los empleados públicos, "las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones sobre la materia...".

2. Que el Decreto 174 de 1975 estableció la cuantía de la prima de vacaciones para los empleados de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias y, el artículo 13 del Decreto 230 de 1975 para los empleados de los establecimientos públicos, la señalada en el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978.

3. Que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, mediante convención colectiva reconoció prima de vacaciones a los trabajadores oficiales a partir de 1º de enero de 1978. En la actualidad, en cuantía de veinte (20) días de salario por cada año de servicio.

Con base en las anteriores consideraciones, se consulta:

A) Los trabajadores oficiales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte tienen derecho a que se les pague la prima de vacaciones que ordenó continuar reconociendo a los empleados públicos el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978 y la prima de vacaciones pactada en convención colectiva?;

B) Puede considerarse que la prima de vacaciones que en la actualidad se paga a los trabajadores oficiales es de origen extralegal, y por tal motivo, no puede hacerse el descuento con destino a PROSOCIAL?;

C) Por tener origen la prima de vacaciones de los trabajadores del Ministerio en una convención colectiva, solamente mediante este procedimiento puede pactarse el descuento de los tres (3) días de la mencionada prima con destino a PROSOCIAL?;

D) Puede considerarse que los Decretos 174 y 230 de 1975 al utilizar la expresión de "empleados de los ministerios" excluyó a los trabajadores...?

*La Sala considera:*

1. Los Decretos leyes 174 y 230 de 1975, crearon la prima de vacaciones para los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos del orden nacional, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso Nacional al Presidente de la República mediante la Ley 24 de 1974.

La cuantía de la mencionada prima se fijó en un valor equivalente a quince (15) días de sueldo por cada año de servicio, y se dispuso que debía pagarse por lo menos cinco (5) días antes de la fecha señalada para la iniciación de vacaciones.

Dichas disposiciones determinaron que el valor de tres (3) días de los quince de prima vacaciones, debía depositarse por la entidad correspondiente, en la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, con el objeto de que los empleados se vieran beneficiados con planes de vacaciones.

2. El Decreto-ley 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, recogió las disposiciones citadas de los Decretos 174 y 230 de 1975, en relación con la prima de vacaciones y, dispuso en el artículo 24 que ésta se continuará reconociendo a los empleados públicos del orden nacional, en los mismos términos previstos por los decretos mencionados.

De igual forma, el artículo 27 del mencionado Decreto-ley 1045 de 1978, establece que de la prima de vacaciones se hará un descuento equivalente al valor de tres de los quince días de la misma, con destino a la Promotora de Vacaciones y Recreación Social con el objeto de que esta entidad promocióne, fomente y financie programas de vacaciones y recreación de los asalariados del sector público y privado (Decreto 3226 de 1981, art. 4º, literales a y b).

3. Los trabajadores oficiales, por disposición del artículo 4º del Decreto-ley 1045 de 1978, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 1848 de 1969, gozan de los derechos y garantías consagrados por los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978, sin perjuicio del mejoramiento que puedan lograr por la celebración de convenciones colectivas o de la expedición de laudos arbitrales, de conformidad con las disposiciones vigentes:

De este modo, los trabajadores oficiales, además de las prestaciones establecidas en las normas citadas, tienen derecho a que se les reconozca a aquellas que se consagren en las respectivas convenciones colectivas.

4. Así las cosas, la Sala considera que la prima de vacaciones fijada en el Decreto-ley 1045 de 1978, debe ser reconocida a los trabajadores oficiales del orden nacional en la cuantía equivalente a quince días de salario por cada año de servicio (art. 25), o aquella que haya sido fijada por las correspondientes convenciones colectivas de trabajo, que de ninguna manera puede ser inferior a la establecida en el citado artículo 25 del Decreto-ley 1045 de 1978.

Por lo mismo, si en una convención colectiva se establece *una prima de vacaciones* en cuantía superior a la señalada en la norma mencionada, no puede entenderse que se está creando una prestación extralegal, lo que sucede es que se aumenta dicho valor para los trabajadores oficiales, que tendrán derecho a que se les reconozca dicha prima según lo fijado en la convención colectiva de trabajo, es decir que, si la cuantía convencional *de la prima de vacaciones* tal como lo menciona la consulta, es de veinte días de salario por cada año de servicio, ese es el valor que debe reconocerse a los trabajadores oficiales beneficiados con dicha convención colectiva, excluyendo, obviamente, los quince días que ordena la ley, puesto que ya están contenidos dentro de los veinte días que fija la convención, o sea que ésta incrementó en cinco días de salario, la mencionada prima.

5. El descuento previsto por el artículo 27 del Decreto-ley 1045 de 1978, *sobre el valor de la prima de vacaciones, con destino a la Promotora de Vacaciones y Recreación Social*, debe efectuarse a los pagos que dicha prima se reconozca tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, porque todos ellos son beneficiarios de los programas de recreación y vacaciones que desarrolle la mencionada entidad, con las excepciones legales vigentes, como la relativa a la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público de conformidad con la Ley 54 de 1983 que determina el ingreso de ese descuento a la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional.

6. Cuando, por disposición de la respectiva *convención colectiva*, la cuantía de la prima de vacaciones de los trabajadores oficiales, sea superior a la establecida en el artículo 25 del Decreto-ley 1045 de 1978, el descuento con destino a la promoción de planes de vacaciones, será igual al previsto en el artículo 27 *ibídem*, toda vez que la norma sólo se refiere al descuento del valor de tres de los quince días de la mencionada prima, sin hacer alusión a valores superiores. La Sala estima que la contribución obligatoria de los empleados oficiales para la Promotora de Vacaciones y Recreación Social debe ser en todos los casos la fijada en el artículo 27 del citado decreto-ley.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala procede a responder los interrogantes en el orden formulado:

1. Los trabajadores oficiales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte tienen derecho a que se les reconozca la prima de vacaciones establecida en el artículo 24 del Decreto-ley 1045 de 1978, por

un valor equivalente a quince días de salario por cada año de servicio, de conformidad con el artículo 25 *ibidem*, siempre que dicho valor no se haya incrementado en la respectiva convención colectiva. Si en la convención se pactó una cuantía superior para la mencionada prima, ese mayor valor prevalece sobre la prima legal. De manera que, a los trabajadores oficiales que gozan de los beneficios de una convención colectiva, debe reconocérseles y pagárseles *únicamente* el valor de la prima de vacaciones fijado.

2. La prima de vacaciones que se reconoce a los trabajadores oficiales, de conformidad con una convención colectiva, sigue manteniendo su origen legal, pero con una cuantía superior a la establecida en la ley. De suerte que, es preciso efectuar el descuento con destino a la Promotora de Vacaciones y Recreación Social por un valor equivalente a tres días cualquiera que sea la prima reconocida.

3. Como se expresó anteriormente, el descuento para PROSOCIAL es una contribución obligatoria de carácter legal que no puede estar sujeta a convención. Por lo mismo, a pesar que, el valor de la prima de vacaciones sea determinada por una convención colectiva, el descuento mencionado *siempre será el fijado* por el artículo 27 del Decreto-ley 1045 de 1978, o por disposiciones legales vigentes.

4. Debe entenderse que la prima de vacaciones creada por los Decretos 174 y 230 de 1975 lo fue tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales, *pues ambas normas se refieren indiscriminadamente a empleados de los ministerios o servidores de los establecimientos públicos, términos genéricos, que incluyen las dos categorías indicadas.* Además, por expresa disposición legal, las prestaciones de que gozan los empleados públicos, constituyen las garantías mínimas de los trabajadores oficiales que pueden mejorarlas mediante convención colectiva de trabajo.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado *absuelve* la consulta formulada por la doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, Ministra de Obras Públicas y Transporte.

Transcribese en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la Ministra de Obras Públicas y Transporte.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria de la Sala.

**IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL - Recauda / ESTABLE-  
CIMIENOS PUBLICOS**

*Las entidades que están obligadas a recaudar el impuesto de previsión social son los establecimientos públicos, se tiene que los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional o a cualquier otro ministerio, están en la obligación de recaudar dicho impuesto. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta no están obligadas a recaudarlo.*

*(Se hace referencia al concepto de 11 de septiembre de 1989, Radicación 303).*

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

*Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.*

Referencia: Destinación que se le debe dar a lo recaudado por concepto de la Ley 4ª de 1966, artículo 1º, modificado por la Ley 33 de 1985. Radicación número 316.

El señor General Oscar Botero Restrepo, Ministro de Defensa Nacional, mediante Oficio número 9001 de 13 de septiembre de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:

“Qué destinación debe dar a lo recaudado por concepto de la Ley 4ª de 1966, artículo 1º, modificado por la Ley 33 de 1985, por parte de las entidades descentralizadas adscritas y vinculadas a este ministerio.

“De otra parte, cuál debe ser la destinación de los recaudos mencionados anteriormente, cuando se presente la figura de la pensión compartida, concretamente entre el Hotel San Diego S. A., Hotel Tequendama y el Instituto de Seguros Sociales”.

*La Sala considera:*

1º El impuesto denominado de previsión social o para seguridad social, creado por la Ley 4ª de 1966, tiene como finalidad, permitir y

facilitar el financiamiento económico de las entidades de previsión social, para que puedan efectuar el pago oportuno de las pensiones de jubilación e invalidez de los empleados al servicio del Estado.

Dicho impuesto se genera, según el artículo 1º de la citada ley, sobre toda cuenta o nómina que paguen por cualquier concepto "la Nación, departamentos, intendencias, comisarias, Distrito Especial de Bogotá, municipios, corregimientos, inspecciones de policía e institutos descentralizados".

Se excluyen o exoneran de dicho impuesto, "las cuentas de cobro por auxilio, devoluciones de impuestos y traspasos de fondos recaudados por las entidades de derecho público con destino a otras personas; por prestaciones sociales, las que se formulan entre sí las entidades de derecho público y las de los establecimientos dedicados exclusivamente a la beneficencia" (inciso 2º *ibidem*).

El valor de este impuesto será: Del cinco por mil (5/000) si se trata de nóminas de personal, y de diez por mil (10/000) en los demás casos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, que en este aspecto, modificó el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966.

2º El legislador quiso, con la creación del impuesto de previsión social, que los particulares contribuyeran en el mejoramiento financiero de las entidades encargadas de pagar las pensiones de jubilación e invalidez, de las personas al servicio del Estado; buscando producir con ello, una mejor prestación de los servicios a los afiliados y el pago oportuno de sus prestaciones.

3º De lo anterior se deduce que, el valor recaudado del impuesto de previsión social debe entregarse a la Caja de Previsión respectiva, es decir, a la caja que debe reconocer y pagar las prestaciones de los empleados de la entidad recaudadora, bien sea que pertenezca a cualquiera de las órdenes nacional, departamental, intendencial, comisaral o municipal; o en su defecto, a la entidad encargada de efectuar dichos pagos.

4º De otra parte, cuando la Ley 4ª de 1966, dispone que los institutos descentralizados deben recaudar el impuesto de previsión social, se está refiriendo exclusivamente a los establecimientos públicos, no a las empresas industriales y comerciales del Estado, ni a las sociedades de economía mixta.

En efecto, como lo expresara la Sala en concepto de 11 de septiembre de 1989, antes de la reforma administrativa de 1968, los establecimientos públicos se conocían con el nombre de institutos descentralizados y, las entidades con actividades industriales y comerciales se denominaban empresas. Al instituto descentralizado se le atribuía un carácter más oficial y, por lo mismo, gozaba de menos independencia que las empresas públicas.

Por tener las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta de cualquier orden, una solvencia financiera aceptable, es por lo que el legislador consideró que no era necesario que recaudaran el impuesto mencionado, toda vez que dichas entidades podían aportar lo necesario para el pago de las prestaciones de sus empleados.

De suerte que, no cabe duda que el legislador se refirió exclusivamente a los establecimientos públicos, cuando incluyó a los institutos descentralizados en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966, como entidades recaudadoras del impuesto de previsión social.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala absuelve los interrogantes planteados por el señor Ministro de Defensa Nacional:

1º Como se expresó, las entidades descentralizadas que están obligadas a recaudar el impuesto de previsión social, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966, son los establecimientos públicos; con fundamento en este criterio se tiene que: Los establecimientos públicos, adscritos al Ministerio de Defensa Nacional o a cualquier otro ministerio, están en la obligación de recaudar el impuesto de previsión social, con destino a la caja o cajas de previsión correspondientes, que tengan a su cargo el pago de las prestaciones de los empleados de dichas entidades, o en su defecto, a la institución pagadora de las mencionadas prestaciones.

2º Tal como se expresó, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, no están obligadas a recaudar el impuesto de previsión social, establecido por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966. Dichas entidades quedaron excluidas de la mencionada obligación, por cuanto la norma sólo se refirió a los institutos descentralizados, denominación que en el año 1966, correspondía a los establecimientos públicos.

De manera que, como el Hotel San Diego S. A. —Hotel Tequendama— es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, no está obligada a recaudar el impuesto de previsión social, ni los particulares que reciben pagos de esa entidad son sujetos de dicho impuesto.

Por esta razón, la Sala considera que el Hotel San Diego S. A. —Hotel Tequendama— no puede recaudar el valor del impuesto de previsión social prescrito por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1966.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**ENTIDADES DE EDUCACION SUPERIOR - Planta de personal / TRABAJADORES OFICIALES**

*Las entidades de educación superior están sometidas al régimen prescrito por el Decreto-ley 80 de 1980 y en los vacíos que éste tenga se aplicarán las normas generales para las entidades del orden nacional o departamental, según sea el orden al cual pertenezcan. En cuanto a la clasificación de los servidores en las instituciones superiores se debe aplicar preferencialmente el artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980, que amplió el concepto de los trabajadores oficiales, que según el Decreto-ley 3135 de 1968 están limitadas a la construcción y mantenimiento de obras públicas.*

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

**Consejero ponente: Doctor Hernán Cardoso Durán.**

**Referencia: Planta de personal de la Universidad Pedagógica Nacional. Radicación número 312.**

El señor Ministro de Educación Nacional doctor Manuel Francisco Becerra Barney, mediante Oficio número 1034 de 5 de septiembre de 1989, hace el siguiente planteamiento para formular la consulta que a continuación se expresa:

"1. El Gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que fueron conferidas por la Ley 8ª de 1979 expidió el Decreto número 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria o superior.

"2. El artículo 59, letra f) del preanotado estatuto estableció como función del Consejo Superior, la de: 'Expedir, con arreglo al presupuesto y a las normas legales reglamentarias, a propuesta del rector, la planta de personal de la institución, con señalamiento de los cargos que serán desempeñados por docentes y por empleados y trabajadores oficiales del orden administrativo'.

"3. A la vez el artículo 122 *ibidem*, dispuso que: 'El personal de las instituciones oficiales de educación superior, está integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales', y que: 'Tienen la calidad

de trabajadores oficiales los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos, teniendo los demás empleados administrativos la calidad de empleados públicos.

"4. A fin de dar cumplimiento a lo anterior, el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica Nacional, mediante Acuerdo número 152 de 1980, aprobado por Decreto 3196 del mismo año de 1980, estableció su planta de personal administrativo. Se fijó en el artículo primero del citado acuerdo, como cargos para ser desempeñados por empleados públicos entre otros los siguientes y que son objeto de consulta:

**"DEPENDENCIA.**

<i>"Denominación del empleo</i>	<i>Nº de cargos</i>	<i>Código</i>	<i>Grado</i>
---------------------------------	---------------------	---------------	--------------

**"SECCION DE SERVICIOS GENERALES**

"Operario calificado	2	6000	07
"Operario calificado	1	6000	08
"Operario calificado	7	6000	09
"Chofer mecánico	10	6010	08
"Supervisor	3	5105	07

"5. Por Resolución número 2786 de 1980, proferida por la dirección de la Universidad Pedagógica Nacional, se expidió el manual de funciones y requisitos de los diferentes empleos de planta de personal. Se les dió una nueva denominación a los cargos en referencia, y se les establecieron estas funciones:

<i>"Nombre</i>	<i>Código</i>	<i>Grado</i>	<i>Nº de cargos</i>
----------------	---------------	--------------	---------------------

**"Servicio Civil:**

Operario calificado	6000	07	1
---------------------	------	----	---

**"U.P.N.: Electricista**

**"Funciones:**

"a) Velar por el buen estado de funcionamiento del sistema eléctrico de los edificios de la universidad; b) Colaborar en el mantenimiento de estufas, grecas, cocinetas y demás equipos eléctricos de la universidad; c) Colaborar en la instalación de redes eléctricas y telefónicas que requiera la universidad; d) Colaborar en las reparaciones menores en las instalaciones eléctricas y telefónicas de la universidad;

e) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“Servicio Civil:

Operario calificado	6000	07	1
---------------------	------	----	---

“U.P.N.: Tapicero

“Funciones:

“a) Hacer periódicamente las reparaciones de los muebles y sillas de oficina, cuando éstas sean necesarias; b) Instalar y mantener en buen estado de funcionamiento la cortinería de la universidad; c) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“Servicio Civil:

Operario calificado	6000	08	1
---------------------	------	----	---

“U.P.N.: Carpintero

“Funciones:

“a) Fabricar y reparar muebles y enseres de madera, tales como sillas, mesas, pupitres, puertas, gavetas, anaqueles y estantes; b) Instalar puertas, ventanas, divisiones de madera y demás elementos de carpintería; c) Instalar cerraduras en puertas, escritorios y demás muebles que necesiten de éstas; d) Inspeccionar permanentemente e informar sobre el estado de los muebles, puertas, ventanas, escritorios, pupitres, sillas y divisiones de manera y de los demás elementos de carpintería; e) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“Servicio Civil:

Operario calificado	6000	09	1
---------------------	------	----	---

“U.P.N.: Mecánico

“Funciones:

“a) Realizar las labores de mantenimiento permanente del parque automotor de la universidad; b) Solicitar oportunamente los equipos y herramientas de trabajo necesarias para la ejecución de sus funciones; c) Informar periódicamente sobre el estado de los vehículos y las necesidades de reparación, pintura general y latonería; d) Velar porque el taller esté debidamente organizado; e) Mantener disponible y en buen estado las herramientas a su cargo; f) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

## "Servicio Civil:

Operario calificado	6000	09	2
---------------------	------	----	---

## "U.P.N.: Carpintero

## "Funciones:

"a) Fabricar y reparar muebles y enseres de madera tales como sillas, mesas, pupitres, puertas, gavetas, anaqueles y estantes; b) Instalar puertas, ventanas, divisiones de madera y demás elementos correspondientes a carpintería; c) Instalar cerraduras en puertas, escritorios y demás muebles que necesiten de éstas; d) Inspeccionar permanentemente e informar sobre el estado de los muebles, puertas, ventanas, escritorios, pupitres, sillas y divisiones de madera y de los demás elementos de carpintería; e) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

## "Servicio Civil:

Operario calificado	6000	09	2
---------------------	------	----	---

## "U.P.N.: Electricista

## "Funciones:

"a) Velar por el buen estado de funcionamiento del sistema eléctrico de los edificios con que cuenta la universidad; b) Hacer periódicamente el mantenimiento de las estufas, grecas, cocinetas y demás equipos eléctricos de la universidad; c) Instalar redes eléctricas y telefónicas que requiera la universidad; d) Efectuar reparaciones menores en las instalaciones eléctricas y telefónicas de la universidad; e) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

## "Servicio Civil:

Operario calificado	6000	09	2
---------------------	------	----	---

## "U.P.N.: Plomero

## "Funciones:

"a) Supervisar las redes de conducción para determinar filtraciones y otros daños; b) Ejecutar cambios de piezas dañadas y reparar otras; c) Hacer conexiones, e instalaciones de tomas de agua, grifos y válvulas; d) Realizar sondeos de tubería y ejecutar su limpieza; e) Soldar las piezas o tuberías que lo requieran; f) Velar por el mantenimiento permanente de los baños, lavamanos, duchas y todo lo relacionado con el servicio sanitario; g) Mantener y hacer buen uso de

los equipos y herramientas bajo su cargo; h) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“Servicio Civil:

Chofer mecánico	6010	08	10
-----------------	------	----	----

“U.P.N.: Chofer mecánico

“Funciones:

“a) Velar por la seguridad del personal, materiales u objetos que transporte; b) Velar por el mantenimiento, conservación y presentación del vehículo a su cargo; c) Realizar reparaciones sencillas y de mantenimiento; d) Solicitar oportunamente las herramientas que necesite el vehículo; e) Cuidar y responder por el perfecto estado de las herramientas del vehículo a su cargo; f) Prestar el servicio de conducción vehicular a los sitios y horas indicadas por el jefe inmediato; g) Informar sobre el estado del vehículo y las necesidades de reparación; h) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“Servicio Civil:

Supervisor	5105	07	3
------------	------	----	---

“U.P.N.: Supervisor de Aseo

“Funciones:

“a) Dirigir, coordinar y supervisar el personal que está bajo su responsabilidad; b) Supervisar el cumplimiento del horario de trabajo e informar al superior inmediato de las irregularidades que se presenten en este aspecto; c) Distribuir los elementos de trabajo del personal a su cargo y controlar el uso irregular de ellos; d) Informar periódicamente sobre la asistencia del personal a su cargo así como del desempeño de las funciones del mismo; e) Disponer sobre relevos, cambios y rotaciones, cuando lo vea conveniente, de acuerdo con las instrucciones dadas por el coordinador; f) Velar por el desarrollo de los programas de trabajo establecidos por el coordinador; g) Informar personalmente al coordinador sobre los problemas y necesidades del área; h) Las demás que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

“6. Sostiene el Sindicato de Trabajadores Oficiales de la Universidad Pedagógica Nacional que los anteriores empleos deben ser cambiados para ser desempeñados por trabajadores oficiales a la luz del artículo 122 del Decreto 80 de 1980 por estas razones:

"**SOBRE LOS SUPERVISORES DEL ASEO.** Expresan que cuando el señor Ministro de Gobierno preguntó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre los alcances del término construcción y sostenimiento de obras públicas, para que el empleado que labore en esta actividad, se le considere como trabajador oficial, la Sala contestó, en relación con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968: '...de este modo, los trabajadores dedicados a las actividades indicadas, por expresa disposición de la ley, están vinculados por contrato de trabajo; para ello es suficiente, puesto que la ley no distingue, que su actividad consista, directa o indirectamente, en la construcción o mantenimiento de obras públicas. Por consiguiente, las personas que laboran en los talleres de los departamentos son trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, si ellos tienen por objeto, directo o indirecto, la construcción o el sostenimiento de obras públicas...' (Concepto de septiembre 10 de 1967. Radicación 146. Consejero ponente doctor Mora Osejo).

"Considera el sindicato que este es el criterio que debe aplicarse a quienes laboran en actividades de aseo en las universidades oficiales del orden nacional, es decir clasificar como trabajadores oficiales a quienes directa o indirectamente desempeñen actividades relacionadas con el aseo. De conformidad con el Manual de Funciones de la Universidad, los Supervisores de Aseo no tienen autoridad o mando sobre sus subalternos, pues en cualquier caso de irregularidades deben informar a su superior quien toma las medidas pertinentes.

"**SOBRE LOS OPERARIOS CALIFICADOS.** Indican que, según el artículo 10 del Decreto 1042 de 1978, pertenecen al nivel operativo, como en el caso analizado, los empleos cuyas funciones se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

"Dicen que los carpinteros son trabajadores de mantenimiento de edificaciones y equipos, pues no de otra manera pueden calificarse las labores de fabricar y reparar muebles y enseres de madera, tales como sillas, mesas, pupitres, puertas, gavetas, anaqueles y estantes; o como lo describe el Manual de Funciones el instalar puertas, ventanas, divisiones de madera, cerraduras, etc.

"Los electricistas a la vez están en la misma situación que los anteriores y son las mismas definiciones del Manual de Funciones los que allanan el camino para ubicar su calidad de trabajadores oficiales por cuanto deben velar por el buen estado de funcionamiento del sistema eléctrico que es parte integral de las edificaciones, que también son muebles por adhesión y por destinación, y hacen periódicamente el mantenimiento de los equipos de la universidad (grecas, estufas, cocinetas, etc.) y efectúan reparaciones.

"Los plomeros son el palpable reflejo del mantenimiento de las edificaciones ya que todas las tuberías son parte integral de las edificaciones de la universidad.

“Sobre los conductores, expresan que, también deben hacer mantenimiento a los vehículos que son equipos de la universidad.

“Basta con que el empleado oficial desempeñe actividades de mantenimiento en los equipos para tener la calidad de trabajadores oficiales, sin que para ello se pueda hacer distinciones en la calidad o complejidad de las reparaciones o el mantenimiento en general. En el Manual de Funciones, por ejemplo, a los choferes mecánicos se les atribuye el velar por la seguridad de las personas y materiales que transporten, velar por el mantenimiento y conservación del vehículo a su cargo, realizar reparaciones sencillas y de mantenimiento del vehículo y de las herramientas a su cargo.

“La interpretación de las normas sobre la clasificación como trabajadores oficiales del personal que labora en las entidades descentralizadas, no puede ser otra que el expuesto por el Consejo de Estado, en el concepto ya citado de 1987 (Radicación 146). ‘La Sala considera que la distinción esencial entre empleados y trabajadores oficiales consiste en que éstos realicen actividades materiales iguales o similares a los trabajadores particulares, también vinculados por contrato de trabajo’.

“7. La universidad por su parte, considera que, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son sólo los de pica y pala, tal como también lo ha expresado el honorable Consejo de Estado.

“En consecuencia, no pueden ser trabajadores oficiales, los electricistas, plomeros, carpinteros, tapiceros, supervisores de aseo y conductores.

“Los Supervisores de Aseo, como puede observarse en el Manual de Funciones de la Universidad, no tienen como actividad la de aseo, condición exigida específicamente por el artículo 122 del Decreto 80 de 1980, para ser trabajador oficial. Las funciones de estos empleos se limitan a dirigir, coordinar y supervisar la ejecución de labores de un grupo de trabajo.

“Los choferes tienen como función principal permanente la de conducir los vehículos de la universidad, a los sitios y horas indicadas por la autoridad competente, y no la de permanecer todo el tiempo en el taller de mecánica reparándolos o haciéndoles mantenimiento. La universidad para esta última labor, cuenta en su planta de personal, con mecánicos quienes tienen como función específica la de realizar la reparación y mantenimiento permanente de todo el parque automotor.

“Considera que es el desempeño de la función principal de un cargo, lo que determina la condición del empleado público o trabajador oficial, y no las secundarias o complementarias. Y en este caso, la

función principal del empleo de chofer es la de conducción de un vehículo y no la de su reparación y mantenimiento, labor que corresponde al mecánico”.

*La Sala considera:*

1. Según el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, los servidores del Estado están clasificados en empleados públicos y trabajadores oficiales, los primeros vinculados por una relación legal y reglamentaria y los segundos vinculados por contrato de trabajo.

El mencionado artículo 5º define como trabajadores oficiales a las personas que se dedican a las labores de construcción y sostenimiento de obras públicas; definición general que es aplicable a los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos.

2. El Decreto-ley 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación superior o post-secundaria, amplió para las instituciones universitarias el concepto de las labores que deben ser desarrolladas por trabajadores oficiales, de esta manera, dispuso en el artículo 122 que “tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos...”.

Corresponde al Consejo Superior de la respectiva institución universitaria, expedir la planta de personal, señalando los cargos que serán ocupados por docentes, empleados y trabajadores oficiales del orden administrativo (literal f, art. 59, Decreto-ley 80 de 1980).

3. Con fundamento en las anteriores disposiciones la Sala procede a analizar si las funciones de los empleados mencionados en la consulta corresponden a las fijadas por el artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980 para ser desarrolladas por trabajadores oficiales.

En efecto, las labores de los plomeros, electricistas, carpinteros, mecánicos, tapiceros, que se denominan operarios calificados, son funciones que, respectivamente, tienen que ver con el mantenimiento de edificaciones y el mantenimiento de equipo, incluyéndose en este concepto, los equipos de cocina, los equipos de oficina, el equipo de transporte, denominado “parque automotor de la universidad”.

De la lectura de la transcripción correspondiente que del manual de funciones, se hizo en la consulta, de los mencionados empleos, se deduce claramente que ellos están encaminados directamente al mantenimiento de las instalaciones o edificaciones de la institución universitaria, y de todos sus equipos, tanto de oficina, como de cocina, cafeterías y parque automotor.

La Sala considera que el espíritu del Decreto-ley 80 de 1980, como se indicó, fue el de ampliar las labores que debían ser desarrolladas por obreros, clasificados como trabajadores oficiales, porque consideró, como lo ha sostenido la Sala, que la distinción esencial entre empleados públicos y trabajadores oficiales radican en que éstos lleven a cabo labores materiales iguales o semejantes, a los trabajadores particulares.

En este orden de ideas, se tiene que, todos los trabajadores mencionados que desarrollan labores tales como mantenimiento del sistema eléctrico, de redes de conducción de agua, de estufas y equipos en general; de fabricación y reparación de muebles, puertas, ventanas, etc.; y del mantenimiento de las instalaciones de la universidad, son trabajadores oficiales y así deben aparecer clasificados los empleos en la planta de personal de la entidad, por esta razón la vinculación del personal debe efectuarse a través de contrato de trabajo.

4. De otra parte, la Sala estima que las funciones ejecutadas por los choferes, mecánicos y los supervisores de aseo de la Universidad Pedagógica tienen por objeto, el mantenimiento de los equipos automotores y el mantenimiento de las edificaciones de la universidad, respectivamente; las labores desarrolladas por estos trabajadores permiten y facilitan el mantenimiento de vehículos y el aseo y mantenimiento de las edificaciones de la institución universitaria.

Específicamente, al chofer mecánico le corresponde velar por el buen funcionamiento del vehículo que le ha sido asignado y efectuar el mantenimiento que esté a su alcance; no puede decirse que ésta no es su principal función porque en el manual de funciones no se hizo esa distinción.

En relación con el supervisor de aseo, no puede predicarse que como él no ejerce la función directa de limpiar y asear las instalaciones de las edificaciones de la universidad, no puede incluirse en la clasificación de los trabajadores del aseo y mantenimiento de edificaciones. Por el contrario, gracias a su intervención inmediata en torno al grupo de los servidores que tienen a cargo el aseo, es que éste se realiza en forma organizada, eficiente y adecuada, toda vez que él es encargado de dirigir y coordinar a dicho personal y distribuirle los elementos de trabajo y, controlar que se utilice en debida forma, por estos motivos, su contacto con el mencionado personal es directo y permanente, lo distingue la jerarquía, que no debe entenderse que le resta el carácter de empleado del aseo.

Con fundamento en los motivos expuestos, la Sala considera que el personal mencionado en antes, se debe considerar como trabajadores oficiales dedicados, en su orden, al mantenimiento de equipo y al aseo y mantenimiento de edificaciones y, por lo mismo, deben clasificarse de esa forma en la planta de personal de la institución universitaria y vincularse laboralmente por medio de contrato de trabajo.

5. Tomando en consideración todas las razones mencionadas, la Sala considera que las entidades de educación superior están sometidas en primer término al régimen prescrito por el Decreto-ley 80 de 1980 y en los vacíos que éste tenga se aplicarán las normas generales para las entidades del orden nacional o departamental, según sea el orden al cual pertenezcan. De manera que, en cuanto a la clasificación de los servidores de las instituciones universitarias se debe aplicar preferencialmente el artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980, que como ya se indicó, amplió el concepto de los trabajadores oficiales, que según el Decreto-ley 3135 de 1968 están limitadas a la construcción y mantenimiento de obras públicas. El artículo 122 citado, dispone que tienen la calidad de trabajadores oficiales las personas que se dediquen a la construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos.

Como los empleos a que se refiere la consulta, tienen asignadas funciones de las previstas en el artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980, la Sala conceptúa que deben ser objeto de nueva clasificación en la planta de personal de la institución universitaria para que sean desempeñados por trabajadores oficiales.

Transcribese, en copias auténticas al señor Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**BONOS DE VALOR CONSTANTE PARA SEGURIDAD SOCIAL/VIVIENDA POPULAR/BANCO CENTRAL HIPOTECARIO/COMPETENCIA**

*Si la norma reglamentada facultó al Banco Central Hipotecario, como administrador de los fondos originados en bonos de valor constante, para financiar urbanizaciones populares, la norma reglamentaria configuró tal facultad en su claro alcance vinculado al objeto de los préstamos la construcción de dependencias y servicios comunales, de la comunidad que los necesite, o sea la de la urbanización financiada por el banco. Resulta inherente a la actividad urbanizadora, la construcción de las dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad, cuyos integrantes como destinatarios naturales, están llamados a requerir y participar de dichos servicios, especialmente los de salud y educación.*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación número 314. Consulta del Ministro de Hacienda y Crédito Público sobre: "Alcance del Decreto 2377 de 1981 —recursos provenientes de los bonos de valor constante—".

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, envió a la Sala la siguiente consulta:

"... Me permito formular a esa Sala la siguiente consulta sobre el alcance de la expresión 'dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad', utilizada por el Decreto 2377 de 1981, respecto del destino que puede dársele a los recursos provenientes de los bonos de valor constante, B.V.C.

"La consulta obedece a los siguientes antecedentes:

"1. El Banco Central Hipotecario administra financieramente una parte de los recursos invertidos por el Instituto de Seguros Sociales en bonos de valor constante para segu-

ridad social, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 6ª de 1967 (art. 3º) y los Decretos 667 de 1967, 1935 y 2796 de 1973.

“2. El artículo 24 del Decreto 1935 de 1973 dispone:

“El Banco Central Hipotecario y demás entidades públicas y de crédito hipotecario a las cuales confiere el gobierno la facultad de administrar fondos originados en bonos de valor constante para seguridad social, los emplearán en préstamos para adquisición o construcción de vivienda a condición de que se destinen a uso del prestatario y que éste sea de escasos recursos.

“Del mismo modo podrán aquellas entidades financiar urbanizaciones populares siempre que su objetivo consista en hacer propietarios de vivienda familiar a personas de las características aludidas en el inciso anterior.

“3. La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 2377 de 1981, cuyo artículo 2º preceptúa:

“En desarrollo y para los efectos previstos en el inciso 2º del artículo 24 del Decreto extraordinario 1935 de 1973, el Banco Central Hipotecario y las demás entidades públicas a que el mismo se refiere podrán realizar las siguientes actividades:

“1. Otorgar créditos para la adquisición de terrenos y construcción de vivienda sobre los mismos, así como de las dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad especialmente los de salud y educación.

“2. Adelantar de manera directa, total o parcialmente, o mediante contratación con terceros, la adquisición de terrenos y construcción de viviendas sobre los mismos, así como de las dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad especialmente los de salud y educación’.

“4. El Banco Central Hipotecario ha venido utilizando parte de los mencionados recursos en operaciones de la línea Fondo Financiero de Desarrollo Urbano, FEDU, de acuerdo con las condiciones financieras establecidas por el artículo 7º de la Resolución número 53 de 1987 de la Junta Monetaria.

“5. Entre los funcionarios que intervienen en el estudio de los préstamos que otorga el FEDU han surgido dos interpretaciones del artículo 2º del Decreto reglamentario 2377 de 1981, una amplia y otra restrictiva, sobre el alcance de los proyectos de infraestructura que pueden financiarse con recursos provenientes de B.V.C.

“En efecto, según una primera tesis, dicha norma no determina específicamente la clase de ‘comunidad’ de que se trata y por consiguiente, no puede dársele a tal vocablo un significado restringido, sino que, por el contrario, debe interpretarse en un sentido amplio y general, vale decir, como sinónimo de población o de la nación.

“En cambio, algunos consideran que la ‘comunidad’ a que alude la norma no puede ser distinta de la beneficiada con el correspondiente programa de vivienda para personas de escasos recursos y que, en consecuencia, dicha expresión tiene que interpretarse en un sentido restrictivo, equivalente a barrio, urbanización o plan de vivienda específico.

“Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, solicito al honorable Consejo de Estado su concepto sobre cuál de las referidas interpretaciones es la ajustada a derecho o si existe alguna otra que resuelva en mejor forma la duda antes expuesta”.

#### *Consideraciones:*

La inversión del ochenta por ciento (80%) de las reservas constituidas conforme al artículo 4º del Decreto-ley 1935 de 1973, sobre ingresos del Instituto de Seguros Sociales correspondientes a los seguros de invalidez, vejez y muerte, está prevista en bonos de valor constante para seguridad social, por el artículo 5º, aparte a), en armonía con el artículo 9º del mismo decreto.

Los fondos originados en la inversión y distribuidos por el gobierno entre el Instituto de Fomento Industrial y el Banco Central Hipotecario son administrados en forma y términos acordados por éstos con el Gobierno nacional, como deudor de los bonos y con el Banco de la República como fideicomisario; y los contratos celebrados al efecto incorporan todas las cláusulas referentes a los objetivos y modalidades de los préstamos que corresponde otorgar al Instituto de Fomento Industrial y al Banco Central Hipotecario, como administradores de los fondos.

Respecto al banco se prescribe por el artículo 24 del decreto en cita, el empleo de los fondos que reciba, en préstamos para adquisición o construcción de vivienda, a condición de que se destine a uso del prestatario y que éste sea de escasos recursos.

Puede, además, el banco, financiar urbanizaciones populares, siempre que su objetivo consista en hacer propietarios a personas de escasos recursos, de la vivienda y que vayan a habitar.

Los objetivos del crédito comprenden, según el Decreto reglamentario 2377 de 1981, la adquisición de terrenos sobre los cuales han

de construirse la vivienda, así como las dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad, especialmente los de salud y educación.

Si la norma reglamentada facultó al Banco Central Hipotecario, como administrador de los fondos originados en bonos de valor constante, para financiar urbanizaciones populares, la norma reglamentaria configuró tal facultad en su claro alcance vinculando al objeto de los préstamos la construcción de dependencias y servicios comunales, vale decir, de la comunidad que los necesita, o sea la de la urbanización financiada por el banco.

Resulta, así, inherente a la actividad urbanizadora, la construcción de las dependencias y servicios necesarios para el beneficio de la comunidad, cuyos integrantes como destinatarios naturales, están llamados a requerir y participar de dichos servicios, especialmente los de salud y educación.

En los anteriores términos expresa la Sala el criterio requerido.

Transcribese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS/ARRENDAMIENTO DE  
INMUEBLES/RESTITUCION DEL BIEN/JURISDICCION OR-  
DINARIA/COMPETENCIA**

*El establecimiento público nacional, propietario del inmueble arrendado, mediante contrato que está vencido, ante la renuencia del arrendatario a entregárselo voluntariamente, para obtener la restitución de la tenencia del fundo podría promover acción, mediante el proceso abreviado, con fundamento en el artículo 414, numeral 12 del Código de Procedimiento Civil, ante el juez competente de la jurisdicción ordinaria.*

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

*Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.*

**Referencia:** Radicación número 323. Consulta del Departamento Nacional de Planeación, sobre aplicabilidad de la cláusula de caducidad respecto de contratos de arrendamiento ya vencidos.

Se absuelve la consulta que la señora Jefe del Departamento de Planeación Nacional hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

“De conformidad con lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República me permito solicitarles se sirvan absolver la consulta que planteo y explico a continuación:

“1. Un establecimiento público adscrito a este departamento dio en arrendamiento un inmueble, para fines distintos a vivienda. Transcurrió el plazo pactado y a pesar de haber mediado requerimiento de entrega del inmueble, el arrendatario se ha negado a entregarlo y ha continuado pagando el canon en el Banco Popular.

“2. Se desea saber si, por tratarse de un contrato de arrendamiento, en el cual la obligación de restitución del inmueble no se configura sino a la expiración del plazo, es posible declarar ahora la caducidad administrativa del mismo, con base en el incumplimiento de tal obligación, para poder utilizar el mecanismo expedito de restitución que contempla el artículo 63 del Decreto 222 de 1983.

“3. En la hipótesis de que, en concepto de la honorable Sala, la declaratoria de caducidad sea improcedente por haber vencido ya el plazo contractual, se quisiera conocer el criterio de esa Corporación acerca del procedimiento a seguir para obtener la restitución del inmueble”.

*La Sala considera:*

1º Los artículos 156 a 162 del Decreto-ley 222 de 1983 regulan el contrato de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles que pueden celebrar la Nación y los establecimientos públicos nacionales.

2º Mientras el contrato de arrendamiento de inmuebles puede celebrarse directamente, el de muebles, si su valor es superior a \$ 300.000.00, requiere licitación pública.

3º Cuando las entidades públicas mencionadas den bienes en arrendamiento el término de duración del contrato “no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas” (art. 157, inciso 1º del Decreto-ley 222 de 1983). Se exceptúan, según el artículo 157, parágrafo del Decreto-ley 222 de 1983, los contratos de arrendamiento de “las zonas francas industriales y comerciales que sean establecimientos públicos, respecto de lotes de terreno o instalaciones de su propiedad, con personas naturales o jurídicas nacionales o con personas jurídicas extranjeras que constituyan sucursal en el país, para que desarrollen actividades industriales o comerciales”, en los cuales “podrán pactarse términos superiores a los previstos en este artículo, siempre y cuando no excedan de treinta (30) años”; estos contratos, a juicio de la correspondiente junta directiva, “podrán prorrogarse por igual período, antes de su vencimiento”. Los términos ordinarios de duración de los contratos de arrendamiento, como los excepcionales, antes indicados, son obligatorios para las partes contratantes.

4º Según los artículos 60 y 61 del Decreto-ley 222 de 1983, en los contratos de arrendamiento “la caducidad será de forzosa estipulación” y, por este motivo, conforme al artículo 65 del mismo decreto, “se entiende pactada en los contratos en que es obligatoria, aun cuando no se consigne expresamente”, por las causales prescritas por el artículo 62 *ibídem*.

5º De acuerdo con los términos de la consulta, el contrato mediante el cual un establecimiento público nacional dio en arrendamiento un inmueble de su propiedad, para destinarlo a fines diferentes del de la vivienda, se encuentra vencido. Por consiguiente, no es posible declarar su caducidad, por cualquiera de las causales prescritas por el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983, porque para ello es indispensable *que el contrato esté vigente*: La caducidad es la terminación, por cualquiera de las causales estipuladas, de un contrato vigente. Este

criterio, que se deduce de la índole o naturaleza de la cláusula de caducidad, reiteradamente ha sido sustentado por la jurisprudencia de esta Corporación.

6º Lo expuesto significa que, en el caso que se consulta, no es posible aplicar el artículo 63 del Decreto-ley 222 de 1983 y obtener la restitución del inmueble, de acuerdo con el inciso 2º *ibidem*, "por la autoridad policiva del lugar de ubicación" del mismo.

7º El establecimiento público nacional, propietario del inmueble arrendado, mediante contrato que está vencido, ante la renuencia del arrendatario a entregárselo voluntariamente, para obtener la restitución de la tenencia del fundo podría promover acción, mediante el proceso abreviado, con fundamento en el artículo 414, número 12 del Código de Procedimiento Civil, correspondiente a la reforma 211, número 9, prescrita por el Decreto-ley 2282 de 1989, ante el juez competente de la jurisdicción ordinaria.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

### *SENTENCIA-Aclaración*

*Como bien lo anota el señor Fiscal Primero, a pesar de haberse hecho en la sentencia definitiva las consideraciones pertinentes, no se tomó ninguna decisión en la parte resolutive "quedando de esta manera vigente la suspensión provisional de que fue objeto el artículo". Se impone por consiguiente la aclaración de la providencia adicionando la desición que corresponde sobre dicho artículo.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

*Referencia: Expediente número 595. Decretos del Gobierno. Actor: Jaime Horta Díaz.*

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en memorial suscrito el día 4 de julio del corriente año, ha solicitado se aclare la sentencia dictada el 26 de junio, por medio de la cual se declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 5º del Decreto número 0350 de 1987 del Gobierno Nacional (Ministerio de Comunicaciones).

Manifiesta el señor agente del Ministerio Público que "No obstante que en la parte considerativa del fallo se hizo la correspondiente referencia al artículo 9º del decreto acusado, en la parte resolutive del mismo se omitió resolver lo pertinente, quedando de esta manera vigente la suspensión provisional de que fue objeto tal artículo".

*Se considera:*

En la demanda que dio origen al proceso decidido en la sentencia cuya aclaración se solicita, se había impetrado la declaratoria de nulidad y la previa suspensión provisional del artículo 9º del decreto demandado ya que se presentaba un manifiesto quebranto de los artículos 2º y 8º de la Ley 57 de 1985 en donde se prescribe que los decretos del gobierno rigen a partir de su publicación. En el acto acusado se dice que el Decreto 350 de 1985 rige a partir de la fecha de su expedición, contrariando ostensiblemente la norma superior. El

auto admisorio de la demanda decretó por tanto la suspensión provisional de dicho artículo.

Como bien lo anota el señor Fiscal Primero, a pesar de haberse hecho en la sentencia definitiva las consideraciones pertinentes, no se tomó ninguna decisión en la parte resolutive "quedando de esta manera vigente la suspensión provisional de que fue objeto el artículo". Se impone por consiguiente la aclaración de la providencia adicionando la decisión que corresponde sobre dicho artículo.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, acogiendo la solicitud del señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Resuelve:*

La parte resolutive de la sentencia dictada por esta Corporación el 26 de junio de 1989, en el proceso radicado bajo el número 595 y en el cual el actor, doctor Jaime Horta Díaz, solicita la nulidad parcial del Decreto 0350 de 1987, quedará así:

*Falla:*

1º *Declárase* la nulidad del inciso segundo del artículo 5º del Decreto número 0350 de 1987 del Gobierno Nacional (Ministerio de Comunicaciones).

2º *Levántase* la suspensión provisional del artículo 9º del decreto en mención dispuesta en el auto de 28 de mayo de 1987.

3º *Se niegan* las demás súplicas del libelo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión celebrada el día 10 de agosto de 1989.

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

*DECRETO-LEY/DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos/SUBSIDIO DE TRANSPORTE*

*La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2ª de 1989, cualquiera que sea el efecto que se le dé a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ex nunc o ex tunc, en principio no obsta para que esté vigente el Decreto 583 de 1989; pues, aunque fue expedido con fundamento en la Ley 2ª de 1989, es un acto independiente de ésta que, por lo mismo, subsiste a pesar de haber sido declarada inconstitucional.*

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

*Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación número 331. Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, sobre vigencia y aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 583 de 22 de marzo de 1989 (Relacionado con subsidio al servicio público de transporte colectivo de pasajeros).

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

“1. La declaratoria de inexecutableidad de la Ley 2ª de 1989 afecta la vigencia, validez y aplicabilidad del Decreto-ley 583 de 1989, dictado con fundamento en las facultades otorgadas al Gobierno nacional en virtud de dicha ley?

“2. No obstante la declaratoria de inexecutableidad de la Ley 2ª de 1989, el Decreto-ley 583 de 1989, por tratarse de un decreto-ley aún no controvertido, está amparado por la presunción de legalidad y en consecuencia el Gobierno nacional debe continuar aplicando las disposiciones en él contenidas?

“3. Por haber fundamentado la honorable Corte Suprema de Justicia su fallo, no sólo en un vicio observado en la formación de la Ley 2ª de 1989, sino además en el cuestionamiento de la validez constitucional de las autorizaciones concedidas al Gobierno, se afecta la validez y aplicabilidad del Decreto-ley 583 de 1989?”

*La Sala considera:*

1º La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 26 de octubre pasado, declaró inconstitucional la Ley 2ª de 1989 que autorizó al Gobierno nacional "para establecer el subsidio al servicio público de transporte colectivo de pasajeros", "urbano, metropolitano, intermunicipal, interdepartamental y rural" (art. 1º y parágrafo 1º).

2º En ejercicio de las mencionadas autorizaciones, el Gobierno expidió el Decreto 583 de 22 de marzo de 1989, por el cual estableció el subsidio al servicio público de transporte urbano y colectivo de pasajeros y determinó la forma de liquidarlo, distribuirlo y cobrarlo.

3º La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2ª de 1989, cualquiera que sea el efecto que se le dé a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *ex nunc* o *ex tunc*, en principio, no obsta para que esté vigente el Decreto 583 de 22 de marzo de 1989; pues, aunque fue expedido con fundamento en la Ley 2ª de 1989, es un acto independiente de ésta que, por lo mismo, subsiste a pesar de haber sido declarada inconstitucional.

4º Sin embargo, la Sala observa que la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2ª de 1989, que es la base del Decreto 583 de 22 de marzo de 1989, sería relevante respecto de la validez de éste en el proceso que podría adelantarse para que se declare inconstitucional.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a las señoras Ministra de Obras Públicas y Transporte y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / CONTROL FISCAL/CONTRALORIA MUNICIPAL-Facultades/JUNTA DIRECTIVA-Conformación/REFORMAS ESTATUTARIAS/EMPRESA DE DESARROLLO URBANO CIUDADELA REAL DE MINAS LTDA./COMPANIA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA/NOMBRAMIENTO/ACTO DE ELECCION*

*La vigilancia fiscal corresponde a la Contraloría Municipal mediante un auditor designado directamente por el contralor de Bucaramanga.*

*Los artículos 157 y 164 del Código de Régimen Político y Municipal regulan la manera de integrar las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales de carácter municipal.*

*Por haber sido adoptada la reforma por la decisión de la junta de socios, y por la asamblea general extraordinaria de socios respectivamente, no se requiere que el Concejo Municipal de Bucaramanga les dé aprobación.*

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

*Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.*

*Referencia: Radicación número 327. Consulta del Ministerio de Gobierno, sobre control fiscal y conformación de las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales.*

*Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala, en relación con las sociedades denominadas “Empresa de Desarrollo Urbano Ciudadela Real de Minas Limitada” y “Compañía de Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S. A.”, ambas de Bucaramanga, en los siguientes términos textuales:*

*“a) Le corresponde de manera directa a la Contraloría Municipal ejercer el control fiscal sobre estas dos entidades descentralizadas a través de un auditor nombrado por el contralor o en su defecto, es correcta la forma de designación establecida en los estatutos actuales?”*

“b) La conformación de las juntas directivas de estos nuevos entes municipales debe hacerse dando aplicación en su totalidad a los artículos 157 y 164 del Decreto 1333 de 1986, o por el contrario están correctamente conformadas? y;

“c) Las reformas estatutarias se llevaron a cabo con el lleno de los requisitos legales o éstas debían ser aprobadas o expedidas por el Concejo Municipal?”.

*La Sala considera:*

1º La “Empresa de Desarrollo Urbano de Bucaramanga Ciudadela Real de Minas Limitada”, según la escritura número 2690, otorgada el 8 de julio de 1988 en la Notaría Primera de Bucaramanga, es una empresa industrial y comercial de segundo grado y de carácter municipal, formada por aportes del Municipio de Bucaramanga y de las Empresas Públicas de la misma ciudad. Por consiguiente, según el artículo 307, número 1 del Código de Régimen Municipal, que atribuye al contralor “vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas” y los artículos 66 y 144 del Código Fiscal del Municipio de Bucaramanga, expedido mediante Acuerdo número 020 de 1988, la vigilancia de la gestión fiscal de la mencionada sociedad corresponde a la Contraloría Municipal, “a través de un auditor designado directamente por el contralor de Bucaramanga”.

Además, según los artículos 157 y 164 del Código de Régimen Municipal, que regulan la manera de integrar las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales, directas e indirectas, de carácter municipal, la junta directiva de la sociedad “Empresa de Desarrollo Urbano de Bucaramanga Ciudadela Real de Minas” debe estar conformada así: La tercera parte de sus miembros deben ser funcionarios de la administración municipal; otra tercera parte representantes del Concejo Municipal y la restante delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio.

2º La sociedad “Compañía del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga”, es de economía mixta y de carácter municipal. Como el porcentaje de los aportes oficiales excede el 90% del capital social, se asimila a empresa industrial y comercial de carácter municipal y, en cuanto está constituida por acciones pertenecientes a las empresas públicas de Bucaramanga, a la Empresa de Obras Sanitarias de Santander, al Municipio de Bucaramanga, a la Nación y a la Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga, es de segundo grado. Por consiguiente, según los artículos 307, número 1 del Código de Régimen Municipal y 66, 144 y 145 del Código Fiscal de Bucaramanga, la vigilancia fiscal de la sociedad de que se trata corresponde a la Contraloría Municipal, mediante “un auditor designado directamente por el contralor de Bucaramanga”.

Además, como en el caso anterior, de acuerdo con los artículos 157 y 164 del Código de Régimen Municipal, la junta directiva de la sociedad "Compañía del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S. A.", por estar ésta asimilada a empresa industrial y comercial de carácter municipal, se debe integrar en la misma forma indicada para la de la "Empresa de Desarrollo Urbano Ciudadela Real de Minas Limitada".

3º Como la reforma de la "Empresa de Desarrollo Urbano de Bucaramanga Ciudadela Real de Minas Limitada" se efectuó por decisión de la junta de socios, de conformidad con el artículo 67 del Decreto-ley 77 de 1987, y la correspondiente a la "Compañía del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S. A." con fundamento en decisión adoptada por la asamblea general extraordinaria de accionistas, no se requiere que el Concejo Municipal de Bucaramanga les dé aprobación.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR-Facul-  
tades/ASOCIACION DE AUTORES-Vigilancia/ASOCIACION  
DE AUTORES-Inspección**

*Si se impugna una decisión de la Asamblea o de otro de sus órganos por no ajustarse en el cumplimiento de sus funciones a las normas que las regulan, la Dirección Nacional del Derecho de Autor tiene competencia no sólo para formularlo sino también para adelantar la correspondiente investigación. Demostrada la infracción a la ley o a los estatutos, podrá imponerse la sanción a que haya lugar, si no se restablece la legalidad.*

**SAYCO ACINPRO/ORGANIZACION RECAUDADORA-Impro-  
cedencia**

*Al no corresponder la naturaleza de la "Organización Recaudadora SAYCO - ACINPRO" por su estructura y funcionamiento, a asociación de autores, ni habiendo sido reconocida su personería jurídica por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, esta dependencia del Ministerio de Gobierno carece de atribución legal para ejercer su inspección y vigilancia; la misma corresponde a la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá.*

**FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOM-  
BIANO / TARJETA PROFESIONAL - Expedición**

*Según la Ley 25 de 1985 son profesionales del arte los artistas, empíricos o académicos, que demuestren que han ejercido, o ejercen, actividades inherentes al arte en cualquiera de sus distintas expresiones (art. 1º) y con la finalidad de "establecer los requisitos que permitan calificar la condición de profesional del arte" y de "estudiar y emitir concepto sobre las solicitudes que presenten los artistas, para ser calificados como profesionales", crea el Consejo Asesor para la Profesionalización del Artista, adscrito al Ministerio de Educación Nacional (art. 2º) luego de lo cual y previa certificación de afiliación del solicitante al Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, el Ministerio expide al profesional del arte una tarjeta que lo acredita como tal.*

*A falta de ley dictada en desarrollo del artículo 39 de la Constitución que reglamente una profesión artística como la del actor, el Ministerio de Gobierno debe admitir dentro de los requisitos exigidos para el reconocimiento de personería jurídica a una asociación de autores la tarjeta a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2166 de 1985.*

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

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la inspección y vigilancia de las asociaciones de autores. Radicación número 322.

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala una consulta en la que, además de consideraciones generales en torno a los Derechos de Autor, presenta los siguientes interrogantes:

1º La función de inspección y vigilancia que le otorgan a la Dirección Nacional del Derecho de Autor la Ley 23 de 1982 y el Decreto 3116 de 1984, permite a ésta, además de la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y en los estatutos, el conocer de las impugnaciones contra la legalidad de las decisiones de Asamblea General, Consejo Directivo, Comité de Vigilancia, Gerente, etc.?

2º Puede la Dirección Nacional del Derecho de Autor ejercer inspección y vigilancia sobre la entidad denominada "Organización Recaudadora SAYCO - ACINPRO", cuya personería jurídica le fue otorgada por la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la Resolución número 0596 de noviembre 18 de 1987, atendiendo solicitud de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia "SAYCO" y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos "ACINPRO", quienes de esta manera conformaron una tercera persona para realizar el recaudo de los derechos de autor provenientes de la ejecución pública de la música, atribución esta reconocida a una y otra sociedad al momento de otorgarles personería jurídica por parte de la Dirección Nacional del Derecho de Autor?

3º Qué entidad debe expedir licencias para acreditar la calidad de actor o actriz a efectos de dar cumplimiento al literal f del artículo 43 del Decreto 3116 de 1984?

*La Sala considera y responde:*

1. La Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, dispone que los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por dicha ley y, en cuanto

fuere compatible con ella, por el derecho común; agrega que también protege a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor.

Específicamente en el Capítulo XVI, denominado "De las asociaciones de autores", la mencionada ley establece que los titulares del derecho de autor podrán formar asociaciones sin ánimo de lucro, con personería jurídica y patrimonio propio, para la defensa de sus intereses; que las asociaciones de autores no podrán constituirse ni funcionar con menos de veinticinco autores que deberán pertenecer a la misma actividad; y que el reconocimiento de la personería jurídica de estas asociaciones será conferido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, la que podrá fiscalizar su funcionamiento. De igual modo, enumera las finalidades y atribuciones de las asociaciones de autores, su forma de organización y funcionamiento y señala que tendrán los siguientes órganos: La Asamblea General, un Consejo Directivo, un Comité de Vigilancia, un Gerente y un Fiscal.

2. La Dirección Nacional del Derecho de Autor está organizada como una dependencia del Ministerio de Gobierno por el Decreto 1035 de 1982, norma que atribuye al Director General, entre otras funciones, la de dictar las providencias requeridas para el cumplimiento de la Ley 23 de 1982 y de sus disposiciones concordantes; a la Oficina de Registro, la de registrar a los representantes legales y a las asociaciones que representan a personas titulares del derecho de autor; y a la División Legal del Derecho de Autor, la de inspeccionar y vigilar el cumplimiento de los estatutos, del objeto social y de las atribuciones que corresponden a las asociaciones de autores (arts. 2º c, 3º d, y 5º e).

3. El Decreto 3116 de 1984, reglamentario de la Ley 23 de 1982, preceptúa que ninguna asociación de autores podrá actuar mientras no se reconozca su personería jurídica por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, lo cual se hará mediante resolución motivada y previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos que allí se indican (arts. 41 a 46).

Obtenida la personería jurídica por la asociación de autores, ésta queda sometida a la inspección y vigilancia de la Dirección Nacional del Derecho de Autor para efectos de establecer el cumplimiento de las disposiciones legales y de las normas estatutarias (art. 104 *ibidem*). Para el adecuado cumplimiento de esta función, aquella dependencia del Ministerio de Gobierno podrá realizar inspección a los libros y documentos de la asociación y solicitar los informes que estime convenientes; asistir cuando lo considere necesario a las asambleas; convocar a la asamblea extraordinaria; adelantar investigaciones; recomendar las medidas que estime pertinentes (art. 105 *ibidem*) e imponer mediante resolución motivada y previa comprobación de la infracción legal o estatutaria, las sanciones previstas en el artículo 92

*ibidem*: Amonestación por escrito, multas hasta por diez salarios mínimos, suspensión y cancelación de la personería jurídica.

4. El alcance de la función de inspección y vigilancia que a la Dirección Nacional del Derecho de Autor atribuye la Ley 23 de 1982, está determinado por las disposiciones del Decreto reglamentario 3116 de 1984, en cuanto contienen los medios necesarios y adecuados dirigidos a alcanzar los objetivos de la función y señalan las formas y el ámbito de su ejercicio.

La práctica de una visita, la rendición de un informe, la asistencia a una asamblea, son circunstancias que permiten establecer violaciones legales o estatutarias o incumplimiento de disposiciones reglamentarias, es decir, "anomalías" según la expresión utilizada por el artículo 106 del Decreto 3116 y, como consecuencia determinan la formulación de cargos a la asociación para que aquellas se corrijan, se presenten aclaraciones y descargos y se aporten las pruebas pertinentes.

Si el cargo consiste en la impugnación de una decisión de la Asamblea o de otro de sus órganos que no se ajuste en el cumplimiento de sus funciones a las normas que las regulan, la Dirección Nacional del Derecho de Autor tiene competencia no sólo para formularlo sino también para adelantar la correspondiente investigación. Demostrada la infracción a la ley o a los estatutos, podrá imponerse la sanción a que haya lugar, si no se restablece la legalidad; pero sin ir más lejos, por cuanto la decisión de la Asamblea o de otro de sus órganos, no corregida o aclarada, vendría a ser cuestión de conocimiento de la justicia ordinaria, que sólo ésta puede resolver, conforme al artículo 242 de la Ley 23 de 1982 que se transcribe:

Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos vinculados con los derechos de autor, serán resueltas por la justicia ordinaria.

5. Las asociaciones sometidas a la inspección y vigilancia de la Dirección Nacional del Derecho de Autor son las constituidas y registradas conforme a las disposiciones de la Ley 23 de 1982 y, por tanto, solamente éstas pueden tenerse como asociaciones de autores para el ejercicio de las atribuciones que la misma ley señala (arts. 216, 217 y 229 *ibidem*).

De la asociación denominada "Organización Recaudadora SAYCO-ACINPRO" son asociados activos estas dos entidades en su calidad de fundadoras, o sea la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos. También pueden serlo, según el artículo 4º de sus estatutos, "las entidades de autores de obras musicales y derechos conexos, que tengan personería jurídica reconocida por la autoridad competente y que de-

muestren tener más de 500 socios y/o asociados cuyas obras musicales o derechos conexos tengan una ejecución pública vigente, conforme a las disposiciones legales". Y con el carácter de asociados administrados que sólo tendrán derecho a voz en la asamblea general, las entidades titulares de derechos de autor con personería jurídica reconocida, que no reúnan los demás requisitos (art. 6º *ibidem*).

El objeto de la asociación es el de recaudar para sus asociados las percepciones pecuniarias provenientes de la ejecución pública de las obras literario musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas o videográficas que según la ley corresponden a los autores y compositores vinculados a SAYCO y a los artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos asociados a ACINPRO.

Aunque el objeto de la organización recaudadora coincide en esta materia con el de sus asociados activos, SAYCO y ACINPRO, no sucede lo mismo en lo relacionado con su organización y funcionamiento. Estas dos últimas asociaciones están formadas por titulares de derechos reconocidos por la Ley 23 de 1982, pertenecientes a una misma actividad, y en el ejercicio de sus atribuciones están sometidas a dicha regulación legal, la cual las coloca además bajo la inspección y vigilancia de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, una vez esta dependencia gubernamental les haya reconocido personería jurídica.

Fue precisamente por su naturaleza y características que el reconocimiento de personería jurídica a la "Organización Recaudadora SAYCO - ACINPRO", se hizo por la Alcaldía Mayor de Bogotá que, al efecto, expidió la Resolución número 0596 de 18 de noviembre de 1987, actuando en ejercicio de la facultad otorgada por la Ley 22 de 1987 (marzo 12) para reconocer y cancelar personería jurídica a asociaciones que tengan su domicilio en el Distrito Especial, cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia.

Es lógico y jurídico deducir, por consiguiente, que al no corresponder la naturaleza de la "Organización Recaudadora SAYCO - ACINPRO" por su estructura y funcionamiento, a asociación de autores, ni habiendo sido reconocida su personería jurídica por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, esta dependencia del Ministerio de Gobierno carece de atribución legal para ejercer su inspección y vigilancia; la misma corresponde a la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá.

6. El Decreto 1131 de 1983, expedido por el Gobierno nacional invocando su potestad reglamentaria de la ley, había dispuesto en su artículo 1º que "para el ejercicio de la actividad teatral por los medios de radiodifusión o televisión es necesario obtener la licencia que acredita la calidad de actor o director, expedida por el Ministerio de Comunicaciones" y, en quince artículos más, reglamentaba la obtención de dichas licencias. Pero todas estas disposiciones fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia de 20 de mayo de 1988, con fundamento en que el Gobierno

había excedido su potestad reglamentaria al dictar todo un estatuto sobre el ejercicio de la profesión de actor o director de radio, teatro y televisión, invadiendo de este modo la competencia que la Constitución le asigna de manera única y exclusiva a la ley.

Ante la sentencia de nulidad de los artículos 1º a 16 del Decreto 1131 de 1983, pudiera pensarse que se produjo un vacío jurídico en el sentido de que por no existir ley que regule el ejercicio de la profesión de actor o director de radio, teatro y televisión, hoy en día ninguna autoridad está autorizada para expedir licencias que acrediten tal calidad, necesaria para demostrar la titularidad de derechos en la respectiva actividad, al tenor de lo dispuesto en los literales d) y f) del artículo 42 del Decreto 3116 de 1984, reglamentario de la Ley 23 de 1982.

La Sala estima, sin embargo, que es posible acudir para los efectos indicados a una norma con fuerza de ley que de manera general regula la condición de profesional del arte.

Trátase del Decreto 2166 de 1985, expedido por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 25 del mismo año "para crear el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano".

Lo cierto es que la Ley 25 de 1985 no solamente facultó al gobierno para crear el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano como una entidad de previsión social, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera propias, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sino también para garantizar y hacer cumplir los beneficios del derecho de asociación y previsión social a todos aquellos colombianos cuya actividad profesional, en cualquiera de sus formas, implique dedicación permanente como artistas, intérpretes o ejecutantes, de labores inherentes al arte que se expresa por medio de la palabra, la forma, el color o el sonido, y además "determinar la condición de profesional del arte en sus distintas expresiones, para los alcances de esta ley".

Según la citada ley son profesionales del arte los artistas, empíricos o académicos, que demuestren que han ejercido, o ejercen, actividades inherentes al arte en cualquiera de sus distintas expresiones (art. 1º) y con la finalidad, entre otras, de "establecer los requisitos que permitan calificar la condición de profesional del arte" y de "estudiar y emitir concepto sobre las solicitudes que presenten los artistas, para ser calificados como profesionales", crea el Consejo Asesor para la Profesionalización del Artista, adscrito al Ministerio de Educación Nacional (art. 2º), luego de lo cual y previa certificación de afiliación del solicitante al Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, el Ministerio expide al profesional del arte una tarjeta que lo acredita como tal.

Así que la ley, por una parte, es amplia en cuanto a las actividades que permiten determinar la condición de profesional del arte; pero circunscrita a la obligatoriedad de afiliación de los mismos al Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano. Aspectos que hacen necesario darle un tratamiento acorde con su espíritu y finalidad. Es por eso que, a falta de ley dictada en desarrollo del artículo 39 de la Constitución que reglamente una profesión artística como la de actor, el Ministerio de Gobierno debe admitir dentro de los requisitos exigidos para el reconocimiento de personería jurídica a una asociación de autores, la tarjeta a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2166 de 1985.

Transcribese al señor Ministro de Gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, art. 112).

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**PROYECTO DE DECRETO / CARRERA ADMINISTRATIVA  
/ INGRESO AL SERVICIO - Proceso de selección**

*El proyecto de decreto reglamenta la Ley 29 de 1989, sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de mérito de los empleos de carrera administrativa. Se emitió concepto favorable.*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: PROYECTO DE DECRETO “Por el cual se reglamenta la Ley 29 de 1989 sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de méritos de los empleos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. Radicación número 329.

El Ministro de Educación Nacional y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, acuden a esta honorable Corporación con el fin de obtener concepto sobre el proyecto de decreto “por el cual se reglamenta la Ley 29 de 1989 sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de mérito de los empleos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, que fuera elaborado conjuntamente por funcionarios de las citadas entidades.

Como es de su conocimiento, mediante la Ley 24 de febrero 11 de 1988, se reestructuró el Ministerio de Educación Nacional.

La citada ley en sus artículos 54 y 66 dispuso lo siguiente:

“Artículo 54. Se asigna a los gobernadores, intendentes, comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general, administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados, jornadas adicionales y equipo de educación fundamental, teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa vigente y que expidan en adelante el Congreso y el Gobierno nacional,

ajustándose a los cargos vacantes de las plantas de personal que apruebe el Gobierno nacional y a las disponibilidades presupuestales correspondientes.

“Parágrafo 1º Los traslados de personal docente y administrativo de una entidad territorial a otra se efectuarán por el Ministerio de Educación Nacional.

“Parágrafo 2º Las funciones a que se refiere este artículo podrán ser delegadas en funcionarios de las entidades territoriales.

“Parágrafo 3º El Gobierno nacional reglamentará la desconcentración a que se refiere este artículo y determinará el procedimiento para llevarla a cabo.

“Artículo 66. Lo estipulado en los artículos 54 a 66 de esta ley se desarrollará gradualmente de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno nacional, en un plazo máximo de un (1) año, contado a partir de su promulgación”.

A finales de la legislatura ordinaria de 1988, el Congreso de la República aprobó una ley que modifica parcialmente la comentada Ley 24 del año pasado.

Los artículos 9º y 19 de la Ley 29 de 1989 introducen modificaciones a los artículos 54 y 66 de la Ley 24 de 1988, en los siguientes términos:

“Artículo 9º El artículo 54, quedará así: Se asigna al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá y a los alcaldes municipales, las funciones de nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados, jornadas adicionales, teniendo en cuenta las normas del Estatuto Docente y la Carrera Administrativa vigentes y que expida en adelante el Congreso y el Gobierno nacional, ajustándose a los cargos vacantes de las plantas de personal que apruebe el Gobierno nacional y las disponibilidades presupuestales correspondientes.

“En la Isla de San Andrés estas funciones se asignan al intendente.

“Se asignan a los gobernadores, intendentes, comisarios y Alcalde Mayor de Bogotá, las funciones de nombrar, remover, controlar y, en general, administrar el personal administrativo, nacional y nacionalizado de los equipos de educación fundamental, teniendo en cuenta la carrera administrativa.

“Parágrafo 1º Los salarios y prestaciones sociales de este personal, continuarán a cargo de la Nación y de las entidades territoriales que las crearon.

“Parágrafo 2º La Nación no asume responsabilidad alguna por los nombramientos que excedan las plantas de personal aprobadas por el Gobierno nacional para la respectiva jurisdicción municipal y para la jurisdicción de la Isla de San Andrés, ni nacionalizará el personal así asignado.

“Los nombramientos y demás novedades de personal que se llegasen a producir por fuera de las respectivas plantas de personal o contraviniendo las normas del Estatuto Docente y de la Carrera Administrativa y las disponibilidades presupuestales correspondientes, serán de exclusiva responsabilidad del municipio o entidad territorial que los hiciera, y cuyas las cargas civiles, administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan. El funcionario que produjere el nombramiento o la novedad de personal, incurrirá en causal de mala conducta y responderá solidariamente con la entidad que dicho funcionario represente.

“Las demandas que se llegaren a presentar por causa de los nombramientos y demás novedades de personal con desconocimiento de lo prescrito en este parágrafo, se dirigirán contra el municipio o entidad territorial respectiva, y contra el funcionario que produjo el acto.

“Parágrafo 3º Los personeros municipales, como agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición del alcalde, velarán por el cumplimiento del régimen disciplinario del personal docente y administrativo, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes ante las Juntas Seccionales de Escalafón y el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente. La Junta Seccional de Escalafón podrá solicitar la presencia del personero municipal, con voz pero sin voto para tratar los casos de su jurisdicción.

“Artículo 19. El proceso de ejecución de lo estipulado en el artículo 9º de esta ley, será gradual, según reglamentación que expida el Gobierno nacional, pero tal proceso tendrá que estar incluido en un plazo máximo de un (1) año, contado a partir de la promulgación de la presente ley”.

Conforme a las normas anteriormente transcritas de la nueva ley que modifica parcialmente la Ley 24 de febrero 11 de 1988, se determina que el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá y otras autoridades de las entidades territoriales tienen competencia para el manejo del personal docente administrativo de dependencias del sector educativo, teniendo en cuenta las disposiciones de carrera; así mismo, que en un término de un año, contado a partir de la promul-

gación de la ley, deberá llevarse a cabo el proceso de ejecución de lo establecido en el artículo 9º de la referida ley, acorde con la reglamentación expedida por el Gobierno nacional.

El proyecto de decreto que se somete a consideración de la honorable Sala, busca reglamentar en lo que concierne a la carrera administrativa el proceso de selección que debe seguirse tanto para el ingreso como para el ascenso en el escalafón de los funcionarios administrativos de los establecimientos educativos del orden nacional y nacionalizado, de los Fondos Educativos Regionales, Oficinas Seccionales de Escalafón, Centros Experimentales Pilotos y Equipos de Educación Fundamental.

Precisa el proyecto en forma detallada dicho proceso de selección en sus distintas etapas (convocatoria, inscripción, concurso, lista de elegibles y período de prueba); así mismo, la intervención y competencia de las correspondientes autoridades administrativas en el referido proceso y la inscripción en la carrera administrativa de los funcionarios por el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Finalmente el proyecto contiene disposiciones relativas a la asesoría y a la capacitación de los funcionarios por conducto del Ministerio de Educación Nacional, con la colaboración del mencionado Departamento Administrativo y de la Escuela Superior de Administración Pública, para el efectivo cumplimiento del proceso de selección que deben realizar las autoridades administrativas para la provisión de los cargos de carrera mediante el sistema de mérito.

*La Sala procede a emitir concepto en relación con el mencionado proyecto de decreto, previas las siguientes consideraciones:*

1. Los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y la Ley 61 de 1987 regulan todo lo concerniente a la carrera administrativa de los empleados públicos del orden nacional. Estas disposiciones constituyen un régimen general que es aplicable a todos los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con excepción de los sectores que tienen establecida legalmente una carrera administrativa especial, como por ejemplo, el sector de las comunicaciones, o el sector de la salud.

2. Los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, y la Ley 61 de 1987, disponen que las vacantes de empleos de carrera serán provistas por el sistema de concurso o selección de personal. Como las mencionadas normas establecieron en términos generales el sistema de concurso, se hace necesaria la expedición de reglamentos que regulen en detalle los procedimientos que debe seguir la administración para seleccionar el personal que va a vincular en los cargos vacantes.

3. El Decreto 1950 de 1973, reglamentó los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968; dentro de las materias que reguló se encuentra la de la

carrera administrativa, minuciosamente comprendida en el Título IX. En este título se determinó claramente en qué consiste el proceso de selección, y se estableció el trámite para cada una de las etapas que lo conforman.

4. La Ley 29 de 1989, que modificó parcialmente la Ley 24 de 1988, dispuso que en el sector educativo se cumpliría la descentralización administrativa a través de los gobernadores, alcaldes, intendentes y comisarios, quienes tienen las facultades de nombrar, trasladar, remover y controlar en general el personal administrativo nacional y nacionalizado de los establecimientos educativos, plazas oficiales de colegios cooperativos, privados y jornadas adicionales, teniendo en cuenta las normas de la carrera administrativa que se encuentran vigentes y las que en adelante se expidan.

5. En orden a facilitar la selección del personal administrativo, que debe vincularse al sector de la enseñanza en los diferentes establecimientos educativos nacionales o nacionalizados, por los jefes de las entidades territoriales, el Gobierno nacional ha considerado necesario expedir una norma que reglamente, de acuerdo con las características especiales, el proceso de selección que se debe seguir para la provisión de empleos de carrera, por el sistema de mérito.

De este modo, el Ministerio de Educación Nacional y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, han puesto a la consideración de la Sala un proyecto de decreto que reglamenta lo relativo al proceso de selección de los empleos administrativos para ocupar cargos de carrera en los colegios nacionales o nacionalizados y en otras dependencias del citado ministerio, en todo el territorio del país.

*6. El proyecto de decreto dispone que será aplicado a los empleados administrativos de los establecimientos educativos del orden nacional y nacionalizados, de los Fondos Educativos Regionales, Oficinas Seccionales de Escalafón, Centros Experimentales Pilotos y Equipos de Educación Fundamental.*

El citado proyecto de decreto prevee cada uno de los trámites que debe aplicarse para la convocatoria, la inscripción al concurso y el período de pruebas, etapas constitutivas del proceso de selección.

7. Efectuado el examen correspondiente del proyecto de decreto en su integridad, se encuentra que está ajustado a las disposiciones previstas en los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, y en la Ley 61 de 1987, que, como se indicó, conforman el Estatuto de la Carrera Administrativa a nivel nacional. Además, se observa que el mencionado proyecto tiene esencial similitud con el Decreto reglamentario 1950 de 1973.

En este orden de ideas, y con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala emite concepto favorable acerca del proyecto de decreto "por el cual se reglamenta la Ley 29 de 1989, sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de mérito de los empleos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones", con base en la potestad reglamentaria de las leyes que atribuye al Presidente de la República el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Transcribese en copia auténtica a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República al ministro de Educación Nacional y al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria de la Sala.

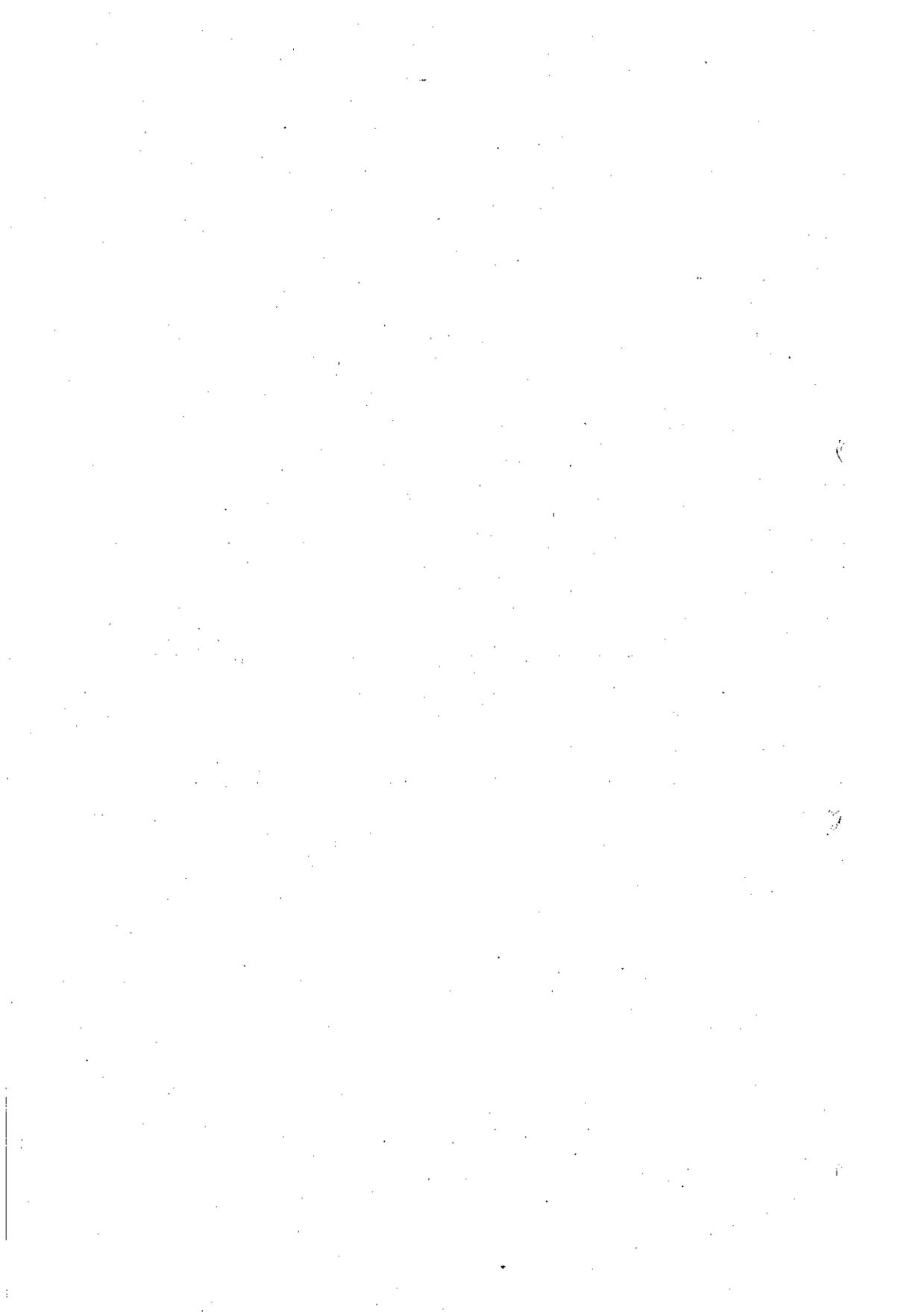
**TITULO I**

**CAPITULO I**

**CONSULTAS DEL GOBIERNO**



**CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS**



## CREDITOS ADICIONALES-Necesidad del gasto

*Como posición conciliatoria entre las tesis existentes en torno al "juicio del Gobierno" sobre la necesidad e imprescindibilidad del gasto, puede aceptarse que corresponde al Consejo de Estado, en el caso de las consultas del artículo 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible. REITERACION JURISPRUDENCIAL. Dictamen de Sala Plena de junio 29 de 1988. Radicación C-064. Consejero ponente: Doctor Jorge Penen Deltieure.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.*

*Consejero ponente: Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Dictamen sobre crédito adicional al presupuesto de la Nación para la vigencia fiscal de 1989 (Ley 57 de 1988). Radicación: número C-110.

Para el dictamen de que trata el artículo 212 de la Constitución Nacional y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 38 de 1989, *Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación*, el señor ministro de Hacienda trasladó al Consejo de Estado el expediente instruido al efecto. Procede la Sala Plena, entonces, a dictaminar sobre la materia consultada: proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1989 por valor de \$ 205.764.059.362.32, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por valor de \$ 152.530.000.00" (fl. 5, cdno. núm. 2).

I. Las fuentes de financiación de la adición al presupuesto de rentas y recursos de capital están discriminadas así:

	<i>Millones de pesos</i>
1. Ingresos corrientes	12.137.5
2. Recursos de capital	193.626.5

2.1 Recursos de balance	5.021.3
2.2 Recursos de crédito interno	21.240.0
2.3 Recursos de crédito externo	107.236.2
2.4 Otros recursos crédito externo	18.681.7
2.5 Recursos dif. camb.	41.447.3

<b>TOTAL</b>	205.764.0
--------------	-----------

(folio 1, cuaderno número 2).

II. Los créditos adicionales al presupuesto de funcionamiento tienen la distribución siguiente:

**CREDITOS ADICIONALES AL PRESUPUESTO DE FUNCIONAMIENTO  
MILLONES DE PESOS**

	<i>Ingresos Corrientes</i>	<i>Diferencial Cambiario</i>	<i>Crédito Interno</i>	<i>Recursos del Balance</i>	<i>Total</i>
Congreso		326.7			326.7
Contraloría		97.1		538.3	635.4
Presidencia		874.4			874.4
Planeación		24.4			24.4
Estadística		162.9			162.9
Servicio Civil		26.5			26.5
Seguridad		130.5	200.0		330.5
Aeronáutica		78.4			78.4
Dainco		67.4			67.4
Cooperativas		8.4			8.4
Gobierno		80.9			80.9
Relaciones					0.0
Justicia		855.9			855.9
Hacienda		3.888.9			3.888.9
Deuda Pública					0.0
Defensa		180.0	4.764.2		4.944.2
Policía		2.990.9	1.435.8		4.426.7
Agricultura	110.0	2.140.8			2.250.8
Trabajo		4.142.2			4.142.2
Salud		651.5			651.5
Desarrollo		181.4			181.4
Minas y Energía		20.5			20.5
Educación		13.302.7			13.302.7
Comunicaciones		17.1			17.1
Obras		82.8			82.8
Registraduría		217.8			217.8
Rama Jurisdiccional		1.220.0	1.100.0		2.320.0
Ministerio Público		854.2	300.0		1.154.2
<b>TOTAL</b>	<b>110.0</b>	<b>32.624.3</b>	<b>7.800.0</b>	<b>538.3</b>	<b>41.072.6</b>

(folio 2, cuaderno número 2).

III. Los créditos adicionales al presupuesto de inversión están relacionados de esta manera:

(Ver cuadro página siguiente).

CREDITOS ADICIONALES AL PRESUPUESTO DE INVERSION  
MILLONES DE PESOS

ORGANISMOS	Ingresos Corrientes	Crédito Concord II	Crédito Externo	Crédito Interno del Balance	Recursos del Balance	Diferencial Cambiario	TOTAL
Congreso							0.0
Contraloría		73.0			12.0		85.0
Presidencia		13.326.2					13.326.2
Planeación		7.857.5					7.857.5
Estadística		340.8					340.8
Servicio Civil		146.5					146.5
Seguridad							0.0
Aeronáutica							0.0
Dainco		1.218.0					1.218.0
Cooperativas		102.0			13.7		115.7
Gobierno		646.0			117.1		763.1
Relaciones							0.0
Justicia		323.0					323.0
Hacienda		7.559.4			389.3	8.400.0	16.348.7
Deuda Pública							0.0
Defensa		367.0	13.709.2		1.484.7		15.560.9
Policía		440.0	1.838.8				2.278.8
Agricultura	174.0	25.366.1		13.400.0	118.2	20.0	39.078.3
Trabajo		77.0					77.0
Salud		17.060.1			286.8	162.0	17.508.9
Desarrollo	11.853.5	7.709.1				30.0	19.592.6
Minas y Energía		2.614.4		40.0	1.495.1	9.0	4.158.5
Educación		9.081.6	3.133.6		424.4	166.0	12.805.6
Comunicaciones		30.0					30.0
Obras		12.898.5			141.7	36.0	13.076.2
Registraduría							0.0
Rama Jurisdiccional							0.0
Ministerio Público							0.0
<b>TOTAL</b>	<b>12.027.5</b>	<b>107.236.2</b>	<b>18.681.6</b>	<b>13.440.0</b>	<b>4.483.0</b>	<b>8.823.0</b>	<b>164.691.3</b>

(folio 3, cuaderno número 2).

En resumen (II y III):

	<i>Millones de pesos</i>
Adición Presupuesto de Funcionamiento	41.072.6
Adición Presupuesto de Inversión	164.691.3
<b>Total Aproximado</b>	<b>205.764.0</b>

*Para dictaminar se considera:*

I. La apertura de créditos adicionales está sometida a formalidades constitucionales y legales, cuales son:

### 1. *Constitucionales.*

Del texto del artículo 212 de la Constitución Nacional, base para la consulta del Gobierno al Consejo de Estado, se aprecia que son cinco los requisitos de rango supralegal indispensables para efectos de la apertura de un crédito suplemental o extraordinario, a saber:

1.1. Necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del gobierno;

1.2. Que las Cámaras estén en receso;

1.3. Que no haya partida votada o habiéndola ésta sea insuficiente;

1.4. La existencia de un expediente instruido por el Consejo de Ministros;

1.5. Dictamen previo del Consejo de Estado en sentido favorable.

### 2. *Legales.*

El artículo 213 de la Constitución Nacional dispone que para la apertura de créditos suplementarios y extraordinarios de que trata el artículo 212 de la misma Carta, el Poder Ejecutivo se someterá a las condiciones y los trámites que la ley establezca.

De la Ley 38 de abril 21 de 1989, Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, se desprenden estos requisitos:

2.1. Que exista concepto previo del consejo de ministros;

2.2. Que se establezca de manera clara y precisa (en la ley o en el decreto, según el caso), el recurso que ha de servir de base para la apertura del crédito, salvo que se trate de recursos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones; y

2.3. Que tratándose del mayor valor de recaudo de rentas, globalmente consideradas, sobre el promedio de los cómputos presupuestados, sea estimado después del mes de mayo de la correspondiente vigencia fiscal por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y certificado por el contralor general de la República (a menos que haya déficit fiscal de la vigencia anterior, caso en el cual el mayor recaudo de rentas se destinará, en primer lugar, a cancelarla).

2.4. El Decreto-ley 01 de 1984 (C. C. A.), artículo 177, establece como requisito que en el presupuesto básico o adicional exista partida apropiada para la efectividad de las condenas contra entidades públicas.

II. Los requisitos de orden constitucional indicados en los números 1.2., 1.3. y 1.4., están cumplidos de esta manera:

1.2. Aunque no existe documento alguno incorporado a los cuadernos que integran el expediente, que acredite que las Cámaras están en receso, se trata de un hecho notorio, de público conocimiento, que conforme a los artículos 267 del C. C. A., y 177 del C. de P. C., no requiere prueba;

1.3. Que el Presupuesto Nacional para la vigencia fiscal de 1989 (Ley 57 de 1988) es insuficiente en las partidas cuya adición se solicita está plenamente demostrado con los documentos que integran el expediente, particularmente los contenidos en los cuadernos 1 (consulta), 2 (1ª copia del proyecto de decreto) y 3 (antecedentes del proyecto de decreto), donde se encuentran las peticiones de adición presupuestal elevadas al Ministerio de Hacienda y al Departamento Nacional de Planeación por los respectivos ministros y jefes de organismos oficiales, y los documentos anexos a las mismas, en los que están relacionadas con sus correspondientes artículos y valores las necesidades en cada sector de la administración, tanto en materia de gastos como de inversión. El faltante se refleja en el siguiente cuadro —suministrado a solicitud del ponente—, originario de la subdirección de Programación Presupuestal:

**PRESUPUESTO NACIONAL VIGENCIA FISCAL DE 1989  
(MILLONES DE PESOS)**

CONCEPTO	Apropiación Inicial (1) Ley 57/88	Adición Trámite H. Consejo de Estado	Faltante por Adicionar en el Congreso de la República	Presupuesto Definitivo Vigencia Fiscal 1989
Servicios Personales	244.305.3	5.724.6	44.544.1	294.574.0
Gastos Generales	47.061.1	10.129.4*	10.069.3	67.259.8
Transferencias	678.730.0	25.218.6	102.388.0	806.336.6
Total Funcionamiento	970.096.4	41.072.6	157.001.4	1.168.170.4
Servicio Deuda	530.494.8			530.494.8
Gastos de Inversión	368.145.6	164.691.4		532.837.0
<b>Total Presupuesto Nacional</b>	<b>1.868.736.8</b>	<b>205.764.0</b>	<b>157.001.4</b>	<b>2.231.502.2</b>

(folio 164-B, cuaderno número 3).

El cuadro tiene esta explicación:

“Como puede apreciarse en el cuadro anexo, el Presupuesto Nacional de la vigencia fiscal de 1989, tuvo una apropiación inicial de \$ 1.868.736.8 millones inferior en un 20% del que se calcula será el presupuesto definitivo de la presente vigencia por \$ 2.231.502.2 millones. El faltante fue generado por el incremento salarial decretado por el Gobierno Nacional en fecha posterior a la aprobación del Presupuesto

por el Congreso de la República. Esta situación se manifiesta especialmente en los servicios personales y las transferencias que involucran sueldos, variables sobre las cuales recae directamente el incremento salarial.

“En el Presupuesto de Funcionamiento, el faltante total asciende a la suma de \$ 198.074 millones de los cuales (\$ 41.072.6 millones) se presenta a consideración de esa honorable Corporación, pues de lo contrario en el mes de agosto no podrían atenderse los salarios en la administración pública.

“Por su parte, el Presupuesto de Inversión es adicionado en \$ 164.691.4 millones, (sic) que corresponden al faltante por programar de la cuota asignada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social —CONPES— y que no se incluyó en la programación, por no encontrarse disponibles los recursos, pero que (sic) cuyos gastos siguen siendo urgentes e imprescindibles para garantizar la continuidad de las obras emprendidas de acuerdo con el Plan de Desarrollo de la presente administración” (fl. 164-A, cdno. núm. 3).

1.4. Como se anotó *ab initio* el expediente fue instruido y enviado al Consejo de Estado; dirigido a la doctora Nubia González Cerón, Secretaria General de la Corporación, con oficio 00488 calendado el 6 de junio de 1989 y suscrito por el doctor Luis Fernando Alarcón Mantilla, ministro de Hacienda; se registró en la Secretaría General del Consejo a las 2 y 25 p.m., del día 8 de junio de 1989 (fl. 1, cdno. núm. 1).

III. Por razón de método u orden lógico de análisis, la exigencia de índole constitucional indicada en el número 1.1., relativa a la necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del gobierno, se examinará después de la verificación del lleno de los requisitos legales, que se hace a continuación:

2.1. A folio 1 del cuaderno número 3 (Antecedentes del Proyecto de Decreto) obra el oficio SCM número 704 dirigido al doctor Luis Fernando Alarcón M., ministro de Hacienda y Crédito Público, suscrito por Martha Herrera Angel, secretaria del Consejo de Ministros, a cuyo texto:

“De la manera más atenta, me permito comunicarle que el honorable Consejo de Ministros, en su sesión del pasado 31 de mayo, aprobó, luego de analizar detenidamente los rubros que lo conforman y por considerar que todos los gastos en él contemplados son imprescindibles y tienen carácter de urgente, el proyecto de decreto ‘Por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos

de la Nación de la vigencia fiscal de 1989 por valor de \$ 205.764.059.369.32, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por valor de \$ 152.530.000.00' ”.

En el mismo cuaderno a folio 3 se encuentra la nota dirigida al señor ministro de Hacienda y Crédito Público suscrita por la señora María Mercedes de Martínez, jefe del Departamento Nacional de Planeación, remisoría de la programación correspondiente al primer crédito adicional al presupuesto de inversión por valor de \$ 164.691.5 millones, con su respectiva justificación económica; allí aparece toda la documentación relacionada con dicho crédito; además, el oficio UIP-10-32489, fechado el 27 de junio de 1989 —que hizo llegar al ponente— con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación respecto a la distribución de los recursos por el valor indicado del crédito adicional al presupuesto de inversión.

2.2. En el proyecto de decreto, de folios 8 a 16 del cuaderno número 2, están discriminados con toda nitidez los recursos que constituyen las fuentes de financiación para la apertura del crédito adicional y los certificados de disponibilidad expedidos por el contralor general de la República, numerados del 01 al 11, del 13 al 34 y del 36 al 40, cuyas fotocopias autenticadas se hallan en los cuadernos 3, 4 y 5 del expediente.

Esta es la relación de los recursos:

## PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL Y GASTOS INGRESOS CORRIENTES DE LA NACION

### 1. INGRESOS TRIBUTARIOS

#### 1.2. IMPUESTOS INDIRECTOS

#### CAPITULO II IMPUESTO SOBRE EL SECTOR EXTERNO

NUMERAL 6A. Mayor valor recaudado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— durante la vigencia fiscal de 1988, por concepto de la participación en el impuesto de la nacionalización de importaciones según lo establecido por la Ley 30 de 1988 (certificado de disponibilidad número 11 de mayo 8 de 1989 por valor de

## CAPITULO III

## IMPUESTOS SOBRE PRODUCCION Y CONSUMO

NUMERAL 7. Impuestos a las ventas artículo 98 de la Ley 9ª de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 32 de mayo 26 de 1989 por valor de 11.853.536.000.00

## II. RECURSOS DE CAPITAL

## CAPITULO XI

## A. RECURSOS DE BALANCE

NUMERAL 70 A. Consignaciones efectuadas en la Tesorería General de la República como depósitos aplicables a rentas recursos no apropiados. (Certificados de disponibilidad números 03 de febrero 7 de 1989 por valor de \$ 13.660.121.50, 05 de marzo 3 de 1989 por valor de \$ 141.792.612.41, 24 de mayo 19 de 1989 por valor de \$ 71.800.000.00, 25 de mayo 19 de 1989 por valor de \$ 550.345.596.80, 26 de mayo 19 de 1989 por valor de \$ 117.101.917.15, 30 de mayo 26 de 1989 por valor de \$ 1.423.272.222.21 y 38 de mayo 31 de 1989) por valor de \$ 91.428.289.71 2.409.400.759.78

NUMERAL 70 B. Cancelación de reservas del balance del tesoro vigencia 1987, financiadas con recursos del crédito BID 440/00-00 y BID 724/SF-CO (certificado de disponibilidad núm. 28 de mayo 25 de 1989) por valor de 424.428.117.32

NUMERAL 70 C. Cancelación de reservas del balance del tesoro de 1987, financiadas con recursos del contrato de suministro y financiación número 006 FAO-JAL-86 (certificado de disponibilidad número 27 de mayo 25 de 1989) por valor de 1.484.649.819.75

NUMERAL 70 D. Cancelación de reservas del balance del tesoro de 1987, financiadas con recursos del contrato de

	préstamo Kreditanstalt Fur Wiederaufbau (certificado de disponibilidad número 29 de mayo 25 de 1989) por valor de	286.786.941.01
<b>NUMERAL</b>	<b>70 E.</b> Cancelación de reservas del balance del tesoro de 1987, financiadas con recursos del contrato de préstamo Chemical Bank diciembre de 1985 (certificado de disponibilidad número 31 de mayo 25 de 1989) por valor de	389.315.645.31
<b>NUMERAL</b>	<b>70 F.</b> Cancelación de reservas del balance del tesoro de 1987, financiadas con recursos del préstamo BID 94 IC CO (certificado de disponibilidad núm. 39 de mayo 31 de 1989) por valor de	26.793.869.68

**CAPITULO XII  
RECURSOS DEL CREDITO**

**RECURSOS DEL CREDITO INTERNO**

<b>NUMERAL</b>	<b>72 A.</b> Valor del préstamo FO-739 celebrado entre la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Ministerio de Minas y Energía y el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo FONADE, octubre 18 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 01 de enero 27 de 1989) por valor de	40.000.000.00
<b>NUMERAL</b>	<b>72 B.</b> Emisión de Bonos Agrarios Ley 30 de 1988, ordenada por el Decreto 2220 de 1988. (Certificado de disponibilidad número 02 de febrero 14 de 1989) por valor de	13.400.000.000.00
<b>NUMERAL</b>	<b>72 C.</b> Emisión de bonos de financiamiento especial artículos 16 y del 31 al 38 de la Ley 43 de 1987 (certificado de disponibilidad núm. 33 de mayo 31, de 1989) por valor de	7.800.000.000.00

**OTROS RECURSOS DEL CREDITO EXTERNO**

<b>NUMERAL</b>	<b>85.</b> Equivalente en pesos del valor total del contrato de adquisición y
----------------	---

financiación núm. 022 CEITE-DADQ-SI-88 entre la Nación y United Scientific Instruments octubre 11 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 04 de febrero 16 1989) por valor de 344.642.242.77

**NUMERAL 86.** Equivalente en pesos del valor del contrato de adquisición y financiación 018 CEITE-DADQ-SI-88 entre la Nación y la firma SECONACA Cía. Ltda. septiembre 2 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 06 de marzo 7 de 1989) por valor de 512.913.339.30

**NUMERAL 87.** Producto del contrato de préstamo suscrito entre la Nación y un consorcio de bancos agenciados por el K. F. W. de Alemania septiembre 1º de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 07 de marzo 7 de 1989) por valor de 5.722.903.225.77

**NUMERAL 88.** Producto del contrato de préstamo celebrado entre la Nación y el Deutsche Bank Aktiengesellschaft Frankfurt Am Main de Alemania octubre 25 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 08 de marzo 31 de 1989) por valor de 297.733.963.12

**NUMERAL 89.** Equivalente en pesos del producto del préstamo celebrado entre la Nación y la firma C. Itoh & Co. Ltd. Panama Branch, noviembre 22 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 09 de mayo 2 de 1989) por valor de 592.122.292.10

**NUMERAL 90.** Equivalente en pesos del producto del contrato de empréstito celebrado entre la Nación y el Banque de L'Union Europeene noviembre 8 de 1988 (certificado de disponibilidad número 10 de mayo 2 de 1989) por valor de 673.984.308.52

**NUMERAL 91.** Equivalente en pesos del producto del contrato celebrado entre la Nación y C. Itoh & Co. Ltd. Panama Branch diciembre 7 de 1988 (certifi-

	cado de disponibilidad núm. 13 de mayo 2 de 1989) por valor de	2.472.990.963.17
<b>NUMERAL</b>	92. Equivalente en pesos del producto del contrato celebrado entre la Nación y la firma Isrex Israel General Trading Company Ltd., del Estado de Israel noviembre 8 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 15 de abril 25 de 1989) por valor de	381.295.831.75
<b>NUMERAL</b>	93. Equivalente en pesos de los intereses generados por los fondos depositados en el P. K. Banken de Suecia a nombre de ABV según lo estipulado en la cláusula 7ª párrafo 1º del contrato 067 de 1984 A. R. C. (certificado de disponibilidad núm. 16 de mayo 9 de 1989) por valor de	1.025.066.801.00
<b>NUMERAL</b>	94. Equivalente en pesos del producto del contrato celebrado entre la Nación y la firma COMEX Comercio Exterior S. A. del Brasil diciembre 7 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 18 de mayo 9 de 1989) por valor de	1.105.176.067.68
<b>NUMERAL</b>	95. Equivalente en pesos del producto del contrato celebrado entre la Nación y el Deutsche Bank Aktiengesellschaft noviembre 22 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 19 de mayo 10 de 1989) por valor de	78.996.073.68
<b>NUMERAL</b>	96. Equivalente en pesos del valor del contrato celebrado entre la Nación y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF. 3010-CO de enero 27 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 20 de mayo 9 de 1989) por valor de	3.133.462.500.00
<b>NUMERAL</b>	97. Equivalente en pesos del contrato de suministro y financiación celebrado entre la Nación y C. Itoh & Co. Ltd. Panama Branch noviembre 8 de 1988 (certificado de dis-	

## FUNCION CONSULTIVA

ponibilidad núm. 21 de mayo 10 de 1989) por valor de	652.324.534.50
<b>NUMERAL 98.</b> Equivalente en pesos del contrato de suministro y financiación celebrado entre la Nación y firma Co. Ltd. Panama Branch enero 16 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 22 de mayo 10 de 1989) por valor de	387.037.617.55
<b>NUMERAL 99.</b> Equivalente en pesos del contrato de suministro y financiación celebrado entre la Nación y firma Isrex Israel General Trading Co. Ltd. febrero 7 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 23 de mayo 10 de 1989) por valor de	354.626.997.95
<b>NUMERAL 100.</b> Equivalente en pesos que genera la contratación del empréstito externo de US\$ 290.000.000.00 de los Estados Unidos de América. Autorización concedida al Gobierno Nacional por los artículos 7º Ley 43 de 1987 y 21 de la Ley 38 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 34 de mayo 25 de 1989 por valor de 100.580.160.000.00 y 40 de mayo 31/89) por valor de \$ 6.656.040.000.00	107.236.200.000.00
<b>NUMERAL 101.</b> Equivalente en pesos del contrato suministro y financiación número MD-PN-C-068 de 1988 celebrado entre la Nación y la firma ITOMAN (U. K.) Ltd., marzo 21 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 37 de mayo 31 de 1989) por valor de	379.092.792.92
<b>NUMERAL 102.</b> Equivalente en pesos del valor del contrato celebrado entre la Nación y Unión de Bancos Suizos mayo 9 de 1989 (certificado de disponibilidad núm. 36 de mayo de 1989) por valor de	567.226.126.00

## CAPITULO XIII

MAYOR VALOR EN PESOS ORIGINADOS POR LAS DIFERENCIAS  
DE CAMBIO EN DESEMBOLSOS EN MONEDAS EXTRANJERAS

NUMERAL 105. Valor de la actualización en pesos de los recursos del crédito Concord Chemical Bank enero 8 de 1988 (certificado de disponibilidad núm. 17 de mayo 22 de 1989) por valor de \$ 42.605.255.475.62 del cual se utiliza el valor de	28.290.855.000.00
NUMERAL 106. Valor de la actualización en pesos de los recursos del crédito Jumbo Chemical Bank diciembre de 1985 (certificado de disponibilidad núm. 17 de mayo 22 de 1989) por valor de \$ 42.605.255.475.62 del cual se utiliza el valor de	3.183.450.000.00
NUMERAL 107. Valor de la actualización en pesos de los recursos del crédito BIRF 2889-CO (certificado de disponibilidad núm. 17 de mayo 22 de 1989) por valor de \$ 42.605.255.475.62 del cual se utiliza el valor de	8.400.000.000.00
NUMERAL 108. Valor de la actualización en pesos de los recursos del crédito BIRF 2677-CO (certificado de disponibilidad núm. 17 de mayo 22 de 1989) por valor de \$ 42.605.255.475.62 del cual se utiliza el valor de	1.150.000.000.00
NUMERAL 109. Valor de la actualización en pesos de los recursos del acuerdo de transacción efectuado por el gobierno de Colombia y el Chase Manhattan Bank. (certificado de disponibilidad núm. 17 de mayo 22 de 1989) por valor de \$ 42.605.255.475.62 del cual se utiliza el valor de	423.000.000.00
<b>SUMAN LOS RECURSOS</b>	<b>205.764.059.369.32</b>

Cabe observar que la partida por valor de \$ 107.236.200.000.00 millones numeral 100 del proyecto de decreto se ajusta a lo estatuido por el artículo 21 de la Ley 38 de 1989, en armonía con el texto 59 del mismo estatuto.

2.3. La partida por valor de \$ 284.047.538.69 millones, distinguida con el numeral 6-A del proyecto de decreto se acomoda a la exigencia legal enunciada bajo este número en razón de que, como aparece del certificado número 11 expedido por el contralor general de la República no se trata de un mayor valor de recaudo de rentas, globalmente consideradas, estimado sobre el promedio de los cómputos presupuestados para la presente vigencia fiscal (1989), sino de un mayor valor recaudado por el INCORA durante la vigencia de 1988, que constituye un recurso no incorporado al presupuesto y, por tanto, puede servir de base para la apertura de créditos adicionales, como lo anota la referida certificación (fls. 212 y 213, cdno. núm. 4).

2.4. A folio 2 del cuaderno número 3 (antecedentes del proyecto de decreto) aparece la fotocopia de la certificación expedida por el jefe de la División Delegada de Presupuesto ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la que consta:

“Que en el presupuesto de funcionamiento asignado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la vigencia fiscal de 1989, Capítulo 07 artículo 1435, se apropió la suma de \$ 1.104.000.000.00 para atender los pagos por concepto de ‘sentencias a cargo de la Nación’.

“Que, en la fecha, los compromisos registrados contra dicha apropiación ascienden a la suma de \$ 973.433.937.00.

“Que, hasta la fecha, los Acuerdos de Ordenación de Gastos concedidos para atender tales compromisos tienen un valor de \$ 867.124.215.00

“Se expide la presente certificación a solicitud del subdirector de Ejecución Presupuestal, a los siete (7) días de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989)”.

De otra parte, como lo informa el señor ministro de Hacienda en su exposición de motivos “Se incorpora un crédito adicional por \$ 300.00 millones a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el cual se fortalece la apropiación inicial del rubro ‘Sentencias a cargo de la Nación’ dando cumplimiento con este procedimiento a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo que ordena una adecuada financiación para este importante concepto del gasto. Se acompaña la certificación sobre la ejecución presupuestal

y el nivel de compromisos y acuerdos de gastos que a la fecha presenta el rubro presupuestal con lo cual se define sus necesidades de financiación reales" (fl. 14, cdno. núm. 1).

IV. Queda por examinar ahora el requisito constitucional señalado en el número 1.1., es a decir, la necesidad e imprescindibilidad del gasto, a cuyo efecto la Sala reitera los planteamientos y conclusión que sobre el punto se dejaron establecidos en el dictamen rendido por la Sala Plena el 29 de junio de 1988, sobre el proyecto de decreto de adición presupuestal, radicado con el número C-064, del que fue ponente el honorable consejero doctor Jorge Penen Deltieure. En aquél se dijo:

"En el Consejo de Estado se ha debatido en distintas oportunidades lo relacionado con la clase de control que la corporación debe ejercer en el caso de la consulta que se le hace conforme al artículo 212 de la Carta. Las dos posiciones que se han debatido son: la que considera que para dictaminar, el Consejo de Estado debe limitarse al ejercicio del control jurídico del asunto, es decir el de los aspectos supraleales y legales que deben presidir la apertura de créditos adicionales, suplementales o extraordinarios; y aquélla que, además del control jurídico, le permite al Consejo penetrar en el aspecto de orden político general.

"Sin perjuicio de la atribución discrecional que presupone la expresión 'a juicio del gobierno' que emplea el artículo 212 de la Carta, la Sala hace las siguientes precisiones: sobre esta materia existen varias decisiones y salvamentos de voto, cuya transcripción no se hace en aras de la brevedad. Por esta razón, tan sólo se transcriben apartes del dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 1986, con ponencia del ilustre consejero Carlos Betancur Jaramillo, dictamen relacionado con la consulta de adición presupuestal formulada por el gobierno cuando ya expiraba el anterior mandato presidencial. Se dijo en aquélla (sic) oportunidad:

"De estos supuestos, los dos últimos son objetivos y de fácil constatación. En cambio el primero, que toca con la necesidad del gasto y su imprescindibilidad, es, en cierto sentido, ejercicio de la potestad discrecional del Gobierno. Pero no significa esto que las razones que lo mueven a pedir el concepto no tengan que ser adecuadas a los fines que pretende lograr y proporcionarles a los hechos que le sirven de causa. En estos extremos, estima la Sala, ese control de mérito sí puede ser evaluado por la corporación al emitir su concepto. Esta idea fue la que *movió al suscrito ponente* a pedirle al Gobierno que precisara el aspecto de la urgencia del gasto y su imprescindibilidad, ya que en la exposición de motivos inicial se hacía la afirmación gratuita (sin fun-

damentación) de que era imprescindible, según la calificación escueta dada por el Consejo de Ministros (ver oficio SCM 1271 de 9 de mayo de 1986, a fl. 61)' (subrayas dentro del texto).

"Y refiriéndose a la urgencia del gasto aparecen en la misma providencia los siguientes conceptos, que se transcriben a pesar de que ellos aluden a una situación fáctica diferente:

"...alegar como razón justificativa la ejecución de obras que con una buena administración debieron llevarse a cabo hace varios lustros y que corresponden a las urgencias comunes de la colectividad, no tiene presentación. No entiende la Sala por qué ahora el gasto que demanda, por ejemplo, la construcción de una escuela veredal, la compra de un edificio para una dependencia estatal, el pago de viáticos o gastos de viaje de funcionarios públicos, la investigación agropecuaria, el préstamo a una empresa minera, la dotación y remodelación de centros hospitalarios, la capacitación y desarrollo social campesinos, el control y supervisión de insumos pecuarios, la asistencia agrícola en regiones apartadas del país, la administración de los bosques nacionales, la administración de plantaciones forestales, el inventario nacional de la infraestructura física (sic) hospitalaria, el alcantarillado en municipio lejanos..., se haya vuelto de una urgencia excepcional, imprescindible e inaplazable, cuando corresponde a obra o cometido que estaba en espera de ejecución desde mucho tiempo atrás. No, no es esa la urgencia que contempla la norma constitucional. Las necesidades comunes, por queridas que sean, deben tener su trato y cabida en el presupuesto ordinario. Esa debe ser la política de los gobiernos. El presupuesto no revela otra cosa. Y a la hora de nona lo que la administración ha dejado de hacer no puede calificarse como excepcional para someterlo a un trato *idem*. El Gobierno y el Congreso tienen que tomar conciencia de esto, (sic) para evitar que un procedimiento de excepción como lo es el de los créditos adicionales, sirva de pretexto para llenar vacíos (sic) dejados por una mal elaborada ley de presupuesto'.

"La Sala entiende que del contexto de la normatividad constitucional, observado con sujeción al principio de la interpretación restrictiva cuando de la ley de leyes se trata, el principio de la separación de las funciones de las ramas del poder público, levanta un muro que acota el ejercicio de esas funciones de manera precisa, sin perjuicio de la colaboración armónica que predica la Constitución entre Congreso, Gobierno y jueces para la realización de los fines del Estado, de manera que el sistema democrático sea una realidad. Es así

como en materia '*De Hacienda*', título XIX de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso determinar el orden y modo de satisfacer las obligaciones de la deuda pública y los gastos del servicio público nacional, de manera que no podrá hacerse ningún gasto que no haya sido decretado por el mismo Congreso, o por las asambleas departamentales o los concejos municipales (arts. 203 y 207, C. N.) y le compete también al Congreso de acuerdo con la atribución 4ª del artículo 76 de la Constitución 'fijar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; así como aprobar o improbar los contratos o convenios que celebre el presidente de la República, en los cuales tenga interés la Nación, cuando algunas de sus estipulaciones no estuvieren ajustadas a la repectiva (sic) ley de autorizaciones (art. 76, atribuciones decimo (sic) sexta y vigesimo (sic) segunda); y dictar las normas generales para que el Gobierno organice el crédito público, reconozca la deuda nacional y arregle su servicio, regule el cambio internacional, etc. Al mismo Congreso le es vedado '...inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes', así como 'dar votos de aplauso o censura respecto de actos oficiales' (art. 78, num. 2º y 3º).

"A su vez, al presidente de la República, corresponde en ésta misma materia de las finanzas públicas y en el mismo orden de ideas, presentar al Congreso los planes y programas a que se refiere el ordinal 4º del artículo 76 citado, y al comienzo de cada legislatura dar un informe detallado del curso de *la ejecución* de esos planes y programas (art. 118, num. 3º y 4º, C. N.); organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional, etc. (art. 120, num. 22, C. N.); cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos y *decretar su inversión con arreglo a las leyes* (subrayas dentro del texto).

"Por su parte el Consejo de Estado, además de las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tiene la de 'actuar como cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de la administración'. En este sentido el artículo 141 de la Carta Política le asigna expresamente a la Corporación la función de emitir concepto previo en los casos a que se refieren los artículos 5º, 28, 120, numerales 10, 121 y 122, y emitir dictamen en el caso del artículo 212 sobre créditos adicionales.

“Por consiguiente, debe entenderse como propia del Gobierno la facultad de calificar ‘...la necesidad de hacer un gasto imprescindible...’ de que trata el artículo 212 de la C. N., la expresión ‘a juicio’, utilizada por el constituyente, no puede significar cosa distinta a la posibilidad de discernir, medir, sopesar, calcular, comparar, cotejar el conjunto de circunstancias que influyen en el manejo de las finanzas del Estado. Por ésta (sic) razón, en la ejecución del presupuesto nacional, y en función del desarrollo de las actividades de las autoridades gubernamentales y el estado del orden público, puede determinar cuándo y cómo se hacen necesarias e imprescindibles medidas tales como la apertura de créditos adicionales, ya sean suplementales o extraordinarios, sobre cuya viabilidad jurídico-legal debe dictaminar el Consejo de Estado.

“Sin embargo y como posición conciliatoria entre las tesis expuestas en torno al ‘juicio del Gobierno’ sobre la necesidad e imprescindibilidad del gasto, puede aceptarse que corresponde al Consejo de Estado, en el caso de las consultas del artículo 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible. Esta es la fórmula que, a criterio de la Sala, acerca las tesis analizadas”.

V. Con base en el criterio precedente, se pasa a analizar las circunstancias y factores determinantes, aducidos por el señor ministro de Hacienda en la exposición de motivos al proyecto de decreto de adición presupuestal objeto de examen.

Expone el señor ministro:

*“2. Adición al presupuesto.*

“La adición al presupuesto asciende a la suma de \$ 205.764.1 millones y se encuentra financiada con ingresos corrientes por valor de \$ 12.137.5 millones y recursos de capital por valor de \$ 193.626.6 millones, todos ellos certificados por el contralor general de la República, como se puede observar en los documentos soportes del presente expediente.

“Los ingresos corrientes corresponden al mayor valor recaudado por el INCORA por concepto del impuesto CIF a las importaciones asignadas al Fondo Nacional Agrario por la Ley 30 de 1988 sobre reforma agraria.

“Dentro de los recursos de capital se destacan los del crédito externo provenientes de la autorización dada al Gobierno por el Congreso Nacional, mediante la Ley 43 de 1987,

que aumentó el cupo de endeudamiento externo en US\$ 4.000.0 millones; de los cuales se encuentran disponibles la suma de US\$ 290.0 millones equivalentes a \$ 107.236.2 millones tal como lo certifica la Contraloría General de la República. Estos recursos serán destinados para atender planes y programas prioritarios del Gobierno. Aquí se incluyen los contratos de suministros destinados a atender urgentes necesidades del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, y otros créditos externos por valor total de \$ 18.681.7 millones, los cuales se encuentran debidamente contratados.

“Se consideran también, recursos de capital, el mayor valor en pesos originado por las diferencias en cambio de los desembolsos en moneda extranjera por valor de \$ 42.605.2 millones, de los cuales se solicitan \$ 41.447.3 millones en el presente adicional.

“Los recursos del crédito interno son los provenientes de los bonos agrarios autorizados mediante la Ley 30 de 1988 de reforma agraria por valor de \$ 13.400 millones; los bonos de financiamiento presupuestal autorizados mediante la Ley 43 de 1987 por valor de \$ 7.800.0 millones y el contrato de empréstitos celebrado entre la Nación —Ministerio de Minas y el Fondo Nacional de Desarrollo de Proyectos de Inversión FONADE—.

“Los recursos del balance se resumen en los reintegros de sobrantes de vigencias anteriores y la cancelación de reservas del balance del tesoro cuya ejecución ya no es posible efectuar por valor total de \$ 5.021.4 millones.

“Los gastos propuestos responden a la atención de obligaciones y necesidades inaplazables, cuya no ejecución causaría traumatismos graves a la Administración Pública.

“El honorable Consejo de Ministros impartió su aprobación al presente adicional en su sesión de 31 de mayo de 1989 dándole con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 212 de la Constitución Política de Colombia.

“Para los gastos de inversión se obtuvieron los conceptos favorables del Departamento Nacional de Planeación y del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

*“3. Créditos adicionales presupuesto de gastos de funcionamiento.*

“Se solicita la apertura de créditos adicionales por un valor de \$ 41.072.3 millones de inaplazable asignación, en razón a (sic) que el presupuesto inicial de funcionamiento quedó automáticamente desfinanciado al decretar el Gobierno Na-

cional los incrementos salariales de los servidores del Estado para el presente año. La desfinanciación en mención, se debe en primer lugar a la insuficiencia del aforo inicial de rentas, y en segundo lugar a la imposibilidad legal de incorporar presupuestalmente, las apropiaciones para los aumentos en las remuneraciones al trabajo de los funcionarios públicos decretadas en fecha posterior a la elaboración de la ley de presupuesto.

“En efecto, la mayoría de los organismos y entidades a la fecha muestran una alta ejecución de las apropiaciones autorizadas en la Ley 57 de 1988 en lo que corresponde a servicios personales, haciendo necesario complementar estas asignaciones. En consideración a lo antes expuesto el expediente de créditos adicionales contempla una adecuada financiación de los sectores de defensa y seguridad nacional y al sector judicial y Ministerio Público hasta el mes de octubre. Para los cuales se incluyen \$ 9.701.4 y \$ 4.330.1 millones respectivamente. Estas apropiaciones constituyen el 34.0% de la adición para gastos de funcionamiento.

“Del valor restante vale la pena resaltar la atención de obligaciones prioritarias, tales como las siguientes:

“1. Al sector educativo se le asignan \$ 13.302.7 millones, que constituyen el 32% del total de la adición al presupuesto de funcionamiento, destacándose las asignaciones para los Fondos Educativos Regionales y para las Universidades Oficiales se garantiza así disponibilidad de recursos para atender el personal docente y administrativo hasta el próximo 31 de octubre. Así mismo se reajustan las partidas para cumplir con las obligaciones de sus entidades adscritas como es el caso de COLCIENCIAS, ICCE, COLCULTURA, COLDEPORTES, INCI e INSOR.

“2. Se apoya financieramente la Caja Nacional de Previsión Social con \$ 3.969.5 millones con destino a pensiones. La apropiación actual para ese fin alcanza para cancelar parcialmente el mes de septiembre, si tenemos en cuenta que la nueva ley de pensiones, incrementa en un 34% los costos del año anterior. Con esta asignación se pagarán pensiones del resto de septiembre y el mes de octubre completo.

“3. En el sector de la salud pública se asignan recursos suficientes para atender las necesidades del Instituto Nacional de Salud y el subsidio a los enfermos de lepra. Estas apropiaciones complementan las que se incluyen para el sector a través del presupuesto de inversión en el presente expediente, garantizando la operación de las instituciones del sistema nacional de salud por los diez primeros meses del año.

"4. Respecto a los gastos generales se incluye la suma de \$ 1.808.5 millones con las (sic) cuales se dará cumplimiento a lo ordenado por la Ley 70 de 1988, en lo concerniente a la dotación de vestido y calzado para todos aquellos funcionarios que devenguen menos de dos salarios mínimos. Además se atienden algunas necesidades de menor cuantía pero no menos urgentes como mantenimiento, seguros, viáticos que han requerido las entidades y organismos para el normal desempeño de sus funciones.

"5. Se incorpora un crédito adicional por \$ 300.0 millones a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el cual se fortalece la apropiación inicial del rubro 'Sentencias a cargo de la Nación' dando cumplimiento con este procedimiento a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo que ordena una adecuada financiación para este importante concepto del gasto. Se acompaña la certificación sobre la ejecución presupuestal y el nivel de compromisos y acuerdos de gastos que a la fecha presenta el rubro presupuestal con lo cual se define sus necesidades de financiación reales.

"6. Finalmente debe mencionarse la apropiación que se realizará con los recursos provenientes de los bonos de financiamiento especial cuya colocación autoriza la Ley 43 de 1987, por \$ 7.800.0 millones, con destino a gastos corrientes y de consumo, como adquisición de equipos, materiales y suministros y mantenimiento del Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, la Rama Jurisdiccional y la Procuraduría General de la Nación. Su distribución fue previamente aprobada por el honorable Consejo de Ministros dando cumplimiento igualmente a la norma mencionada.

*"4. Créditos adicionales presupuesto de gastos de inversión.*

"Los recursos del crédito externo se destinan en su totalidad a proyectos de inversión acogiendo con esta medida las condiciones estipuladas en los contratos de empréstitos. Los créditos adicionales abiertos con esta fuente de recurso complementan el valor de la cuota de inversión pública que el CONPES autorizó a las diferentes dependencias oficiales para la vigencia fiscal de 1989" (fls. 9 a 15, cdno. núm. 1).

Atrás quedaron estudiados y verificados en detalle todos los aspectos referentes a la financiación del crédito adicional proveniente de ingresos corrientes por valor de \$ 12.137.5 millones y recursos de capital por valor de \$ 193.626.6 millones.

A la página 7 se incluye el cuadro que refleja en cifras la desfinanciación del presupuesto nacional para la vigencia de 1989 (Ley 57 de 1988) en los rubros de *Servicios Personales, gastos generales, transferencias y gastos de inversión* por un valor de \$ 362.765.4 millones resultante de la diferencia entre la apropiación inicial por valor de \$ 1.868.736.8 millones y el presupuesto definitivo por valor de \$ 2.231.502.2 millones; de esa diferencia la suma de \$ 205.764.0 millones corresponde al crédito adicional sometido a la consideración del Consejo de Estado y la cantidad de \$ 157.001.4 millones al faltante por adicionar en el Congreso de la República.

Los factores determinantes de esa desfinanciación presupuestal son veraces y conocidos por los integrantes de la Corporación.

En efecto, se sabe, por ejemplo, del aumento salarial en el sector público decretado por el Gobierno Nacional para el año de 1989 (decretos contenidos en la *Carta Administrativa* núm. 56 de 1989), con posterioridad a la expedición de la Ley 57 de 29 de noviembre de 1988 (presupuesto nacional para la vigencia fiscal de 1989); del mismo modo, del incremento de las pensiones determinado por la Ley 71 de 19 de diciembre de 1988, el Decreto 819 de 21 de abril de 1989 y el Decreto 1160 de 2 de junio de 1989; de las necesidades en salud pública; de las del sector educativo; de la alarmante situación de orden público y de su implicación en el presupuesto y en general en la economía del país; de la urgencia por ello de dotar las fuerzas armadas; y, fundamentalmente, de efectuar las inversiones tendientes a realizar los planes y programas de política económica y social que atenúen así sea sólo en parte el agudo desequilibrio entre los diversos estamentos que integran nuestra sociedad, causa principal, sin duda alguna, de la inconformidad de quienes subvierten el orden público.

En el anexo a la aludida exposición de motivos, visible de folios 32 a 80 del cuaderno número 1, se hace una exposición pormenorizada de la distribución de las partidas asignadas a la adición del presupuesto de inversión, entre las cuales merecen destacarse, por su valor y objetivos, las siguientes:

*“Ministerio de Agricultura:*

“El plan de economía social le asigna una gran prioridad al sector agropecuario por su contribución a la materialización de las estrategias de desarrollo social y crecimiento económico. En particular se considera necesario incrementar la producción, productividad y rentabilidad de bienes básicos y exportables para aumentar la oferta de alimentos y el nivel de divisas del país.

“Este sector tiene una importante labor que cumplir en el proceso de descentralización, en el marco de las acciones concebidas en el Plan Nacional de Rehabilitación y el

Plan de Desarrollo Integral Campesino. Congruente con los objetivos macroeconómicos y con los planes y programas del Gobierno, se han diseñado estrategias y políticas sectoriales tales como la Reforma Agraria, los Centros Regionales de Capacitación, Extensión y Divulgación Tecnológica, el Plan de Acción Forestal y el Programa de Pequeña Irrigación.

“Con el propósito de garantizar la continuidad en la financiación de los programas mencionados, se ha programado en este adicional un total de \$ 39.078.3 millones, de los cuales \$ 25.366.2 millones corresponden a recursos del crédito sindicado que se está contratando con la banca comercial y \$ 13.400 a los bonos agrarios emitidos para garantizar la compra de tierras, acorde con lo establecido en la Ley 30 de 1988” (fl. 51).

*“Ministerio de Desarrollo:*

“Al Ministerio de Desarrollo se le asignan \$ 19.562.6 millones, de los cuales \$ 11.853.5 millones provienen del Impuesto al Valor Agregado sobre el cemento, que según lo establecido en la Ley de Reforma Urbana (Ley 9ª de 1989), debe destinarse a la financiación de la vivienda popular. Los \$ 7.709 millones restantes se asignarán para complementar la financiación de los programas de asentamientos humanos y al fortalecimiento del sector industrial, con énfasis en la pequeña y mediana industria” (fl. 60).

*“Ministerio de Hacienda:*

“En el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se ha programado un total de \$ 16.348.7 millones, de los cuales \$ 6.635 millones corresponden a la Dirección Superior, \$ 8.789.3 a la Dirección General de Crédito Público y \$ 924 millones se destinan al Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

“A través de la Dirección Superior del Ministerio de Hacienda se canalizan \$ 1.145 millones que corresponden a la contrapartida al crédito otorgado por el Banco Mundial, por US\$ 150 millones, para la ejecución del Proyecto del Sector Agua Potable y Saneamiento Ambiental (PAS), el cual tiene como objetivo elevar la cobertura en los servicios de acueducto y alcantarillado en los municipios intermedios y menores del país.

“Igualmente, se incluye una partida por \$ 5.000.0 millones para el Metro de Medellín que se destinarán a la cancelación de los impuestos de nacionalización de equipos y \$ 8.400.0

millones que se destinarán a cancelar los compromisos más urgentes de servicios de deuda de las empresas del sector eléctrico" (fl. 49).

*"Ministerio de Defensa:*

"Para el Ministerio de Defensa se programan en este adicional \$ 15.560.9 millones, de los cuales \$ 12.684.2 millones provienen de créditos externos contratados con proveedores, \$ 1.025 de rendimientos financieros generados por los empréstitos externos destinados a la construcción del proyecto de Bahía Málaga \$ 1.484.6 de cancelación de reservas para la modernización de los aviones M-5 y \$ 367 millones del crédito sindicado.

"De los recursos de créditos de proveedores, por valor de \$ 12.684.2 millones, se distribuirán de la siguiente manera: para Armada \$ 5.722.9 millones, para el Ejército, \$ 5.443.9 millones, para el Hospital Militar, \$ 950.1 millones y para el Comando General \$ 567.2 millones" (fl. 57).

*"Presidencia de la República:*

"Los aportes destinados a la Presidencia de la República, \$ 13.326.2 millones, se canalizan fundamentalmente a través de la Dirección Superior de la Presidencia y de la Secretaría de Integración Popular, entidad coordinadora del Plan Nacional de Rehabilitación" (fl. 39).

*"Ministerio de Educación:*

"Para el Ministerio de Educación se programa una adición de \$ 12.805.6 millones, que se destinan principalmente a financiar los programas de universalización de la educación básica primaria, la investigación científica, la dotación de laboratorios de ciencias básicas y el programa de educación abierta y a distancia" (fl. 63).

*"Departamento Nacional de Planeación:*

"Al Departamento Nacional de Planeación y a sus entidades adscritas se le asignan \$ 7.334.5 millones, con los cuales se adelantarán fundamentalmente los programas de desarrollo regional en el marco de las funciones establecidas por el Decreto 77 de 1987" (fl. 34).

Debe advertirse, finalmente, respecto a los recursos de capital provenientes del crédito externo que ellos están destinados en su totalidad, a proyectos de inversión por estar así establecido en las estipulaciones contractuales.

VI. Siguen teniendo validez las críticas que se formulan en el dictamen para el crédito adicional Radicación número C-064 al que ya se hizo alusión, en lo atinente a la operancia del FODEX —que debe desaparecer antes de dos (2) años, según lo establece de manera perentoria el artículo 87 del nuevo Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional—; en lo relacionado con el tratamiento, cuando menos descomedido, que se da a la Rama Jurisdiccional del poder público; en lo que toca con el manejo inadecuado de las finanzas del Estado; y, en fin, en lo referente al funcionamiento de la administración pública, que entraba, los trámites y formalidades para las cuentas y pagos, lo que causa el fuerte incremento del capítulo de “vigencias expiradas”; pero tales críticas —que se formulan con ánimo constructivo— no desvirtúan la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno, encontrar, a su juicio, la necesidad de hacer un gasto imprescindible, factores que se acreditan del modo deducido en este dictamen.

En conclusión, dado que se cumplen las exigencias de la preceptiva constitucional y legal para la apertura del crédito adicional consultado, la Sala Plena emitirá dictamen favorable.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado emite dictamen favorable a la apertura del crédito adicional propuesto en el proyecto de decreto “Por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1989 por valor de \$ 205.764.059.362.32, se efectúa un contracrédito y unos créditos adicionales por valor de \$ 152.530.000.00”.

Cópiese y comuníquese.

El presente dictamen fue aprobado por la Sala Plena en su sesión del día diecisiete de los corrientes.

*Antonio J. de Irisarri Restrepo*, presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Luis Antonio Alvarado Pantoja*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, con salvamento de voto; *Joaquín Barreto Ruiz*, *Guillermo Benavides Melo*, *Carlos Betancur Jaramillo*, salvó el voto; *Jaime Betancur Cuartas*, con salvamento de voto parcial; *Samuel Buitrago Hurtado*, salvó el voto; *Hernán Cardozo Durán*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Clara Forero de Castro*, salvó el voto; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Alvaro Lecompte Luna*, *Euclides Londoño Cardona*, con salvamento parcial de voto; *Carmelo Martínez Conn*, *Humberto Mora Osejo*, con salvamento parcial de voto; *Jaime Paredes Tamayo*, con salvamento parcial de voto; *Jorge Penen Deltieure*, *Simón Rodríguez Rodríguez*, *Consuelo Sarria Oicos*, *Julio César Uribe Acosta*, con salvamento de voto.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

*CREDITOS ADICIONALES-Base normativa. (Salvamento parcial de voto)*

*El artículo 11 de la Ley 38 de 1989 exclusivamente atañe al presupuesto de rentas y gastos de la Nación, no a los créditos extraordinarios que el gobierno excepcionalmente puede abrir con fundamento en el artículo 212 de la Constitución. Aquella norma no es compatible con el artículo 212 de la C. N., y por consiguiente, no puede servir de fundamento para la apertura de créditos extraordinarios. La Sala debió conceptuar negativamente sobre la apertura del crédito extraordinario con base en recursos inexistentes o hipotéticos y favorablemente en todo lo demás.*

Referencia: Consulta del Gobierno sobre crédito adicional. Radicación número C-110.

Disentimos de la decisión mayoritaria, *en cuanto conceptúa favorablemente para la apertura de un crédito extraordinario con fundamento en partidas inexistentes, por los siguientes motivos:*

1º El artículo 11 de la Ley 38 de 1989, sobre "estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación", bajo el signo del principio de la "universidad" prescribe que "los estimativos de ingresos incluirán el total de los provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades de la Nación o de las entidades y organismos contemplados en el artículo 2º del presente Estatuto, y todos los recursos de capital que aquéllas y éstos esperen recibir o reciban, durante el año fiscal, sin deducción alguna" (subrayamos). La innovación de la reforma consistente en hacer posible que en el presupuesto de rentas de la Nación se incluyan los ingresos que se espera recibir durante la vigencia fiscal que, según el artículo 10 ibídem, "comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año", contrariamente al artículo 11 del Decreto-ley 294 de 1973, que disponía que los recursos de capital comprenderán "el cómputo de los recursos del Balance del Tesoro y el cálculo de los recursos del crédito interno y externo, el cual se hará con base en los empréstitos y operaciones de crédito con vencimiento mayor de un año, autorizados por la ley y debidamente contratados" (subrayamos). En otros términos, el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 permite incluir en el presupuesto de rentas de la Nación, a diferencia de lo que prescribía el artículo 11 del Decreto-ley 294 de 1973, no sólo las sumas provenientes de créditos internos y externos "debidamente contratados", sino también las que se espera recibir durante la vigencia fiscal de

*los que no estén perfeccionados. Pero el límite es la vigencia fiscal, porque si la norma que se comenta autoriza incluir en el presupuesto un recaudo probable, ello sólo puede suceder si fundamentalmente se espera percibirlo dentro de la misma; lo que equivale a afirmar que no es posible incluir en el presupuesto de rentas de la Nación las sumas provenientes de empréstitos no perfeccionados que no se espere percibir durante la vigencia fiscal. De donde se deduce, clara e inequívocamente, que el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 exclusivamente atañe al presupuesto de rentas y gastos de la Nación, no a los créditos extraordinarios que el gobierno excepcionalmente puede abrir con fundamento en el artículo 212 de la Constitución.*

2º El artículo 11 de la Ley 38 de 1989 incluye en el presupuesto de rentas de la Nación los ingresos probables, bajo el supuesto de que puedan percibirse dentro de la vigencia fiscal, porque supone que ésta constituye un plazo suficiente para el perfeccionamiento y efectividad del contrato de empréstito. Por consiguiente, si este término es el de la vigencia fiscal, los créditos probables, que se espera perfeccionar y recibir, sólo pueden incluirse en el presupuesto de rentas de la Nación, jamás como recursos —que deben ser actuales— para abrir un crédito extraordinario.

3º La mayoría considera que el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 es aplicable a los créditos extraordinarios porque expresamente no lo excluye de ellos. Pero no verificó, en primer término, que, como explicamos en los puntos anteriores, del propio significado del precepto se deduce, en forma evidente, que regula, no los créditos extraordinarios, sino la ley de presupuesto; además, la interpretación que prohija la mayoría hizo que le diera un sentido inconstitucional porque la llevó a afirmar, en oposición al artículo 212 de la Constitución, que los créditos extraordinarios pueden abrirse sin que haya disponibilidad de recursos, con la mera posibilidad de obtenerlos en el curso de la vigencia fiscal, no obstante que la disposición constitucional alude a una decisión urgente, actual e incondicional. La hermenéutica jurídica impone la conclusión contraria: una disposición legal debe interpretarse no en desacuerdo sino en consonancia con la Constitución; en este caso, el artículo 11 de la Ley 38 de 1989, en cuanto comprende en el presupuesto de rentas de la Nación ingresos hipotéticos o condicionados, no es compatible con el artículo 212 de la Constitución Nacional y por consiguiente, no puede servir de fundamento para la apertura de créditos extraordinarios.

4º El artículo 212 de la Constitución prescribe que “cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible, a juicio del Gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario”. Esta disposición tiene por objeto hacer posible que el Gobierno tome las medidas jurídicas necesarias que le permitan hacer “un

gasto imprescindible”, obviando para ello la falta del Congreso. No busca, por lo mismo, arbitrarle un recurso sino, por el contrario, *adoptar o aplicar a la necesidad pública el que está disponible*. De donde resulta que el Gobierno, mediante el procedimiento y los requisitos prescritos por el artículo 212 de la Constitución, reforma o modifica la ley de apropiaciones para agregarle o transferirle un recurso —actualmente disponible— con el objeto de hacer un gasto de imprescindible urgencia. *El recurso debe existir, lo que falta y se remedia con el crédito extraordinario es el procedimiento jurídico que haga posible aplicarlo a la solución de la urgente necesidad pública*. Por consiguiente, aunque se surtan los trámites constitucionales necesarios para abrir un crédito extraordinario, *si actualmente no existen recursos disponibles, éste tampoco es una realidad*. Como no lo es el que la mayoría autorizó, con base en los probables o hipotéticos recursos del crédito llamado “challenger” que, según la prensa, sólo podrían hacerse efectivos el próximo mes de octubre (El Espectador, 6 de julio de 1989, págs. 1 y 10 A).

5º Pero, si los recursos sólo se percibirían en octubre próximo, correspondería al Congreso, que se encuentra en sesiones ordinarias hasta diciembre del año en curso, abrir el crédito extraordinario, no al Consejo de Estado: *el crédito extraordinario requiere, como condición esencial, la disponibilidad del recurso y su apertura no puede ser antes sino después de que exista ésta*. Por consiguiente, *la mayoría, al conceptuar favorablemente sobre la apertura del crédito extraordinario, sin que exista recurso disponible, no observó el artículo 212 de la Constitución*.

6º Sólo los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Ley 38 de 1989 atañen a los créditos extraordinarios que puede abrir el Gobierno, en reemplazo del Congreso, de conformidad con el artículo 212 de la Constitución, del mismo modo como únicamente los artículos 98 a 117 del Decreto-ley 294 de 1973 versaban sobre ellos. Por consiguiente, *el concepto mayoritario también infringió el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 porque lo aplicó a los créditos extraordinarios sin ser del caso y los artículos 66 a 69 ibídem porque no conceptuó con base en ellos y en el artículo 212 de la Constitución sino en el mencionado artículo 11* no obstante que el artículo 67 prescribe que “ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones”. Por consiguiente, *estimamos que la mayoría, en lugar de aplicar el artículo 67 de la Ley 38 de 1989 y conceptuar negativamente sobre el proyecto de apertura de un crédito extraordinario con recursos inexistentes, conceptuó favorablemente con fundamento en el artículo 11 ibídem que,, en cuanto sólo atañe a la ley de presupuesto, no era ni es pertinente*.

*En conclusión; consideramos que la Sala debió conceptuar negativamente sobre la apertura del crédito extraordinario con base en recursos inexistentes o hipotéticos y favorablemente en todo lo demás.*

Fecha ut supra.

*Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

*CREDITOS ADICIONALES (salvamento de voto)*

*Si bien es cierto la Ley 38 de 1989 en su artículo 11 permite incorporar al presupuesto ingresos no causados, lo cierto es que el artículo 212 de la Constitución Nacional no ha sufrido modificación alguna. Y resulta incompatible con su espíritu y finalidad, abrir un crédito extraordinario con recursos provenientes de un empréstito internacional aún no contratado.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena.—*

Referencia: Expediente número C-110. Consulta del Gobierno sobre proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación por \$ 205.764.0 millones y un traslado presupuestal por valor de \$ 152.5 millones".

En forma respetuosa y breve me permito exponer las razones de mi disentimiento respecto a la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

La apertura de créditos extraordinarios o suplementales debe ser excepcional y no convertirse en general porque la competencia en materia presupuestal corresponde al Congreso, con la necesaria iniciativa del Gobierno.

En forma excepcional el artículo 212 de la Constitución confiere al Consejo de Estado facultades que ordinariamente son del Congreso, a fin de que sea oído y acatado su dictamen para la apertura de créditos suplementales o extraordinarios.

La razón de esta atribución excepcional de competencia la encontramos en la necesidad de hacer un gasto imprescindible y urgente, estando en receso las Cámaras y no habiendo partida votada o siendo esta insuficiente, como lo dispone el artículo 212 citado.

Si bien es cierto la Ley 38 de 1989 en su artículo 11 permite incorporar al presupuesto ingresos no causados, lo cierto es que el artículo 212 de la Constitución Nacional no ha sufrido modificación alguna.

Y resulta, a mi juicio, incompatible con su espíritu y finalidad, abrir un crédito extraordinario con recursos provenientes de un empréstito internacional aún no contratado.

Ello hace que desaparezca la urgencia del gasto y por tanto el procedimiento correcto sería el de llevar el asunto al estudio del Congreso.

Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Clara Forero de Castro.*

**CREDITOS ADICIONALES / PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO** (salvamento de voto parcial)

*En la petición se han involucrado crédito adicional y presupuesto complementario, figuras diferentes en lo constitucional y legal, en sus finalidades, estructuración, trámite y competencia.*

Bogotá, D. E., veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Consulta Radicación número C-110. Adición al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital. Año 1989.

Con comedimiento me aparto de la mayoría respecto de la solicitud del Gobierno sobre crédito adicional por \$ 205.764.059.369.32 por lo siguiente:

1. El crédito adicional según el artículo 212 de la Constitución Nacional exige que el gasto sea *imprescindible*, que tenga el carácter de *urgente*, y por lo mismo ello requiere que la partida presupuestal esté *disponible*, que haya *inmediatez* para solucionar la situación. En el caso, hay partidas presupuestales originadas en un crédito externo firmado por las partes, pero que aún no ha venido a la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación a la que pertenezco para su revisión legal. Como aún no ha sido perfeccionado es apenas una esperanza, no una realidad. No es legal que comprometa mi responsabilidad sobre contrato que después me toca revisar.

2. La Ley 38 de 1989 —Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional— contempla en los artículos 37 y 38 la figura del *Presupuesto Complementario*, que se tramita con el general de la Nación, y en el cual se puede incluir la partida *que se espera* ingreso del crédito externo, con la naturaleza de *esperanza* para futura disponibilidad. Pero el trámite de dicho complementario, es del Congreso de la República en concordancia con el Gobierno Nacional, y así el Consejo carece de *competencia*.

3. Significa lo anterior que en la petición *se han involucrado* crédito adicional y presupuesto complementario, figuras diferentes en lo constitucional y legal, en sus finalidades, estructuración, trámite y competencia.

*Jaime Betancur Cuartas.*

**CREDITOS ADICIONALES / PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO/CONSEJO DE ESTADO-Competencia (salvamento de voto)**

*El Consejo de Estado no tiene facultades ni constitucionales ni legales para impartirle autorización o aprobación a un presupuesto complementario. El manejo del presupuesto de inversión debe hacerse por el Gobierno con el Congreso pues sólo así se garantizan los derechos de la oposición.*

Referencia: Consulta. Radicación número C-110. Adición al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital correspondiente al año de 1989. Apertura de créditos adicionales por la suma de \$ 205.764.059.369.32.

Con toda consideración nos separamos del concepto mayoritario de la Sala Plena, emitido con ocasión de la presentación que el señor ministro de Hacienda hizo el ocho (8) de junio pasado del proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1989" por un monto de *doscientos cinco mil setecientos sesenta y cuatro millones cincuenta y nueve mil trescientos sesenta y nueve pesos con treinta y dos centavos* (\$ 205.764.059.369.32).

Las razones por las cuales no hacemos nuestra la perspectiva de manejo que la Corporación le dio a éste asunto, son las siguientes:

*Primera. El Consejo de Estado no tiene facultades ni constitucionales ni legales para impartirle autorización o aprobación a un presupuesto complementario.*

El doctor Alfonso Palacio Rudas, en *La Columna del Cofrade*, de la semana pasada, al comentar la Ley 38 de 1989, destacaba:

"Sucede que de un tiempo acá los congresistas y los ministros no han sido afortunados en la redacción de los ordenamientos jurídicos de la Hacienda. Por ejemplo, *la Ley 38 de 1989, orgánica del Presupuesto General de la Nación, exhibe*

*be un rico muestrario de inconsistencias conceptuales, solecismos e imprecisiones del lenguaje” (subrayas nuestras).*

La realidad literaria anterior, a nuestro juicio, llevó a la Sala a tratar como *crédito adicional* (art. 212 de la C. N.), la partida que por ciento siete mil doscientos treinta y seis millones doscientos mil pesos (\$ 107.236.200.000.00), se incluye en la solicitud del Gobierno, con olvido de que ese monto es el equivalente en pesos que generará la contratación del empréstito externo por doscientos noventa millones de dólares (US\$ 290.000.000.00), según autorización concedida al Gobierno Nacional por los artículos 7º de la Ley 43 de 1987 y 21 de la Ley 38 de 1989. En otras palabras: El contrato de mutuo no se ha suscrito todavía, se ignora qué entidad crediticia se va a comprometer a través del mismo, y, lo que es más grave aún, si tal acto jurídico será autorizado o no por la Sala de Consulta de la Corporación, en el momento en que sea sometido a su consideración. Alegremente, a nuestro juicio, se “*ensilla antes de traer las bestias*”, simplemente porque el artículo 11 de la Ley 38 de 1989 autoriza para incluir en el presupuesto los recursos de capital que la Nación o las entidades contempladas en el artículo 2º del citado estatuto, esperan recibir o reciban durante el año fiscal, sin deducción alguna. Esta posibilidad la encontramos ajustada a la ley para que el Gobierno, con el control del parlamento, ponga a marchar en su momento la figura nueva del *presupuesto complementario*, pero no para que el Consejo de Estado le dé la bendición a la figura y se ocupe en ella, acudiendo al expediente de considerar que se está frente a “*un gasto imprescindible*”. Este, por definición, exige que se tenga el dinero disponible para atender la necesidad, pero resulta inusitado, por decir lo menos, que sin saber si alguna entidad crediticia del exterior agota la tarea de prestar los doscientos noventa millones de dólares (US\$ 290.000.000.00), el Consejo de Estado autorice para que se incluyan en el presupuesto unos dineros que, yéndole muy bien al Gobierno, sólo estarán en su poder en septiembre u octubre del presente año.

Pero lo que hace más incomprensible el pedimento del Gobierno y el concepto favorable de la mayoría del Consejo de Estado respecto de esa partida incluida en el crédito adicional, es la restricción —legal que se recoge en el artículo 59 de la Ley 38 de 1989—, donde se lee:

“Los acuerdos de gastos y sus reformas no podrán incluir gastos con cargo a apropiaciones cuya fuente de financiación corresponda a contratos de empréstito que no se encuentren debidamente perfeccionados.

“En consecuencia, no podrán celebrarse ni serán legalmente válidos los contratos, los compromisos y las obligaciones asumidos por los organismos y entidades, con cargo a recursos de contratos de empréstitos no perfeccionados y desembolsados”.

Dentro del marco jurídico anterior, resulta incomprensible, se repite, que se autorice al Gobierno para "*hacer un gasto imprescindible*", en el momento en que todavía no ha conseguido el dinero y se ignora si se lo van a prestar o no. Según el Diccionario de la Real Academia: "*Imprescindible*" (de inc. 2º art. y prescindible) adj. Dicese de aquello de que no se puede prescindir. Y *Necesario*, según la misma obra, tiene la siguiente acepción: "Que precisa, forzosa o inevitablemente ha de suceder". En el análisis de los hechos, hacemos nuestra la perspectiva de manejo que el doctor Jorge Valencia Arango hizo en su salvamento de voto, dentro del expediente 1241 de julio 18 de 1985, consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey, donde se lee:

"Por tanto, un hecho *imprescindible* o *necesario*, es un hecho inevitable, sin que por las calidades dichas, pueda saberse el tiempo u oportunidad en que ha de hacerse o ha de suceder.

"Pero como el artículo 212, comentado, habla de un régimen excepcional, pues permite suplir la ausencia del Congreso, órgano natural constitucionalmente encargado de decidir sobre las contribuciones, gastos y planes de desarrollo, por la actividad de un órgano simplemente consultivo, el Consejo de Estado para estos efectos, se impone la conclusión de que la necesidad y la imprescindibilidad del gasto, debe presentarse en relación con el lapso en que están en receso las Cámaras. Es decir, el gasto debe ser inminente, en el sentido de que es imprescindible y necesario hacerlo antes de que se reúnan las Cámaras.

"No es, pues, que el gobierno pueda escoger entre el Congreso y el Consejo de Estado. No, ésta última Corporación sólo supe o reemplaza a las Cámaras cuando, estando éstas en receso, no es posible esperar sus sesiones dada la necesidad o inminencia del gasto.

"Puede el Gobierno escoger entre el Congreso y el Consejo de Estado?"

"Claro que no. El constituyente no ha dado esa opción pero el Gobierno, con la anuencia del Consejo de Estado, la viene ejerciendo" (*Anales del Consejo de Estado*. Segundo Semestre, 1985, págs. 53 y ss.).

*Segunda.* Se lee en la ponencia, aprobada por mayoría, que en el proyecto de decreto que adiciona el presupuesto "...se incluye una partida por \$ 5.000.0 millones para el Metro de Medellín que se destinarán a la cancelación de los impuestos de nacionalización de equipos...". Se observa también, en el proyecto de decreto, página 026, que se destinan partidas para atender gastos de *funcionamiento*, con la filosofía del préstamo, al Departamento del Cauca por cien millones

de pesos (\$ 100.000.000); al Municipio de Popayán, por cien millones de pesos (\$ 100.000.000.) y al Municipio de Pasto, también por cien millones de pesos (\$ 100.000.000.00). Al recordarle al señor ministro de Hacienda y Crédito Público, que muy amablemente atendió las citaciones de la Corporación para dar las explicaciones correspondientes, que a la luz del artículo 207 de la Constitución Nacional no se puede hacer "...ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o las municipalidades, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto", circunstancia legal que imponía la existencia de ley anterior para hacer tales gastos, él tranquilizó a la mayoría de la Corporación con la tesis de que a la luz de lo preceptuado en el artículo 85 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la Nación, puede "...aportar partidas del Presupuesto General de la Nación, para préstamos a las entidades territoriales de la República y a las entidades descentralizadas si ello fuere necesario para cumplimiento de leyes, contratos o sentencias o para atender necesidades del plan operativo anual de inversión..."

Quienes suscribimos este salvamento de voto no hacemos nuestra tal manera de entender la legalidad y el gasto público, pues consideramos que esa no pudo ser en ningún momento la intención del legislador, pues transitando por ese sendero el Congreso se queda sin funciones en materia tan importante como la relacionada con la política en el frente de los gastos de inversión. La interpretación que el Gobierno da a la normatividad transcrita, no la encontramos ajustada a la lógica de lo razonable. Por lo demás, dentro del expediente que se instruyó para el crédito adicional, no aparecen los contratos de mutuo que en su momento ha debido celebrar la Nación con las entidades beneficiadas con los referidos préstamos, y las contragarantías que ésta debió exigir para suscribir el respectivo acto jurídico.

Encontramos novedosa pero muy peligrosa la política de hacer préstamos a los departamentos o municipios para atender gastos de *funcionamiento*, y la que se puso en marcha para atender a la cancelación de los impuestos de nacionalización de equipos del metro de Medellín. Nos resistimos a creer que todo este manejo del gasto público se pueda hacer en forma tan simple, esto es, sin demandar la existencia previa de la ley que autorice el gasto, el préstamo, etc. Por lo demás, éstas necesidades no surgieron de un momento a otro en el tiempo físico. Ellas se han venido generando en forma de tracto sucesivo y en su solución ha debido ocuparse el Congreso, al inicio del problema, que ahora se resuelve con el criterio que se recoge en el artículo 212 de la Constitución Nacional.

Para los sectores de opinión ciudadana que presionan por todos los medios la aprobación de los créditos adicionales, halagados por la suma millonaria que en forma tan fácil llega a sus presupuestos, y que se molestan por la oposición que a la luz de la ley y del derecho

se hace para que se convalide el adefesio, se impone testimoniarles que el cumplimiento del deber no tolera concesiones graciosas o interpretaciones complacientes, pues el dejar hacer y el dejar pasar no es buena política, ya que la normatividad vigente tiene establecidos frenos y controles que deben operar para que el estado de derecho no se desnaturalice o desfigure. Por ahora baste decir, simplemente, que todos los presupuestos departamentales y municipales, agobiados por los gastos de funcionamiento, tienen una puerta abierta para que *la Nación* los ayude, les dé la mano para atender frente tan preocupante de la burocracia. Finalmente, los dirigentes de la comunidad van aprendiendo también que las obras públicas onerosas se pueden poner en marcha, aunque no se tengan los dineros para financiarlas en debida forma, pues en el momento de las dificultades *la Nación* les brindará su ayuda generosa.

*Tercera. Préstamos para efectuar reintegros al FODEX.*

Dentro del proyecto de decreto orientado a adicionar el presupuesto de rentas y recursos de capital, aparecen las siguientes partidas:

"Préstamo a la C. V. C., para efectuar reintegros al FODEX —Gobierno Nacional—	\$ 2.342.004.002.27
"Préstamo a CORELCA para efectuar reintegros al FODEX, Gobierno Nacional	\$ 543.312.002.98
"Préstamo al ICEL para efectuar pagos de deuda interna con la Financiera Eléctrica Nacional	\$ 688.051.376.90
"Servicio deuda y reintegros al FODEX —Sector Eléctrico (previo concepto DNP)	\$ 4.826.632.617.85"

Dentro del marco anterior cabe recordar que desde hace ya mucho tiempo el Consejo de Estado viene cuestionando el funcionamiento del FODEX y la fuente de perturbación que este fondo ha generado en todos los frentes del presupuesto nacional. Entidades como ISA, CORELCA, ICEL, F. N., IDU, INCORA, Cerro Matoso, etc., le deben sumas cuantiosísimas que han sido factor determinante para que se agoten sus recursos, pero el Gobierno Nacional, con especial generosidad y paternalismo, acude presuroso a inyectarle nuevos recursos para seguir pagando las acreencias de los centros de imputación jurídica que ya se sabe que no pagan o que, por lo menos, saben manejar con maestría la conducta morosa.

Las necesidades del FODEX no toleran que ellas se manejen con la mentalidad del gasto imprescindible a que se refiere el artículo 212 de la Constitución Nacional, pues la situación preocupante que se deja brevemente esbozada no surgió de la noche a la mañana. Por ello anotaba el doctor Palacios Rudas, en *La Columna del Cofrade* de 12 de junio de 1986, que la extraña creatura le causó desvelos desde

el día veintiocho (28) de febrero de 1973, cuando fue engendrada. En ese escrito, con visión profética, el ilustre colombiano recordaba que en determinado momento en el tiempo físico, se preguntó "Cuál será la auténtica finalidad que se persigue con la creación del FODEX, contemplado en el artículo 97, transcrito líneas arriba? *Me asaltan vehementes sospechas de que se pretende aliviar la inopia de las arcas públicas, mediante un solapado procedimiento emisionista. Y por contera, se aspira a formar sobrantes de apropiaciones que financien otros renglones del presupuesto. Atender servicios de deuda pública externa con créditos del Banco de la República o con cargos a la cuenta especial de cambios, es una manera habilidosa de sostayar la prohibición constitucional de efectuar erogaciones que no se hallen incluidas en el presupuesto de gastos. Ello equivale a una monetización, monda y lironda, de los pagos de intereses y amortización. Como el patrimonio del Banco de la República es patrimonio estatal, al gobierno le quedará fácil transformar en pasivo perpetuo y sin costo para el fisco los avances y préstamos del FODEX. Con la astuta maniobra las partidas presupuestales votadas para cancelar deuda externa podrán destinarse a otros fines, a la vez que menguarán los apremios de caja y monetizarán los crecimientos del endeudamiento externo. Prodigios que no soñó el Mefístoles de Goethe cuando aconsejaba al emperador valerse de las planchas litográficas: "Un papel así en lugar de oro y perlas". Al menos sabe uno lo que tiene. Ya no hay necesidad de regateos ni de cambios. A su gusto puede uno embriagarse de amor de vino. Así en todos los dominios del imperio habrá suficientes existencias de alhajas, oro y papel".*

*Cuarta. El manejo del presupuesto de inversión debe hacerse por el Gobierno con el Congreso, pues sólo así se garantizan los derechos de la oposición.*

El ilustre jurista y filósofo argentino Carlos Cossio, en su obra *La política como conciencia*, Abeledo Perrot, 1957, página 62, enseña:

*"Todo estudiante de Derecho aprende, con asombro, que debiendo el Congreso, como supremo tribunal de cuentas, aprobar o desechar la cuenta de inversión anual de todos establecida en el presupuesto de gastos de la administración, tan sólo ha cumplido con este deber dos veces en ciento tres años. La falla no puede ser más grave desde un punto de vista político, porque todo político opositor sabe perfectamente, por propia experiencia, QUE EL MEDIO MAS EFICAZ CON QUE CUENTA LA OPOSICION PARA FRENAR LOS EXCESOS DEL PODER GOBERNANTE ES, PRECISAMENTE, EL QUE LE DA EL PRESUPUESTO COMO CONTROL DE LEGALIDAD".*

Se predica en la ponencia, que recibió la votación mayoritaria de la Corporación, que el PRESUPUESTO DE INVERSION es adicionado con la suma de ciento sesenta y cuatro mil seiscientos noventa y un

millones de pesos y se autoriza tal gasto con el criterio de que es IMPRESCINDIBLE. Pero como siempre ha ocurrido, no aparecen por parte alguna LOS PLANES Y PROGRAMAS a que se refiere el ordinal 4º del artículo 76, entre cuyos objetivos deberá contemplarse el desarrollo armónico de las diferentes regiones del país. Quienes suscribimos este salvamento de voto desconocemos si la partida de once mil millones ochocientos cincuenta y tres mil quinientos treinta y seis pesos (\$11.853.536.000) que aparece al folio 073 del proyecto de decreto, destinada a ASENTAMIENTOS SUBNORMALES DE VIVIENDA y NUEVOS ASENTAMIENTOS URBANOS, LOTES CON SERVICIOS, encuadra bien dentro de la orientación constitucional o no. Ignoramos, igualmente, la causa, motivo o razón por la cual parte sustancial de la inversión indirecta con destino a las fuerzas armadas se maneja siempre a través de los créditos adicionales y buscando el asentimiento del Consejo de Estado y no del Congreso. La partida de cinco mil setecientos veintidós millones (\$5.722.000.000), que se destina al mantenimiento, modernización, dotación y pruebas de los submarinos ARC Pijao y ARC Tayrona y la que por mil veinticinco millones se compromete para la construcción de la Base Naval del Pacífico, Bahía Málaga, nos impresionan por su monto y porque pensamos que en puridad de verdad servirán muy poco para acabar con la pobreza absoluta. El presupuesto de INVERSION debería ser manejado por el Gobierno con el Congreso, no con el Consejo de Estado. En espacios abiertos a la OPINION PUBLICA y no en círculos cerrados y excluyentes. Dentro de ésta perspectiva el señor exministro de Gobierno doctor César Gaviria hizo la semana pasada una estupenda y convincente exposición, en el foro que sobre Hacienda Pública tuvo lugar en Pereira. El crédito adicional orientado a la inversión, nos deja la impresión de que se quiso manejar a espaldas del Congreso, con la disculpa de que era bueno GANAR TIEMPO. El manejo de la OPINION PUBLICA es indispensable para el buen éxito de la democracia. Por ello Carlos Cossio recordaba: *"NO SE DIGA ENTONES QUE LA DEMOCRACIA ES EL GOBIERNO DEL PUEBLO, POR EL PUEBLO Y PARA EL PUEBLO, AHORA QUE PODEMOS DEFINIRLA MEJOR DICHIENDO QUE ES EL GOBIERNO DE LA OPINION PUBLICA, POR LOS PARTIDOS POLITICOS Y PARA EL PUEBLO"* (obra antes citada, pág. 209).

La experiencia vivida con los créditos adicionales que se han propuesto y aprobado en el pasado, la cual se confirma con el presente, es la de que el PRESUPUESTO se maneja sin OPINION PUBLICA, sin PLANES NI PROGRAMAS aprobados por el Congreso, privando así a los partidos de oposición de su legítimo derecho de controvertir el gasto público. Esta conducta puede resultar habilidosa y hasta conveniente, por muchas razones de estado, pero no es constitucional ni democrática. Por eso, no determina nuestra voluntad.

Como ya lo destacamos antes, la situación del crédito adicional, que merece nuestros reparos, se torna más crítica si se tiene en cuenta que en puridad de verdad no es tal, sino UN PRESUPUESTO COM-

PLEMENTARIO, al menos por lo que hace relación con LA INVERSIÓN, el cual se aprueba sin que exista todavía EL PLAN FINANCIERO (art. 4º Ley 38 de 1989), ni el PLAN OPERATIVO ANUAL DE INVERSIONES (art. 5º Ley 38 de 1989). Esta realidad fáctica hace imposible la filosofía de PLANEACIÓN que se recoge en el artículo 9º del mismo estatuto e impide que se haga la COORDINACIÓN DEL SISTEMA PRESUPUESTAL, que según el artículo 17 de la misma obra, corresponde al CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA FISCAL. Es una lástima que el Gobierno hubiese acudido al expediente del GASTO IMPRESCINDIBLE para eludir la puesta en marcha, conforme a la ley, del PRIMER PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO. Transitando por este sendero, los CONSEJOS REGIONALES DE PLANEACIÓN se han quedado transitoriamente sin oficio. Habría sido muy conveniente y sano que el Gobierno Nacional hubiese propuesto el primer PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO a consideración del Congreso, como lo disponen los artículos 37 y siguientes del estatuto tantas veces citado. Todo nos indica que las fallas en la administración no se presentan por ausencia de normas sino porque la aplicación de ellas se elude acudiendo a los más finos expedientes y razonamientos para lograr el fin pretendido.

Como algunas áreas de opinión del Consejo de Estado, al aprobar los créditos adicionales, suelen justificar la generosidad con que se prodiga "*el nihil obstat*", con la filosofía consignada en el inciso tercero del artículo 212 de la C. N., que manda que "*CORRESPONDE AL CONGRESO LEGALIZAR ESTOS CREDITOS*", sería bueno que así se hiciera, pues todo indica que la formalidad no se cumple en la práctica. La satisfacción de esta exigencia permitiría, al menos, que toda la responsabilidad que la opinión ciudadana le endilga al Consejo de Estado, por su valiosa colaboración para que se genere el déficit fiscal, fuera compartida con el Congreso.

*Quinta. Injusticias con la justicia.* En la primera visita que el señor ministro de Hacienda hizo a la Corporación, al iniciarse la discusión sobre este crédito adicional, el doctor Valenzuela, que lo acompañaba, confesó que de los fondos destinados al Ministerio de Justicia y de la vigencia del año pasado, no se habían ejecutado tres mil millones de pesos (\$ 3.000.000.000), por razones de diferente naturaleza. Todos los presentes quedamos sorprendidos con la noticia, pero más quienes suscribimos este salvamento de voto, pues de los doscientos cinco mil millones de pesos, que ahora se destinan a distintos frentes de la administración, sólo se asignan a la rama seiscientos millones de pesos (\$ 600.000.000.00), que a lo mejor tampoco se van a ejecutar en parte sustancial, por falta de acción en el gasto orientado a atender las necesidades urgentes de la Rama. El Gobierno sigue siendo, pues, injusto con la justicia y el Consejo de Estado resignado ante su pobreza absoluta, pues deja pasar oportunidades como ésta sin decir mayor cosa. La reconstrucción del Palacio de Justicia marcha a paso de tortuga y no se ve por parte alguna la fortaleza de la acción orientada a levantarlo de nuevo y con presteza.

Aunque el señor ministro de Hacienda siempre destaca los esfuerzos que el Gobierno ha hecho para atender a la Rama Jurisdiccional, no resistimos la tentación de transcribir, en lo pertinente, el informe presupuestal del comportamiento real de las partidas asignadas al sector justicia, en la década de los 80, documento que aparecerá publicado en la revista *El Gobierno y la Justicia*, rendido por el señor Henry Amorochó Moreno, asesor de Presupuesto del Ministerio de Justicia. Allí se lee:

*“Conclusiones y reflexiones:*

“El presupuesto del sector justicia sí ha crecido en términos reales en lo que va corrido de la administración Barco y las cifras lo confirman al observar el incremento de la participación del presupuesto sectorial con relación al total del presupuesto del sector central y el producto interno bruto de la Nación.

“El presupuesto del sector justicia pasó de representar el 4.24% del presupuesto nacional en 1981-1986 a representar el 4.27% del mismo en el período 87-90 y con relación al producto interno bruto también se observa un comportamiento similar puesto que de representar el 0.591% en 81-86 pasó a representar el 0.614% en 87-89.

*“DEL ANTERIOR PARRAFO SE DEDUCE LO TIMIDO E INSUFICIENTE QUE HA RESULTADO EL APOYO PRESUPUESTAL BRINDADO AL SECTOR JUSTICIA ANTE EL CUMULO DE NECESIDADES ESTRUCTURALES POR LAS QUE SE ATRAVIESA (mayúsculas y subrayas nuestras).*

“Dentro de las necesidades estructurales, y coyunturales atendidas insuficientemente por falta decidida de apoyo presupuestal se encuentran las obras inconclusas de las diferentes cárceles y despachos judiciales del país, la informática jurídica, la defensoría pública de oficio, la asistencia social al recluso, las plantas de personal sugeridas por la comisión asesora de la reforma de la justicia, el incremento del pie de fuerza en las cárceles del país y la dotación decorosa de los despachos judiciales.

*“A manera de conclusión final no se puede afirmar categóricamente que la justicia haya sido la primera prioridad de este Gobierno. Pero tampoco se puede desconocer por ello los esfuerzos realizados por la presente administración en comparación con gobiernos anteriores” (subrayas nuestras).*

Hemos pergeñado este salvamento de voto tratando de decir las cosas claramente y por su nombre. Quizás estemos determinados por las sugerencias que sobre la realidad del hombre escribió Karl Jaspers

en el tercer tomo de su "*Philosophie*", donde habla de las potencias que para él se manifiestan en lo que llama LA NORMA DEL DIA y LA PASION DE LA NOCHE. "LA NORMA DEL DIA ordena nuestra realidad humana; exige claridad, consecuencia, fidelidad; sujeta a la Razón y a la Idea, a lo Uno y a Nosotros mismos; manda realizar en el mundo, edificar en el tiempo, perfeccionar la realidad humana en un camino infinito... LA PASION DE LA NOCHE traspasa todos los órdenes. Le precipita en el intemporal abismo de la Nada... Toda construcción en el tiempo, como manifestación histórica, le aparece como una ilusión superficial. Para ella la claridad no puede abrirse en nada esencial... es la oscuridad lo que aprehende como tiniebla intemporal de lo Auténtico... Ni deberes ni fines significan nada para ella". Cita tomada de *El Derecho y la Obra*. Carlos Creus, Editorial Astrea, 1986, págs. 24 y 25).

Con toda consideración,

*Julio César Uribe Acosta, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo.*

Bogotá, D. E., julio 24 de 1989.

*CREDITOS ADICIONALES/PRESUPUESTO ADICIONAL (Salvamento parcial de voto)*

*No puede votarse la partida proveniente del crédito externo, porque los respectivos contratos no están legalizados. Si la Sala de Consulta no encuentra ajustados a derecho los contratos de crédito internacional y los devuelve sin aprobación, no se podrá hacer ninguna erogación de dineros provenientes del crédito externo. No se trata de un simple crédito adicional sino del Presupuesto Adicional previsto en la nueva ley que regula el Presupuesto Nacional, el cual sólo puede ser votado por el Congreso Nacional.*

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

Referencia: Expediente número C-110. Consulta sobre Crédito Adicional al Presupuesto de Gastos del Gobierno Nacional.

Mi salvamento de voto es sólo parcial y no a todo el proyecto de decreto. Me explico: He votado favorablemente todo lo referente a gastos de funcionamiento y otros rubros cuya urgencia es evidente porque la Administración Pública no se puede paralizar. En cambio, no puede decirse lo mismo de partidas que no tienen respaldo en ley que autorice el gasto, como el préstamo al metro de Medellín, y el Plan de Rehabilitación entre otros. Tampoco podrá votar la partida de \$107.236.2 millones provenientes del Crédito Externo, porque los respectivos contratos no están legalizados, como lo expusieron en el debate los consejeros de la Sala de Consulta, sin contradicción válida alguna.

En efecto, qué pasaría si la Sala de Consulta no encuentra ajustados a derecho los contratos de crédito internacional y los devuelve sin aprobación? La consecuencia es obvia: no se podrá hacer ninguna erogación de dineros provenientes del crédito externo.

Entonces toma vigencia la pregunta que se hizo en Sala por los consejeros de la Sala de Consulta: Cómo podían los integrantes de esa Sala participar en la aprobación de una adición presupuestal, en

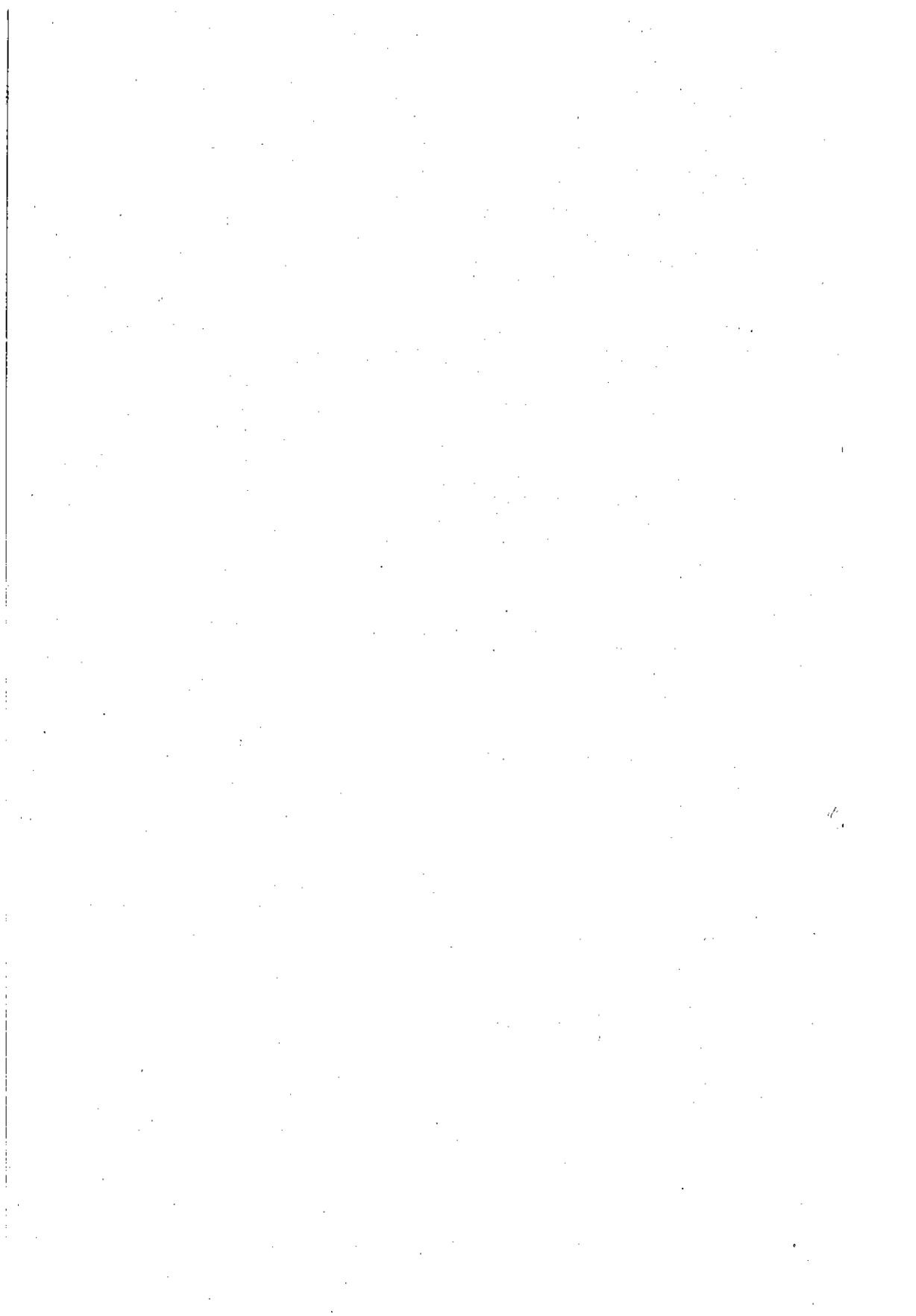
donde uno de sus soportes, sino es el principal es un crédito externo, sin que se hubiese aprobado previamente el contrato de empréstito?

Finalmente, creo que no se trata de un simple crédito adicional sino del Presupuesto Adicional previsto en la nueva ley que regula el Presupuesto Nacional, el cual sólo puede ser votado por el Congreso Nacional, pues la competencia del Consejo de Estado supliendo al Congreso de la República, se limita a aprobar créditos suplementales al presupuesto "cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible, a juicio del Gobierno", según los propios términos empleados en el artículo 212 de la Constitución Nacional, norma que tenía explicación en 1886 cuando se expidió la Constitución época en la que la reunión de las Cámaras del Congreso de la República podía demorarse semanas y hasta meses, por falta de vías para la comunicación y arribo a la ciudad capital de los congresistas, pero que no se justifica en este momento cuando las Cámaras del Congreso Nacional se pueden reunir en pocas horas por la facilidad de información y de transporte. Dicho de otro modo: esa disposición de nuestra Carta ya no tiene razón de ser y somete al Consejo de Estado a un desgaste injustificado, mayormente cuando la reunión ordinaria del Congreso está próxima.

Sin embargo, debo aclarar que lo anterior no es una crítica al Gobierno actual, sino de todos sus antecesores como lo he comprobado en nueve años en esta Corporación.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Conn.*



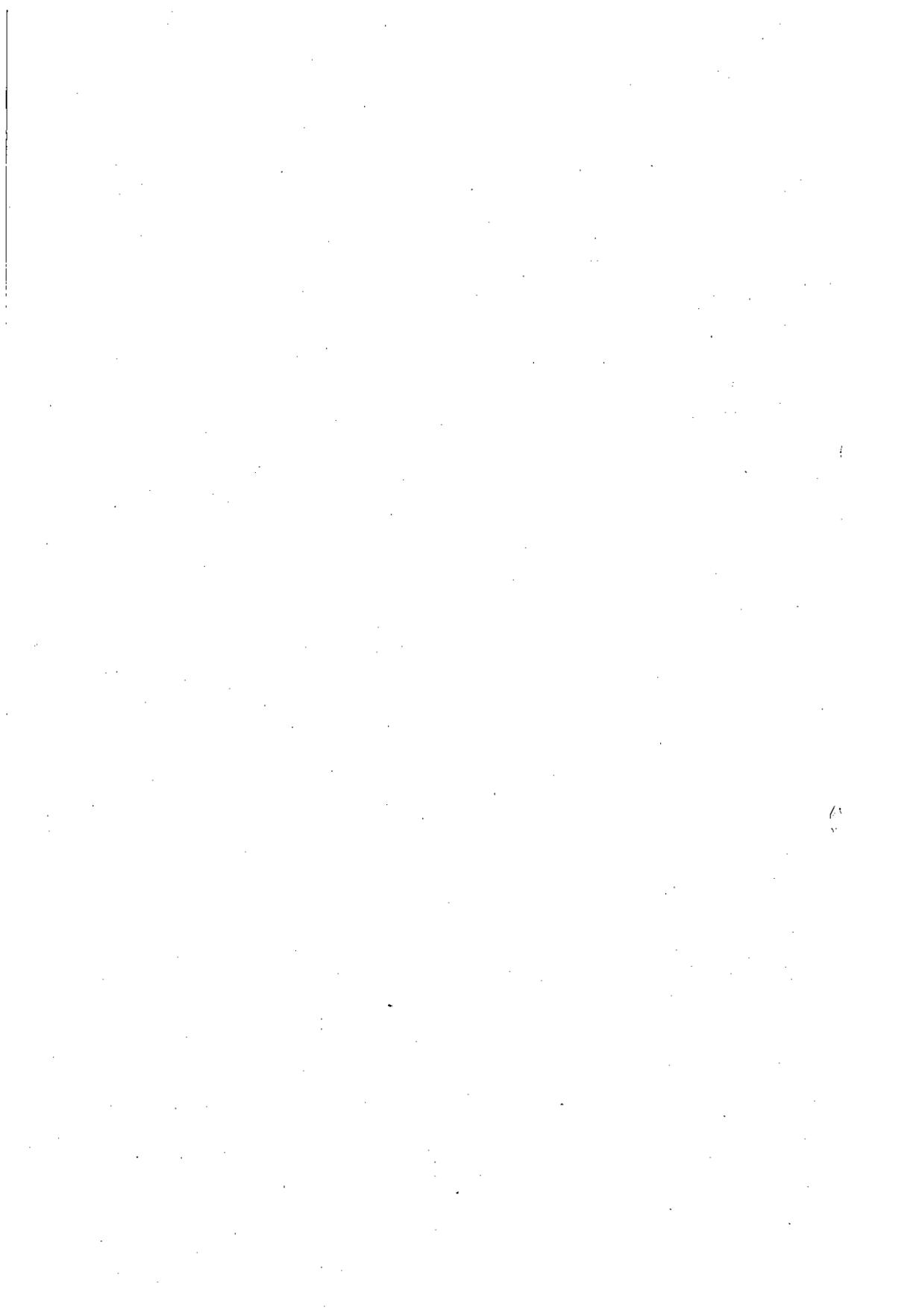
**SEGUNDA PARTE**  
**FUNCION JURISDICCIONAL**

**TITULO I**

**ORDEN NACIONAL**

**CAPITULO I**

**DECRETOS DEL GOBIERNO**



## ZONA FRANCA-Régimen

*Tomados en su conjunto la Ley 6ª de 1971, la Ley 48 de 1983 y la Ley 109 de 1985, todas leyes marco dictadas por el Congreso sobre zonas francas, con fundamento en el artículo 76 numeral 22 de la Constitución, se puede establecer que por las pautas, temas y orientaciones que ellas suministran, el Gobierno Nacional en el Decreto 1471 de 1986 no hace sino reglamentarlas, es decir, desarrollarlas en ejercicio de la facultad del artículo 120 numeral 22 C. N. Igual ocurre con el Decreto 1472 de 1986 expedido con fundamento en la misma facultad constitucional para regular la materia de cambio internacionales, comercio exterior y particularmente el régimen de aduanas (dentro del cual se incluyen las zonas francas).*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

**Referencia:** Proceso número 388. Demandante: Asociación de Industriales y Comerciantes de la Zona Franca de Barranquilla.

La Asociación de Industriales y Comerciantes de la Zona Franca de Barranquilla, por conducto de apoderado especial y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la declaratoria de nulidad de los Decretos números 1471 “por el cual se desarrolla la Ley 109 de 1985” y 1472 “por el cual se modifica el Decreto 2666 de octubre 26 de 1984” proferidos por el presidente de la República el 6 de mayo de 1986.

### *Actos acusados:*

El primero de ellos contiene disposiciones sobre el régimen de contratación de las zonas francas industriales; requisitos que deben llenarse para suscribir y perfeccionar tales contratos; inversión de capital nacional y extranjero; régimen de comercio exterior cambiario y tributario y sobre zonas francas comerciales en cuanto concierne a: usuarios, tráfico de mercancías, depósito de mercancías en almacenes

de aquéllas, ventas, remates y reversión de inmuebles. Y, el segundo de tales decretos o actos acusados introduce cambios en los artículos 1º, 87 numeral 7º, 88, 89, 90, 91, 94, 95, 97, 98, 100, 102, 103, 106 y 109 del Decreto 2666 de 1984.

### *La demanda:*

Se considera en el libelo que la Ley 109 de 1985 (12 de diciembre) estableció el "Estatuto de las Zonas Francas con el objeto de que éstas sirvieran para promover el comercio exterior, generar empleo, divisas, y servir de polo de desarrollo industrial de las regiones donde se establecieren". Que esta ley desarrolla preceptos constitucionales de tipo orgánico o funcional (constituye el estatuto legal de las zonas francas) y es, además, un enunciado de principios generales impuestos al Gobierno para que se apliquen en una materia determinada; es decir "abarca características propias de una ley puramente normativa y características propias de una ley marco o 'cuadro', y que si una ley tiene este doble carácter, significa que es 'susceptible' de reglamentación por parte del Gobierno, conforme a la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 120 numerales 3) y 22) de la Carta".

El Decreto 1471 de 1986, como reglamentario de la Ley 109 de 1985 no puede contrariarla, modificarla, ni crear o extinguir situaciones jurídicas, sino facilitar su aplicación; "debe *sujetarse* a ésta, tal como lo ordena el mandato constitucional del ordinal 22 del artículo 120 en armonía con el ordinal 22 del artículo 76 del mismo ordenamiento".

Agrega que al Decreto 1471 de 1986 había que adaptarle las disposiciones aduaneras del Decreto 2666 de 1984 (que desarrolló la Ley 6º de 1971), o sea que "el Gobierno hizo uso de las facultades del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución para ajustar un decreto suyo a otro decreto suyo". Y el Decreto 1472 de 1986 se dictó para "modificar el Decreto 2666 de 1984 en razón de que había necesidad de ajustar" ese a éste, y que el Gobierno no puede hacer ajustes discrecionales e indefinidos a los decretos que él mismo ha dictado con sujeción a leyes "marco", ajustes éstos que tampoco pueden hacerse con relación a sus simples decretos reglamentarios.

### *Concepto de violación:*

1º Del Decreto 1471 de 1986:

a) Los artículos 32 y 33 de este decreto establecen, por una parte que "para efectos de los incentivos tributarios y crediticios aplicables a las exportaciones, considéranse exportación la introduc-

ción a zona franca industrial de bienes que se encuentren en libre circulación en el territorio colombiano, con destino a ser utilizados en un proceso productivo dentro de la respectiva zona". Y, por otra parte, que tal introducción "requerirá del registro de exportación para zona franca, expedido por el INCOMEX".

Dichos artículos fijan un nuevo criterio para integrar la noción de *exportación*, la cual no cabe dentro de la contenida en el Decreto 2666 de 1984 (art. 1º), decreto éste proferido "en observancia de una ley marco como lo es la 6ª de 1971".

Agrega el demandante que, si el presidente de la República, en el caso del Decreto 2666 de 1984, se sujetó a las pautas señaladas por el Congreso, como era su obligación, "es de suponer lógicamente que después de esto, cuando el Gobierno desea variar las normas así dictadas debía igualmente sujetarse a pautas que en tal sentido señalare el Congreso" y no arrogándose "una competencia mayor de la que le corresponde", es decir, que el Gobierno no podía modificar la definición de *exportación* sin que el Congreso lo autorizara, y sin embargo:

"El Decreto 1471 creó una figura nueva al momento de reglamentar la Ley 709 violando los ordinales 3 y 22 del artículo 120 de la Carta y creó una nueva forma de incentivos a las exportaciones por fuera de lo previsto, en esta materia, por la Ley 48 de 1983 violando doblemente los referidos mandatos constitucionales".

"b) El régimen establecido con los artículos 32 y 33 del Decreto 1471 de 1986 en armonía con el 35 del mismo violan el objeto de la Ley 109 de 1985 previsto en su artículo 2º.

"En efecto, si los artículos 32 y 33 califican como 'exportación' la introducción a las zonas francas de bienes que se encuentran en el territorio nacional y someten esta actividad a todo un procedimiento especial necesario, y el artículo 35 por su parte excluye de esos trámites la introducción de bienes que provengan de terceros países significa exactamente que en adelante ningún usuario se atreverá a introducir a la zona franca bienes que se encuentran en el territorio nacional... ya que es mucho más fácil adquirirlos de terceros países. Y que, en consecuencia, la mencionada situación genera para la industria nacional una disminución de su mercado, de sus ingresos de divisas, contrariándose así el mandato del artículo 2º de la Ley 109 de 1985 el cual determina que las zonas francas tendrán por objeto, además de 'promover el comercio exterior, generar empleo, divisas y servir de polos de desarrollo industrial de las regiones donde se establezcan...'"

c) La Ley 105 de 1958 (art. 21) y su Decreto reglamentario 2240 de 1962 (art. 81) eran las únicas disposiciones que trataban lo relativo a inmuebles de zona franca, y como la Ley 109 de 1985 derogó en forma expresa la ley anterior y por ende su decreto reglamentario y nada dijo sobre dicho tema, existe a este respecto un "vacío jurídico-normativo", luego el Decreto reglamentario 1471 de 1986 no podía tratar un asunto no contemplado por la ley; sin embargo dice su artículo 68 que "los muelles, edificios y demás construcciones ejecutadas por empresas privadas en terrenos de propiedad de las zonas francas serán consideradas como propiedad de estas últimas, al momento de su reversión. Para resarcir a los interesados de las erogaciones hechas en la construcción de esas obras se amortizará el costo de las mismas en la forma y con los requisitos que establezcan las disposiciones que regulen la materia".

d) En ninguna parte la Ley 109 de 1985 contempla estímulo especial para el inversionista extranjero; sin embargo el artículo 25 del Decreto 1471 de 1986 dice "que las inversiones de capital extranjero en las zonas francas gozarán de la libre repatriación de utilidades".

e) "En su totalidad el Decreto 1471 de 1986 viola la Ley 6ª de 1971 cuyo mandato dice desarrollar", pues ésta "ordena el desarrollo de la materia aduanera en general, es decir, la revisión de la legislación aduanera vigente, y el decreto se refiere a aspectos varios diferentes como comercio exterior, capitales, cambios, tributos, etc.". Además, el Decreto 1471 no podía desarrollar la Ley 109/85 en materia aduanera "en razón de que ella, en este aspecto apenas anuncia que el Congreso fijará normas marco sobre ese asunto y si no se ha hecho esto mal podría el Gobierno desarrollar lo que aún no existe".

## 2º Del Decreto 1472.

Dictado en uso de las facultades que el ordinal 22 del artículo 120 de la Carta le otorga al presidente de la República, con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 y las Leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983. Según la demanda:

a) La Ley 6ª de 1971 "de ninguna manera fija pautas para que el Gobierno reglamente un régimen aduanero especial para zonas francas", sino que dictó normas generales a las cuales debía sujetarse el Gobierno para "modificar aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas". El artículo 3º (invocado por el decreto 1471) "establece la obligación de consultar ciertos esquemas al mismo mencionados, al momento de introducir modificaciones al régimen de aduanas". Aduce la demanda que fue así como expidió el Decreto 2666 de 1984 "consagrando un nuevo estatuto aduanero". En consecuencia, el Decreto 1472 de 1986 no tiene respaldo constitucional por cuanto se agotó el mandato legal de la Ley 6ª de 1971 y no se expidió la ley marco especial para zonas francas.

b) La Ley 67 de 1979 es una ley marco sobre Comercialización Internacional y Fomento del Comercio Exterior; es una ley que fija los criterios para que el Gobierno “conceda incentivos especiales a sociedades que tengan por objeto la comercialización de productos colombianos en el exterior”; pero el Decreto 1472 en lugar de desarrollar la facultad de conceder dichos incentivos, se dedicó a modificar el “Régimen Aduanero” consagrado en el Decreto 2666 de 1984.

c) La Ley 49 de 1981 no fija pautas generales o marcos para revisar la legislación aduanera, por lo cual, se afirma en la demanda, es una cita para revestir de aparente legalidad el acto (Decreto 1472), “sin que en el fondo exista una vinculación causal entre las materias tratadas”.

d) La Ley 48 de 1983 “nada tiene que ver con el Régimen Aduanero a que se refiere el Decreto 1472”, es una ley marco para el Comercio Exterior en general, y sólo en su artículo 7º se refiere a las pautas que en dicha materia debe seguirse en las zonas francas, pero, se dice en la demanda, el Decreto 1472 se dedicó fue a modificar el “Régimen Aduanero” consagrado en el Decreto 2666 de 1984.

Se alega, por último, que el Decreto 1472 de 1986 viola el artículo 10 de la Ley 109 de 1985 “ya que esta norma ordena que dentro de las áreas delimitadas por los estatutos orgánicos de las zonas francas se aplicará una normatividad especial en materia aduanera, cambiaria y de comercio exterior *de conformidad con las normas que desarrollen las leyes marco sobre la materia...* ya que si el legislador hubiera querido significar que tales leyes marco sobre esas materias ya existían hubiera usado la expresión *desarrollan*”.

#### *Alegatos:*

#### Ministerio de Desarrollo Económico.

“Las pretensiones de nulidad que han sido formuladas se dirigen a obtener la declaratoria jurisdiccional de invalidación de la totalidad del articulado de los Decretos números 1471 y 1472 de 6 de mayo de 1986, expedidos por el señor Presidente de la República, el primero de los cuales desarrolla la Ley 109 de 1985 y el segundo modifica el Decreto 2666 de 1984.

“.....

“El concepto de ley-cuadro, introducido en nuestras instituciones constitucionales a partir de la reforma de 1968, es una clara manifestación de la influencia del derecho francés

en la organización del Estado colombiano y, en particular, de las órbitas funcionales del Congreso y del Presidente de la República en materia legislativa y reglamentaria”.

“Agrega que desde 1948 en Francia se abrieron paso dos mecanismos que suponía la delegación del poder legislativo.

“De una parte la técnica de la ley-cuadro (Ley 17 de agosto de 1948), según la cual el Parlamento sólo dicta los principios generales de una reforma, para que los detalles de aplicación sean establecidos mediante decreto...

“De otra, el procedimiento de la extensión del poder reglamentario (la misma ley citada), a partir de la idea de una distribución o reparto de materias entre la ley y el reglamento... Cuando el Parlamento, por lo tanto, define que determinados asuntos o materias entran en el campo del poder reglamentario, ello significa que el Gobierno está autorizado para intervenir en ellos mediante decretos que tienen la virtud de modificar la legislación preexistente.

“El proceso de transformación del principio tradicional de relación entre la ley y el reglamento concluye, finalmente, con la adopción de la reforma política de 1958 que instaura la V República Francesa. Los constituyentes reconocen que el Parlamento no está en capacidad de asumir la totalidad de la obra legislativa, sobre todo en aquellos campos de orden técnico y complejo como el económico y, para ese efecto, decide introducir un nuevo criterio distintivo entre ley y reglamento.

“La Constitución de 1958 conserva el criterio orgánico y formal, según el cual es ley todo acto votado por el Parlamento y luego sancionado por el Ejecutivo, pero le agrega el criterio material. Es decir, que la ley va a ser definida tanto por su autor (el Parlamento) como por su contenido. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la V República Francesa limita a ciertas y específicas materias el campo reservado al órgano legislativo”.

Añade que la norma mencionada no solamente hace esa reserva legislativa, sino que distingue dos grandes tipos de materias, así: aquellas en que el Parlamento interviene normativamente en forma exclusiva y excluyente, y aquellas en que paralelamente instituye al Gobierno como titular de una capacidad reglamentaria amplia sobre todas aquellas materias distintas a las reservadas al Parlamento. Y

cita el artículo 37 de la Constitución de 1958, que dice: "Todas las materias distintas de las pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario".

"Y concluye la síntesis del derecho público francés, así:

"Pero, como las leyes que pueden expedir el Parlamento son de dos tipos, esa potestad reglamentaria es diferente según la clase de leyes: si se trata de aquellas leyes por medio de las cuales el parlamento puede fijar reglas sobre ciertas materias, la capacidad reglamentaria para su aplicación o ejecución es más o menos amplia, según el legislador haya entrado en menor o mayor grado a los detalles de la normatividad. Por el contrario, si es el caso de leyes que determinan los principios fundamentales que deben regir en una materia dada (leyes-cuadro), la competencia reglamentaria es no solamente absolutamente indispensable sino necesariamente más amplia".

Continúa diciendo que, mientras en Francia el Ejecutivo tiene una capacidad reglamentaria equivalente a la ley, sobre todas aquellas materias no reservadas al órgano legislativo,

"En nuestra Carta continúa el principio de que el órgano legislativo es el Congreso Nacional y sólo excepcionalmente se reconoce que el Presidente de la República es titular de función legislativa, a través de la potestad reglamentaria autónoma, en ciertas y determinadas materias".

En nuestro orden constitucional, sostiene la mencionada apoderada, también existe la institución de leyes-cuadro. Y agrega:

"En efecto, al hablar el numeral 22 del artículo 76 de que corresponde al Congreso 'dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles; tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas', se ha estimado que, en forma análoga a como ocurre en el derecho público francés, el constituyente introdujo una categoría especial de leyes en las cuales el Congreso se limita a '*dictar las normas generales* sobre las materias señaladas en el numeral 22 del artículo 76, dejando al Ejecutivo la competencia para desarrollarlas reglamentariamente, a partir de esas normas generales y respetándolas. Esas leyes, serían nuestras leyes-cuadro'.

"....."

"Existe la potestad reglamentaria ordinaria o normal, que se ejerce sobre las leyes expedidas por el Congreso para

garantizar su debido cumplimiento y ejecución, cuyo fundamento es el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución.

“Respecto de precisas y determinadas materias mencionadas en el artículo 120 de la Carta (numerales 12 y 14) se ejerce la potestad reglamentaria autónoma, también llamada constitucional.

“Finalmente, en relación con las leyes-cuadro (num. 22 del art. 76) existe facultad reglamentaria sobre las materias a que ellas se refieren, con sujeción a sus pautas o reglas generales (num. 22 del art. 120).

“ .....

“Las leyes orgánicas, también denominadas normativas, son aquellas que desarrollan preceptos constitucionales de tipo orgánico o funcional, que para su plena operancia requieren necesariamente del estatuto legal, mientras que las leyes cuadros son las que fijan pautas a la acción reglamentaria del gobierno y requieren ser adoptadas a iniciativa del Ejecutivo...

“Conforme a lo dicho, las leyes-cuadro del artículo 76 numeral 22 lo son porque su iniciativa está restringida al Ejecutivo y porque representan límites a la potestad reglamentaria del Presidente de la República... ordenan que nada puede reglamentar el Ejecutivo en las respectivas materias sin el derrotero previo y claro de la ley, así sea ésta por lo menos un marco en el que se señalan las pautas o ‘normas generales...’ de lo que se trata es simplemente de obligar al Congreso a fijar al menos las reglas generales para que el Presidente de la República pueda desarrollar reglamentariamente y en forma más o menos amplia esas actividades.

“ .....

“En la hipótesis de que el Congreso al expedir las leyes-cuadro de que trata el artículo 76 numeral 22, se haya ceñido estrictamente a él y, por lo tanto, se haya limitado a la fijación de ‘normas generales’ es forzoso concluir, conforme a la Constitución, que la potestad reglamentaria del Presidente de la República respecto de ellas es necesariamente más amplia que la que ordinariamente ejerce con fundamento en el numeral 3º del artículo 120. Este y no otro tiene que ser el entendimiento, sobre todo si se tiene en cuenta que explícitamente y en forma especial el numeral 22 del artículo 120,

le confía la función de 'organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76'. Si la potestad reglamentaria fuera exactamente la misma que se predica de cualquier ley, el constituyente no habría introducido el numeral citado, sino que habría considerado suficiente la facultad reglamentaria general del numeral 3º del artículo 120".

Afirma que las leyes-cuadro tienen, como todas las leyes, vigencia permanente mientras no sean reformadas, modificadas o derogadas por nuevas disposiciones del mismo carácter, lo cual significa la permanencia de la potestad reglamentaria durante el tiempo que estén vigentes "pues el ejecutivo debe estar en aptitud de variar las reglamentaciones dictadas para ajustarlas a las nuevas condiciones que se produzcan a lo largo de la vida de la ley".

La apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico, bajo el capítulo "La Naturaleza del Estatuto de las Zonas Francas", expone que la Ley 109 de 1985 (art. 10) ordenó que en las Zonas Francas "se aplicara una normatividad especial en materia aduanera, cambiaria y de comercio exterior, constituida por las normas que desarrollen las leyes-marco sobre tales materias y por las disposiciones expedidas por el Gobierno Nacional". Y agrega: "Hay, pues, una remisión directa a las leyes-cuadro en materia aduanera, cambiaria y de comercio exterior, y a las reglamentaciones que con base en ellas se dicten para desarrollarlas, como régimen jurídico aplicable en las áreas de jurisdicción de la zona franca".

La Ley 109 de 1985, continúa la apoderada, dictó "normas generales" sobre el régimen de comercio exterior y de libertad cambiaria en las zonas francas (arts. 13 y 14); no así en materia aduanera, pero con la referencia expresa (art. 10) "a que también en esa materia la normatividad aplicable en las áreas de las zonas francas debe ser la derivada de las leyes-cuadro", lo cual "abre la posibilidad para el ejercicio de una potestad reglamentaria especial por parte del Presidente de la República... el legislador ha hecho uso de la competencia establecida en el numeral 22 del artículo 76".

Finalmente, en este punto, en el conjunto del articulado de la Ley 109 de 1985, dice la apoderada, es posible señalar otras disposiciones legales ordinarias relacionadas con el funcionamiento de las zonas francas, por ejemplo, las que establecen exenciones o incentivos tributarios (arts. 15, 16 y 18), tarifas portuarias, etc., respecto de las cuales el Presidente de la República puede ejercer la potestad reglamentaria ordinaria de las leyes, consagradas en el numeral 3 del artículo 120 de la Carta.

En cuanto a las pautas generales de la Ley 109 de 1985, fijadas en su artículo 13, y a las cuales debe someterse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior, afirma la nombrada apoderada que esas pautas tienen íntima relación con la materia aduanera, así sea indirectamente, puesto que necesariamente tienen que ver con el tráfico de "mercancías entre las zonas francas y el resto del territorio aduanero, y con el que debe existir entre las zonas francas y los mercados internacionales"; siendo importante advertir que tales pautas generales sobre comercio exterior "no implica que hayan dejado de regir otras sobre la misma materia dictadas mediante leyes diferentes". Y explica que a partir de esas "pautas generales" el Decreto 1471 de 1986 dispuso regulaciones que encuadran dentro de ellas, así:

Los primeros 5 capítulos del decreto (arts. 1 a 22), y el artículo 68 sobre reversión de inmuebles, se ocupan del régimen de contratación con los usuarios de las zonas francas, y el régimen de contratación atiende a los objetivos y características propias de tales zonas francas.

En el capítulo octavo se regula esencialmente todo lo relativo al flujo de mercancías entre la zona franca industrial y el resto del territorio aduanero y viceversa, disposiciones éstas que "se acompañan plenamente con las pautas del artículo 13 de la Ley 109 de 1985...", pues tales disposiciones "representan condiciones que permiten a los usuarios competir con eficiencia en los mercados internacionales". Y sostienen, además, que estas normas no son violatorias del artículo 2º de la Ley 109, pues el objeto de las zonas francas (promover el comercio exterior, generar empleo y divisas, y servir de polos de desarrollo industrial de las regiones) se satisface con las pautas trazadas por dicha ley; pautas éstas que armonizan en las normas del Capítulo XII del Decreto 1471 de 1986.

En cuanto a la normatividad en materia de régimen cambiario y aduanero, en primer lugar. "Las normas propias de ley-cuadro que contiene la Ley 109 de 1985 se limitan a señalar que, se debe facilitar a los usuarios de zonas francas industriales, tanto la posesión y negociación de divisas dentro de la jurisdicción de la respectiva zona franca, como sistemas de contabilidad en monedas diferentes de la colombiana", y, en segundo término, a pesar de que la Ley 109 de 1985 no contenga "pautas generales" sobre régimen aduanero, las normas contempladas sobre esta materia en el Decreto 1471 de 1986 no contrarían las "normas generales" ya existentes en leyes cuadro vigentes, ni los criterios indirectos o implícitos de la citada ley.

Como corolario sobre la juridicidad del Decreto 1471 de 1986, dice la apoderada de la Nación que éste tiene base suficiente "por haber sido dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria especial del numeral 22 del artículo 120 de la Carta... y por contener también disposiciones que son expresión de la potestad reglamentaria ordina-

ria del numeral 3, del mismo artículo 120, que no exceden ni se oponen a las normas reglamentarias de la ley 109 de 1985. Y agrega:

“...La circunstancia de que el Decreto 1471 de 1986 contenga normas sobre comercio exterior y en cierta medida sobre régimen aduanero, justifica que se hayan mencionado la Ley 6ª de 1971 que es la ley-cuadro en materia aduanera y la Ley 48 de 1983 que es la ley-cuadro sobre comercio exterior. Lo que viciaría la validez del Decreto 1471 de 1986 sería que sus disposiciones contrariarían los preceptos de las leyes invocadas, lo cual no solamente no ha sido demostrado por el actor, sino que efectivamente no se configura”.

En cuanto a la reglamentación del Decreto 1472 de 1986 modificatoria del Estatuto o Régimen de Aduanas del Decreto 2666 de 1984, advierte que fue expedido con fundamento en el numeral 22 del artículo 120 de la Carta y con especial referencia a las pautas trazadas por las Leyes 6ª de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983, las cuales representan leyes-cuadro sobre el régimen aduanero y de comercio exterior.

Así las cosas, dice, es preciso tener en cuenta que el sistema de leyes-cuadro sobre régimen aduanero y comercio exterior, así como sobre el régimen cambiario, data de la reforma constitucional de 1968, modificaciones que hoy representan los artículos 76 y 120 numerales 22 de la Carta, lo mismo que su artículo 205. Con anterioridad, las regulaciones sobre esta materia correspondían al órgano legislativo y no “como ahora, un campo compartido por el Congreso y el Ejecutivo”.

Expresa, además, que entre los aspectos aduaneros y de comercio exterior existe una importante relación que lleva al Ejecutivo, en desarrollo de su potestad reglamentaria, a referirse simultáneamente a uno y otro campo.

El Decreto 1472 de 1986 se refiere a lo aduanero (Ley 6ª de 1971) y al régimen de comercio exterior.

La Ley 6ª de 1971 contiene dos clases de pautas:

En el artículo 1º se fijan “normas generales para las modificaciones del arancel de aduanas”.

En el artículo 3º se establecen pautas para modificar el régimen de aduanas (pautas que hacen referencia a que se deben consultar recomendaciones, esquemas, estudios, progresos alcanzados, etc.), las cuales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de la po-

testad reglamentaria especial del Presidente de la República con base en el numeral 22 del artículo 120 del Estatuto Fundamental.

El Decreto 2666 de 1984, estatuto regulador del régimen aduanero, se expidió con fundamento en el numeral 22 del artículo 120 de la Carta y con base en las pautas señaladas en la Ley 6ª de 1971; ha tenido modificaciones o adiciones contenidas en los Decretos 628, 1903, 2510 y 3312 de 1985, haciendo expresa la característica de que la potestad reglamentaria "no se agota por su ejercicio, sino que subsiste mientras continúen vigentes las pautas de las leyes-cuadro". Y agrega que el Presidente de la República consideró, una vez más, que era necesario introducir nuevas modificaciones al Decreto 2666 de 1984 "en razón de haber sido expedido el Decreto 1471 de 1986 sobre zonas francas", y termina así:

"Por tratarse de un decreto que desarrolla la ley-cuadro sobre régimen aduanero, y en cierta forma también las existentes del mismo carácter sobre comercio exterior, se invocaron expresamente las Leyes 6ª de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983, tal como lo había hecho en su momento el Decreto 2666 de 1984".

#### *Consideraciones de la Sala:*

Se cuestiona, por lo anteriormente expuesto, la legalidad de los Decretos 1471 y 1472, ambos de 1986, por medio de los cuales el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Política, resolvió lo siguiente:

a) Mediante el primero de ellos "y en desarrollo de la Ley 6ª de 1971, Ley 48 de 1983 y Ley 109 de 1985, oído el concepto del Consejo Nacional de Zonas Francas, y *Considerando*: 1. Que mediante la Ley 109 de 1985 el Congreso de la República estableció el Estatuto de Zonas Francas. 2. Que es necesario regular los aspectos de Comercio Exterior y cambios dentro de las pautas generales fijadas por los artículos 13 y 14 de la citada ley. 3. Que es necesario reglamentar las actividades industriales que pueden desarrollar los usuarios en las zonas francas, en concordancia con los términos del artículo 9º de la referida ley. 4. Que se debe otorgar a los usuarios de las zonas francas industriales los estímulos y condiciones adecuados para el desarrollo de sus actividades", procedió a desarrollar la Ley 109 y 1985. Y,

b) A través del segundo de los citados decretos "con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 y las Leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983, oído el concepto del Consejo Nacional de Zonas Francas, y *Considerando*: Que mediante la Ley 109 de 1985, se expidió un nuevo estatuto de zonas francas, norma ésta

desarrollada por el Decreto 1471 de 1986; que en consecuencia de lo anterior, se hace necesario ajustar al nuevo estatuto las disposiciones que sobre la materia contiene el Decreto 2666 de 1984", procedió a modificar este decreto.

En su orden se examinarán las acusaciones a los Decretos 1471 de 1986 y 1472 de 1986.

## I

### Decreto 1471 de 1986.

Este trata sobre: *Sección I:* de las zonas francas industriales: régimen de contratación, solicitud, contrataciones de arrendamiento de inmuebles, perfeccionamiento de la contratación, caducidad del contrato, inversión de capital extranjero, inversión de capital nacional, régimen de comercio exterior, régimen cambiario, régimen tributario. *Sección II:* De las zonas francas comerciales: Usuarios de mercancías, depósitos de mercancías en almacenes de la zona franca, ventas y remates. *Sección III. Otros:* reversión de inmuebles.

1. Como impugnación de carácter general que se formula al Decreto 1471 está la de que, dicho estatuto quebranta la Ley 6ª de 1971 que dice desarrollar, ya que ésta versa sobre la materia aduanera en general, y él contempla otros tópicos, como los de comercio exterior, capitales, cambios, tributos, etc.

Además de que tampoco el Decreto 1471 podía desarrollar la Ley 109 de 1985 en cuestiones aduaneras, en vista de que ésta anuncia que el Congreso señalará normas marco sobre el particular.

Sobre el planteamiento anterior, genérico y fragmentario, considera la Sala:

a) El Decreto 1471 de 6 de mayo de 1986 "por el cual se desarrolla la Ley 109 de 1985 fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 6ª de 1971, Ley 48 de 1983 y Ley 109 de 1985", y entre sus considerandos expresa que "es necesario regular los aspectos de comercio exterior y cambios dentro de las pautas generales fijadas por los artículos 13 y 14 de la citada ley".

Dichos artículos 13 y 14 son del siguiente tenor:

"Artículo 13. Del régimen del comercio exterior. Las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional en materia de co-

mercio exterior para las actividades desarrolladas en las zonas francas, se sujetarán a las siguientes pautas generales:

"1. Brindar a las zonas francas las condiciones necesarias para que sus usuarios puedan competir con eficiencia en los mercados internacionales.

"2. Establecer estrictos controles para evitar que los bienes almacenados y producidos en las zonas francas ingresen ilegalmente al mercado nacional sin perjuicio de las demás normas aduaneras.

"3. Determinar los procedimientos y requisitos de importación de los bienes fabricados en las zonas francas, que pueden ingresar al mercado nacional y establecer el valor agregado nacional mínimo.

"4. Facilitar la exportación de bienes del resto del territorio aduanero a las zonas francas.

"5. Dictar, teniendo en cuenta los objetivos y las características propias del mecanismo de zonas francas, normas especiales sobre contratación entre aquellas y sus usuarios.

"6. Determinar los bienes fabricados y almacenados en zonas francas que pueden introducirse al mercado nacional.

"7. Determinar los bienes que no pueden ser producidos ni almacenados en zonas francas".

"Artículo 14. Del régimen de libertad cambiaria. Con el fin de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un régimen cambiario especial para los usuarios de las zonas francas industriales con sujeción a las siguientes pautas generales:

a) Facilitar a las personas jurídicas ubicadas en las zonas francas industriales la posesión y negociación de divisas dentro de la jurisdicción de la respectiva zona franca;

b) Facilitar los sistemas de contabilidad en monedas diferentes de la colombiana a empresas establecidas en zona franca".

b) Si bien es cierto que el Decreto 1471 de 1986 se apoya en la Ley 6ª de 1971 "por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", también se basa en la Ley 48 de 1983 y la Ley 109 de 1985.

Por la Ley 48 de 1983 "se expiden normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular aspectos del comer-

cio exterior colombiano" en cuyo artículo 1º se indican las pautas generales que deberán orientar el comercio exterior, y en su artículo 7º se sientan los principios a los cuales deberán sujetarse las zonas francas, y que sirvieron de sustento para que el Gobierno Nacional dictara el Decreto 369 de 5 de febrero de 1984.

La Ley 109 de 1985 establece el estatuto de las zonas francas y comprende, entre otros, aspectos relacionados con su naturaleza jurídica (establecimientos públicos del orden nacional), su objeto, distintas clases (industriales o comerciales, o combinación de estas dos), usuarios de ellas, su régimen especial, régimen de comercio exterior, régimen de libertad cambiaria, exención de impuestos de renta y complementarios, otros incentivos tributarios, régimen bancario y crédito, exenciones para ellas, sus órganos de dirección, sanciones, su patrimonio, etc.

Es así entonces que tomados en su conjunto la Ley 6ª de 1971, la Ley 48 de 1983 y la Ley 109 de 1985, todas leyes-marco dictadas por el Congreso con fundamento en el artículo 76 numeral 22 de la Constitución se puede establecer que por las pautas, temas, y orientaciones que ellas suministran, el Gobierno Nacional en el Decreto 1471 de 1986 no hace sino reglamentarlas, es decir, desarrollarlas en ejercicio de la facultad del artículo 120, numeral 22.

Como el cuestionamiento al Decreto 1471 se hace en términos generales, no le es dable a la Sala tampoco entrar, en cuanto a la presente acusación, en particularidades que no le han sido suscitadas.

No prospera el cargo.

2. Se sostiene que el Decreto 1471 de 1986 creó una nueva noción de exportación en sus artículos 32 y 33, en armonía con el artículo 35 *ib.*, que no cabe dentro de la contenida en el artículo 1º del Decreto 2666 de 1984, proferido éste "en observancia de la ley marco como lo es la Ley 6ª de 1971".

Y ello porque, según lo dispuesto en dichos textos "ningún usuario se atreverá a introducir en la zona franca bienes que se encuentren en territorio nacional... ya que es mucho más fácil adquirirlos de terceros países" y como secuela de ello la industria nacional decrecería en su mercado y con ello se desconoce el objeto señalado en el artículo 2º de la Ley 109 de 1985.

Se observa:

En primer lugar nota la Sala que el artículo 1º del Decreto 2666 de 1984 puntualizado como infringido no está vigente porque fue a su vez modificado por el artículo 1: del Decreto 1472 de 6 de mayo de 1986 dictado por el Presidente de la República también en desarrollo de leyes marco (6ª de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981, 48 de 1983 y el

art. 120 numeral 22 de la C. N.). Luego no es posible quebrantar un texto modificado, en cuanto hace, entre otros aspectos, a las definiciones de "exportación" e "importación".

De su lado el artículo 14 del Decreto 1472 define la "exportación" como "la salida con destino a otro país o a zona franca industrial colombiana, de mercancías que hayan tenido circulación libre o restringida en el territorio aduanero colombiano". Y por "importación" entiende "la introducción de mercancía proveniente de otros países o de zona franca industrial colombiana al resto del territorio aduanero nacional".

Analizados entonces los artículos 32, 33 y 35 del Decreto 1471 cuestionado frente a la norma acabada de citar y actualmente vigente, encuentra la Sala que tampoco la desconoce por las razones que se pasan a expresar:

El Decreto 1472 en su artículo 1º suministra un concepto general de lo que se entiende por "exportación" e "importación" para fines de las zonas francas.

En cambio, los preceptos cuestionados del Decreto 1471 precisan tales fenómenos económico-jurídicos y establecen requisitos a los cuales deben sujetarse: (1) las exportaciones según se trate de bienes nacionales o extranjeros que circulen en el territorio nacional y que se quieran introducir en las zonas francas y (2) los bienes provenientes de terceros países con destino a dichas zonas, para exigir a los primeros registro del INCOMEX de exportación para zonas francas debidamente legalizado y a los segundos un permiso del gerente de la respectiva zona.

Todo ello, a juicio de la Sala, encuentra su razón de ser en el control administrativo que prevé el artículo 13 de la Ley 109 de 1985 y la diferencia de tratamiento se explica en virtud de ese mismo control, ya que es menester que sea más rígido respecto de productos nacionales y extranjeros que van a ingresar en la zona franca y que por la ficción legal de considerarse, cuando esto último ocurra, exportación o reexportación deben distinguirse sin lugar a equívocos del resto de las mercancías que siguen todavía circulando en suelo patrio y de ahí que resulte obvio el requisito del registro de INCOMEX antes mencionado.

Tal estricto control no se justifica cuando se importan bienes de otros países para introducirse en las zonas francas, pues entonces, según el ordenamiento jurídico basta su autorización de entrada por el gerente de la respectiva zona.

Todo lo anterior se desenvuelve dentro de los objetivos señalados en el artículo 2º de la Ley 109 a las zonas francas y relacionados con la promoción del comercio exterior, generación de empleos y divisas

y medio de desarrollar polos económicos industriales de las regiones donde se ubiquen.

No prospera el cargo.

3. Se sostiene en la demanda en relación con la reversión de bienes inmuebles contemplada en el artículo 68 del Decreto 1471 de 1986, que existe "vacío normativo" al respecto, porque sobre el punto existía la Ley 105 de 1958 que fue derogada por la Ley 109 de 1985 (y obviamente quedó derogado el Decreto 2240 de 1962 reglamentario de ésta).

Y que por ello el Decreto 1471 no podía contemplar un aspecto no previsto en la Ley 109 de 1985.

Se observa:

Previene el artículo 13 de la Ley 109 de 1985 en su pauta quinta, que el Gobierno Nacional al desarrollar las disposiciones en materia de comercio exterior para las actividades cumplidas en las zonas francas, dictará normas especiales sobre contratación entre las zonas francas y sus usuarios "teniendo en cuenta los objetivos y las características propias del mecanismo" de las primeras.

Es así como debe entenderse que los bienes inmuebles que se construyan en los predios de las zonas francas ("muelles, edificios y construcciones") están destinados en primerísimo lugar a servir los fines de ellas, concretados en el artículo 2º de la mencionada Ley 109: de "promover el comercio exterior, generar empleos, divisas y servir de polos de desarrollo industrial de las regiones donde se establezcan mediante la utilización de recursos humanos y naturales dentro de las condiciones especiales fijadas en la presente ley y en los decretos que las desarrollen y reglamenten. Prestarán un servicio público y no perseguirán fines de lucro".

Luego siguiendo las directrices de la susodicha pauta 5ª, se entiende que quienes construyan dentro de las zonas francas, aceptan de antemano que los inmuebles así levantados, una vez pierdan la calidad de usuarios de las mismas, adquirirán ellas el derecho de dominio sobre tales bienes, debiendo a su vez aquellos ser reembolsados de su costo como lo previene en el artículo 68 de la Ley 109.

Con ello se persigue definir la cuestión de la propiedad de tales construcciones, estableciéndose que pasan a la de las zonas francas, fuera de la dificultad, por la naturaleza de las mismas, en que sus dueños se encontrarían para llevárselas, que, en fin de cuentas, se traduciría en su destrucción o desmantelamiento, lo que le está vedado hacer en virtud del artículo 68, puesto que tales bienes inmuebles necesitan dejarse en los terrenos de las zonas, para que éstos

sigan realizando sus loables y mismas finalidades. Se justifica y explica así legalmente la norma glosada sobre reversión de inmuebles.

No prospera el cargo.

4. Repatriación de capitales respecto de inversiones de capital extranjero.

Se sostiene que tal "estímulo" se prevé en el artículo 25 del Decreto 1471 de 1986, siendo que no lo contempla la Ley 109 de 1985.

Se observa:

El capítulo VI sobre "inversión de capital extranjero" del Decreto 1471 de 1986 es el siguiente tenor:

"Artículo 23. Entiéndese por inversión de capital extranjero, la vinculación de activos generados en el exterior al capital de una persona jurídica establecida o por establecerse en zona franca, que sea efectuada por personas naturales o jurídicas del exterior.

"Artículo 24. Las inversiones extranjeras en sociedades industriales que funcionan en zona franca, podrán revestir las siguientes formas:

"a) Aportes en maquinaria y equipo.

"b) Aportes en materias primas y bienes intermedios.

"c) Aporte en divisas.

"d) Aportes en servicios técnicos y activos intangibles, cuando éstos se efectúen en empresas 100% de capital extranjero.

"e) Reinversiones provenientes de utilidades, intereses, amortización de préstamos y de capital.

"Parágrafo. Los aportes en divisas no podrán hacerse con cargo a las reservas internacionales del país.

"Artículo 25. Las inversiones de capital extranjero en las zonas francas industriales gozarán de la libre repatriación de utilidades".

No se trata de que se establezcan incentivos a favor de la inversión extranjera, sino que en el artículo 25 cuestionado se refleja el régimen cambiario especial previsto en el artículo 14 de la Ley 109 de 1985 que dice:

“Con el fin de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un régimen cambiario especial para los usuarios de las zonas francas industriales con sujeción a las siguientes pautas generales:

“a) Facilitar a las personas jurídicas en las zonas francas industriales la posesión y negociación de divisas dentro de la jurisdicción de la respectiva zona franca;

“b) Facilitar los sistemas de contabilidad en monedas diferentes de la colombiana a empresas establecidas en zona franca”.

Es así entonces, se repite, se facilita a los inversionistas extranjeros, al igual que a los nacionales, su participación en desarrollo económico del país y particularmente en las zonas francas. Y si su aportación de divisas no afecta las reservas internacionales (parágrafo del artículo 24 pretranscrito), es consecuente con ello que puedan repartir libremente sus utilidades, cual lo establece el artículo 25 glosado.

No prospera el cargo.

## II

Decreto 1472 de 6 de mayo de 1986.

1. Por él se modifica el Decreto 2666 de 1984, y lo dicta el señor Presidente de la República “en uso de las facultades constitucionales, en especial de la concedida por el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Política, con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 y las Leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983.

Sus considerandos señalan que mediante la Ley 109 se expidió un nuevo estatuto de zonas francas, norma desarrollada por el Decreto 1471 de 1986, y que en consecuencia con esto, se hace necesario ajustar al nuevo estatuto las disposiciones que sobre la materia contiene el Decreto 2666 de 1984.

Las modificaciones que el Decreto 1472 introduce al Decreto 2666 son las siguientes: El artículo 1º de éste respecto de las definiciones de las expresiones “exportación e importación” el artículo 87, numeral 7º sobre inspección a mercancías almacenadas; el artículo 88 sobre operaciones permitidas; el artículo 89 sobre base imponible para mercancías elaboradas en zonas francas; el artículo 90 sobre introducción de alimentos y elementos para el aseo; el artículo 91 sobre procesamiento parcial fuera de la zona franca; artículo 94 sobre requisitos

para la introducción de mercancías extranjeras a zonas francas; el artículo 95, párrafo; artículo 96 inciso segundo del párrafo; el artículo 97 sobre retiro definitivo de mercancías de las zonas francas, el artículo 98 sobre término para introducir las mercancías en las zonas francas, el artículo 100 sobre retiro transitorio de maquinaria y equipos, el artículo 102 sobre tratamiento de desperdicios, el artículo 103 sobre reconocimiento de mercancías, el artículo 106 sobre reembarque de mercancías, el artículo 109 sobre zonas francas con carácter transitorio.

2. Las acusaciones que se endilgan al Decreto 1472 de 1986 se sintetizan así: La reglamentación que contiene, dirigida toda ella a modificar parcialmente el Decreto 2666 de 1984, no encuentra asidero en ninguna de las leyes-marco que cita como fuente de facultades. En efecto: La Ley 6ª de 1971 (art. 3º) no regula régimen aduanero alguno; ni tampoco la Ley 67 de 1979 que es una ley marco sobre "Comercialización internacional y de Fomento de Comercio Exterior"; ni la Ley 49 de 1981, ni la Ley 48 de 1983 que es una ley marco para el Comercio Exterior en General, la cual únicamente en su artículo 7º consagra pautas que en materia aduanera deben seguir las zonas francas.

3. Fácilmente se observa de los planteamientos de impugnación anteriores, que ellos se presentan de manera genérica, tanto para sostener que *todo* el Decreto 1472 de 1986 deviene inválido, porque no se ajusta a ninguno de *todos* los ordenamientos legales que le sirven de venero jurídico para dictarse, cuáles son las leyes cuadros que sucesivamente se mencionaron en el acápite 2 anterior.

Luego existe una primera dificultad para emprender el estudio de *cotejo* entre el acto acusado y los estatutos legales citados como violados, porque no es dable efectuar aquél frente a tanta generalidad.

Mas de todos modos téngase en cuenta que en el considerando del Decreto 1472 se expresa, que como se dictó la Ley 109 de 1985 que contempla un nuevo estatuto de zonas francas, a través de él se persigue conformar a dicha ley la normatividad al respecto del Decreto 2666 de 1984, anterior a ella.

Luego se desprende fácilmente de ello que el mismo Decreto 1472 se expide por el Presidente de la República, en primer lugar con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 120 numeral 22 de la Constitución Nacional para regular la materia de cambios internacionales, comercio exterior y particularmente el régimen de aduanas (dentro del cual se incluyen las zonas francas) para lo cual contará con las leyes cuadros que dicte el Congreso con base en el artículo 76 numeral 22. Estas leyes según el Decreto 1472 son las que enumera en su encabezamiento y de las cuales se dio cuenta anteriormente.

Y también dicho decreto, por propia manifestación de su parte motiva, es un desarrollo de la Ley marco 109 de 12 de diciembre de 1985 especialmente concerniente a las zonas francas y se expide con

el propósito especial de actualizar el Decreto 2666 de 1984, que es el actual estatuto de aduanas, en cuanto hace a las zonas francas de la Ley 109.

Entonces, desde el punto de vista de la técnica jurídica, el Decreto 1472 acusado halla su asidero constitucional en los artículos 120 numeral 12 y 76 numeral 24 de la Carta y en las leyes marco que enumera como fuente, y además y especialmente en la Ley 109 de 1985.

Dicho decreto no ha sido impugnado frente a esta última, así que continúa amparándolo.

No prospera el cargo.

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

*Falla:*

Denegar la declaratoria de nulidad de los Decretos 1471 y 1472 emitidos por el Presidente de la República el 6 de mayo de 1986, por medio de los cuales respectivamente “se desarrolla la Ley 109 de 1985” y “se modifica el Decreto 2666 de octubre de 1984”.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha de doce (12) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## ENCARGO

*Se fija como duración máxima del encargo un plazo de tres meses, en caso de vacante definitiva, vencido el cual no se adquiere la titularidad, sino que, por el contrario, el encargado "cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales".*

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

*Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.*

*Referencia: Expediente número 936. Actora: Martha Valderrama de Yepes. Decretos del Gobierno.*

La señora Martha Valderrama de Yepes, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó al Consejo de Estado hacer en sentencia definitiva las siguientes

### *Declaraciones:*

*"Primera.* Que es nulo el Decreto número 3134 de noviembre 4 de 1982 expedido por el señor presidente de la República mediante el cual se designa reemplazo a mi poderdante y por ende, se le remueve del cargo de directora general de la Seguridad Social, decreto comunicado a mi mandante mediante oficio de noviembre 10 de 1982 suscrito por el secretario general del Ministerio de Trabajo, entregado por éste personalmente a la demandante el día 15 de noviembre de 1982.

*"Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior se reintegre o reinstale a mi poderdante en el cargo de directora general de la Seguridad Social, el cual desempeñaba hasta cuando fue ilegalmente removida, o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

*“Tercera.* Que igualmente se disponga que la doctora Martha Valderrama de Yepes, o quien sus derechos represente, tiene derecho a que por la —*Nación Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*—, por conducto de la oficina pagadora correspondiente, se le paguen todos los sueldos, primas, vacaciones, aumentos, bonificaciones, gastos de representación y demás prestaciones sociales dejados de percibir a partir de la fecha en que se le removió del cargo de directora general de la Seguridad Social y hasta que se le reintegre o reinstale en el mismo legalmente.

*“Cuarta.* Que igualmente se declare que para todos los efectos legales relacionados con prestaciones sociales, no habrá solución de continuidad en la prestación de servicios de mi poderdante como directora general de la Seguridad Social, a partir de la fecha de su remoción de dicho cargo y hasta que sea reintegrada o reinstalada en forma legal.

*“Quinta.* Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C. C. A.”.

La demanda se fundamenta en los siguientes

#### *Hechos:*

“1. La doctora Martha Valderrama de Yepes ha venido prestando sus servicios al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por espacio de varios años, destacándose siempre por su gran eficacia y extraordinaria versación de los diversos asuntos a cargo de dicho Ministerio.

“2. Al quedar vacante en forma definitiva el cargo de director general de la Seguridad Social, fue nombrada por el Gobierno Nacional la doctora Martha Valderrama de Yepes, en calidad de encargada, mediante decreto de noviembre de 1982, habiendo recibido posesión del precitado cargo en el mes de noviembre del mismo año.

“3. Mi mandante desempeñó el cargo de directora general de Seguridad Social durante un año aproximadamente, no simplemente en calidad de encargada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 inciso 2º del Decreto 2400 de 1968, en armonía con el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973.

“4. Mediante Decreto 3114 de noviembre 4 de 1982, el Gobierno Nacional procedió a reemplazar a mi poderdante en el cargo que venía desempeñando, y por ende, la removió del mismo sin que mediara ninguno de los casos taxativamente

te previstos en el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, que modificó el artículo 25 del Decreto 2400 del mismo año.

“5. El secretario general del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante oficio sin número de noviembre 10 de 1982, entregado por él personalmente a la actora el 15 del mismo mes, comunicó a la doctora Valderrama que mediante Decreto 3134 había sido nombrado el doctor Rafael Antonio Bohórquez Córdoba director general de la Seguridad Social, en reemplazo de mi poderdante.

“Al removerla ilegalmente del cargo por el acto administrativo acusado, el Ministerio le informa a la doctora Valderrama que le agradece su colaboración ‘durante el tiempo que permaneció encargada de dicha dirección’”.

Como disposiciones violadas se citan: artículos 2, 17 y 30 de la C. N.; artículo 23 del Decreto 2400 de 1968; artículo 35 del Decreto 1950 de 1973; artículo 1º del Decreto 3074 de 1968.

El concepto de la violación en cuanto a las normas constitucionales invocadas se refiere a que hubo exceso en el ejercicio de las facultades de que está investida la autoridad nominadora y por tanto no se brindó protección al trabajo, vulnerándose el derecho adquirido de la trabajadora a ser removida solamente por las causales y los procedimientos determinados expresamente en normas legales y reglamentarias.

En cuanto a los artículos 23 del Decreto 2400 de 1968 y 35 del Decreto 1950 de 1973 se sostiene en el libelo, que habiendo puesto dichas normas un límite de tres meses a la duración del encargo, al sobrepasarlo se adquiere la titularidad en el empleo. Y que siendo ello así, a pesar de no estar la actora protegida por escalafón en la carrera, sólo podía ser removida por declaratoria de insubsistencia o renuncia regularmente aceptada, y no como se hizo, nombrando otra persona en su reemplazo después de un (1) año de normal ejercicio del cargo, desmejorándola en sus condiciones de trabajo, ya que no se le designó en un cargo de igual categoría al de director general, sino en uno inferior, con desmedro del status por ella adquirido, de la remuneración que venía percibiendo, de la trascendencia de sus funciones, etc.

Reconstruido el proceso mediante auto de 13 de mayo de 1987, quedó en estado de correr traslado al fiscal para concepto.

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado opina que las súplicas de la demanda no deben prosperar.

Para decidir se

*Considera:*

El asunto *sub judice* consiste en dilucidar si el desplazamiento de que fue objeto la demandante, del cargo de directora general de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ocurrido por razón del nombramiento que para ese empleo se hizo al doctor Rafael Antonio Bohórquez mediante Decreto 3143 de 4 de noviembre de 1982, se ajustaba o no a derecho.

Para mayor claridad, se hace un resumen de la situación fáctica así:

La doctora Martha Valderrama Ríos, quien venía laborando en el Ministerio en el cargo de jefe de sección 2075, grado 05 de la Sección de Negociación Colectiva de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, fue encargada mediante Decreto 3081 de 5 de noviembre de 1981 de la Dirección General de la Seguridad Social, en reemplazo del doctor Augusto Duque Escobar, quien no aceptó este cargo, y mientras se designaba nuevo titular.

En dicho cargo permaneció, desde el 10 de noviembre de 1981, hasta el 16 de noviembre de 1982, según certificación que obra a folio 36.

A causa del acto acusado, por el cual se nombró a otra persona para ocupar el empleo que venía desempeñando como encargada, volvió al anterior, es decir, al de jefe de sección, grado 05 de la Sección de Negociación Colectiva, con menor categoría y sueldo.

Estima la Sala que al expedir el decreto designando al titular del cargo de director general de Seguridad Social no se quebrantó ninguna de las disposiciones mencionadas en la demanda y por el contrario, se puso fin a una situación irregular y contraria a los artículos 23 del Decreto 2400 de 1968 y 35 del Decreto 1950 de 1973.

En efecto, estos dos artículos rigen la situación administrativa del encargo, que puede conferirse a un empleado que desempeña otras funciones cuando quiera que se presenta ausencia temporal o definitiva del titular.

Esta reglamentación señala como duración máxima del encargo un plazo de tres meses, en caso de vacante definitiva vencido el cual, no se adquiere como se sostiene en el libelo, la titularidad, sino que, por el contrario, el encargado "cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales", al tenor de lo dispuesto por el artículo 23, del Decreto 2400 de 1968.

La administración ciertamente infringió esta norma por su negligencia en proveer el empleo en propiedad y auspiciar que el encargo sobrepasara los límites de tiempo señalados; más no en desmedro de

los intereses de la demandante sino más bien en su favor, al permitirle por más tiempo del debido ejercer el encargo, con mayor categoría y remuneración de la que correspondía al empleo del cual era titular.

Por manera que, cuando finalmente expidió el acto nombrando a quien debía desempeñar el cargo de director general de Seguridad Social en propiedad, lejos de quebrantar el ordenamiento legal, puso fin a la situación irregular aludida y obviabente al cesar el encargo, la doctora Valderrama volvía al empleo cuya titularidad ostentaba en el Ministerio.

El error de la demandante consiste en creer que el transcurso del tiempo tenía la virtud de tornar el encargo en un nombramiento en propiedad, lo cual no tiene fundamento en ninguna de las disposiciones invocadas como violadas.

En este orden de ideas es preciso concluir, que ningún derecho legalmente reconocido le fue lesionado a la doctora Valderrama al volver, por virtud del acto acusado, a ejercer las funciones que venía desempeñando en el Ministerio antes de ser encargada de la Dirección General de Seguridad Social.

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

*Falla:*

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día siete (7) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

## AMNISTIA TRIBUTARIA

*No habiendo la ley establecido que el contribuyente sólo podrá acogerse a la amnistía tributaria al formular oportunamente su denuncia rentístico por 1986, es lógico concluir que también lo puede hacer cuando se haga en forma extemporánea o con ocasión de la corrección en la oportunidad legal establecida en la norma demandada.*

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

*Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn.*

*Referencia: Expediente número 2015. Actor: Mauricio Alfredo Plazas Vega. Autoridades nacionales. Nulidad del artículo 1º del Decreto reglamentario número 260 de febrero 6 de 1987, del Gobierno Nacional. Fallo.*

El ciudadano Mauricio Plazas Vega, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.301.289 de Bogotá, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., pide al Consejo de Estado decretar la nulidad del artículo 1º del Decreto reglamentario número 260 de 6 de febrero de 1987, en la parte del primer inciso que dice: "O con ocasión de la corrección de que trata el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, relativa al mismo año gravable".

El texto completo de la norma acusada, tiene el siguiente tenor literal:

*"Artículo primero. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que hubieren omitido activos o declarado pasivos inexistentes, podrán incluir los primeros y prescindir de los segundos, en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986, o con ocasión de la corrección de que trata el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, relativa al mismo año gravable".*

"El aumento patrimonial que se registre por tales conceptos no ocasionará sanciones ni podrá ser objeto de investigaciones, de requerimiento especial, ni de liquidación de re-

visión o de aforo, según el caso, por los períodos fiscales de 1986 y anteriores, en lo concerniente a los bienes objeto de la amnistía y a los ingresos que dieron origen a tales bienes”.

“El mayor valor del patrimonio originado por la amnistía de que trata el presente artículo, en las sociedades nacionales, se considera como superávit por utilidades retenidas correspondientes a años anteriores a 1986; en consecuencia, su reparto no constituye renta ni ganancia ocasional para el respectivo socio, accionista o asociado”.

“Para que los contribuyentes tengan derecho a la amnistía consagrada en este artículo, se requiere que la renta gravable declarada por el año de 1986 no sea inferior a la denuncia por el período fiscal de 1985, salvo que no se hubiere presentado declaración de renta por este año, en cuyo caso podrán solicitar la amnistía sin el cumplimiento de este requisito”.

“*Parágrafo.* La amnistía de que trata este artículo no podrá ser causal de nulidad, revocación o invalidez de los procesos con respecto a los cuales se hubiere notificado requerimiento especial con anterioridad al 24 de diciembre de 1986”.

Relata el actor, que la Ley 75 de 1986 en los artículos 50 a 62, consagró varias amnistías tributarias, refiriéndose en el 50 a la amnistía patrimonial que fue reglamentada en el artículo 1º del Decreto 260 de 1987, para que los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios pudieran incluir o excluir en la declaración de 1986, los activos omitidos o los pasivos inexistentes por años anteriores.

Agrega que el artículo 50 antes citado, autorizó a los contribuyentes que se acogieran a la amnistía para incluir los activos omitidos o excluir los pasivos inexistentes en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986, sin limitar los efectos de la amnistía a las declaraciones tributarias presentadas oportunamente ni las correcciones presentadas dentro del término de dos meses previsto en el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983 —derogado en forma expresa por el artículo 154 del Decreto-ley 154 de 1987—, estableció que la modificación sólo se podrá hacer “dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para declarar”, pero que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, dispuso que los contribuyentes podrían “aumentar el saldo a su cargo o disminuir el saldo a su favor, determinado en su declaración tributaria, después de vencido el plazo para declarar y antes de que se practique requerimiento, citación o auto que ordene inspección ocular”, agregando una sanción equivalente al 20%.

Acusa el artículo 1º del Decreto reglamentario 260 de 1987 de violar en forma directa los artículos 2º, 55 y 120 numeral 3º de la Constitución Nacional y 50 de la Ley 75 de 1986, regulando situaciones contempladas en la citada ley, excediendo la facultad reglamentaria, al

imponer una condición no contemplada en el artículo 50 antes mencionado, agregando que mientras el artículo 50 de la Ley 75 de 1987 establece que la amnistía tributaria puede materializarse en la declaración tributaria correspondiente al año gravable de 1986, sin agregar ninguna condición adicional de oportunidad en su presentación o corrección, como sí lo hace el artículo 1º del Decreto 260 de 1987 al permitirla sólo en la oportunidad para corregir prevista en el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, y finaliza diciendo que el artículo demandado viola directamente el artículo 50 de la Ley 75 de 1986 e indirectamente el numeral 3º del artículo 120 de la Carta en cuanto en este se prevé la delimitación del reglamento frente a la ley; del artículo 55 *ibidem*, por cuanto el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria quebranta la separación de funciones de las ramas del poder público; y el artículo 2º de la Carta, porque el ejercicio de la facultad reglamentaria en exceso comporta ejercicio del poder público al margen de la previsión constitucional.

La Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a la demanda, sin embargo al concluir su memorial, expresa que "la información para hacerse acreedora a la amnistía patrimonial debe ser presentada en cualquiera de estos momentos:

- "a) Con la declaración tributaria oportunamente presentada;
- "b) Con la declaración tributaria presentada extemporáneamente; y,
- "c) Con la declaración tributaria que corrige la anterior, presentada dentro de los (2) meses siguientes al vencimiento del plazo legal para declarar".

El Ministerio Público representado en la señora Fiscal Sexta de la Corporación comparte el criterio expuesto por el señor apoderado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, expresando que conforme al artículo 50 de la Ley 75 de 1986, la declaración de renta, criterio que es general, puede ser hecha en el término señalado y también extemporáneamente pudiéndose acoger a la amnistía patrimonial en cualquiera de los dos eventos y que el reglamento sólo hizo agregar que también podía hacerse en la oportunidad de la corrección o adición de ella hecha en virtud del artículo 71 de la Ley 9ª de 1983.

*Se considera:*

El artículo 50 de la Ley 75 de 1986, tiene el siguiente tenor literal:

"Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que hubieren omitidos activos o declarado pa-

sivos inexistentes, podrán incluir los primeros y prescindir de los segundos en su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1986”.

“El aumento patrimonial que se registre por tales conceptos, no ocasionará sanciones ni podrá ser objeto de investigaciones, de requerimiento especial, ni de liquidación de revisión o aforo, según el caso por los períodos fiscales de 1986 y anteriores en lo concerniente a los bienes objeto de la amnistía y a los ingresos que dieron origen a tales bienes”.

“Para que los contribuyentes tengan derecho a la amnistía consagrada en este artículo, se requiere que la renta gravable declarada por el año de 1986 no sea inferior a la denunciada por el período de 1985, salvo que no se hubiere presentado declaración por este año”.

“*Parágrafo.* La amnistía de que trata este artículo no podrá ser causal de nulidad, revocación o invalidez de los procesos con respecto a los cuales se hubiere notificado requerimiento especial con anterioridad a la vigencia de esta ley”.

Como puede verse de la transcripción íntegra del artículo 50 de la Ley 75 de 1986, no precisa que el contribuyente sólo puede acogerse a la amnistía en la declaración tributaria presentada oportunamente, por lo cual ha de entenderse que también cuando el denunciado rentístico correspondiente al año fiscal de 1986, se hace extemporáneamente, y, desde luego, con ocasión de la corrección de la misma fecha en el término señalado en el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983, es decir “dentro de los dos meses siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar”.

Así las cosas, la expresión demandada no es contraria a la ley, sino que puede considerársele como aclaratoria, ya que no habiendo la Ley 75 de 1986, establecido que el contribuyente sólo podrá acogerse a la amnistía tributaria al formular oportunamente su denunciado rentístico por 1986, es lógico concluir que también lo puede hacer cuando se haga en forma extemporánea o con ocasión de la corrección en la oportunidad legal establecida en el artículo 71 de la Ley 9ª de 1983.

No siendo contrario a la ley, la expresión cuya nulidad se pide, se debe denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

*Niéganse las súplicas de la demanda.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Archívese el expediente.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**ESTATUTO PENAL ADUANERO/CESACION DE PROCEDIMIENTO/COMPETENCIA**

*La expresión contenida en el artículo 83-1 del Estatuto Penal Aduanero "a partir del momento en que la autoridad competente conociere", se refiere al momento a partir del cual la autoridad falladora avoca el conocimiento del hecho punible, asunto del cual "conoce" para proferir un fallo, bien sea éste de primera o única instancia; pues el vocablo "conoce", empleado por la ley, hace referencia, o es atinente, a la autoridad que tiene competencia para tomar una decisión falladora.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Referencia: Proceso número 679. Demandante: María Hilda Correal Torres.*

La demandante de la referencia, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del Decreto número 1201 de 1987 (junio 30), por medio del cual el presidente de la República "en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política", reglamentó disposiciones del Decreto-ley 0051 de 1987 (Estatuto Penal Aduanero).

*Acto demandado:*

Consta de dos artículos que son del siguiente tenor:

*"Artículo 1º. Para efectos de las normas transitorias de que trata el Título IX del Decreto-ley 0051 de 1987, se entenderá por autoridad competente el juez a quien corresponda proferir sentencia de primera o única instancia (subraya la Sala).*

*"Artículo 2º. Este decreto rige a partir de 1º de julio de 1987".*

*La demanda:*

Recuerda la demandante que el artículo 83, ubicado después del referido Título IX, autoriza a los jueces superiores de Aduana y de Distrito Penal Aduanero para ordenar la *cesación de todo procedimiento* en favor de los sindicados, de conformidad con lo ordenado a través de sus cinco casos e igual número de párrafos. Y hace la transcripción del primero de dichos casos, que dice así:

“1. Cuando transcurridos más de veinticuatro (24) meses después de la realización del hecho punible, no se hubiere calificado definitivamente la actuación, el término se contará a partir del momento en que la *autoridad competente* conociere de la realización del hecho” (subraya la Sala).

Agrega la demandante que el anterior es el único caso en que se acude al término de “*autoridad competente*”, y que al momento de presentarse éste “el sumario se encuentra en manos de los jueces de instrucción”. Que solamente en el caso 4º “puede consolidarse la situación jurídica en el transcurso del juicio, cuando el expediente se halla en manos del Juez Superior de Aduanas o del Juez del Distrito Penal Aduanero, que son los indicados para proferir sentencia”, evento éste que es del siguiente tenor:

“4. Cuando hubieren transcurrido más de doce (12) meses, a partir de la ejecutoria de la sentencia de la acusación correspondiente, o de su aceptación o del auto de llamamiento a juicio, sin que hubiere dictado sentencia de primera instancia”.

Por las anteriores consideraciones, la demandante concluye en que siendo el anterior el único caso en que el expediente está en manos del juez competente, no podía el acto acusado o Decreto 1201 de 1987 ordenar que la expresión “*autoridad competente*” (empleada en el caso número 1) corresponde al juez competente para proferir sentencia de primera o única instancia. Pues, aclara la demandante, la susodicha expresión “*autoridad competente*” empleada, se repite, en el caso número 1, se refiere es a la *autoridad competente para conocer de la realización del hecho*, pero no se refiere a la *autoridad competente para proferir sentencia de primera o única instancia*. Y que la *autoridad competente para conocer de la realización del hecho* está conformada por el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial Aduanera (director general de Aduanas, administradores de aduanas, comandantes y agentes del Resguardo Nacional de Aduanas), y por los jueces de instrucción (penal aduanera, penales municipales y promiscuos y de instrucción criminal). La demandante concluye, sobre este punto, en la siguiente forma:

“Es de advertir que la acción penal se promueve por conocimiento directo de cualquier autoridad, o por denuncia

de todo habitante de territorio colombiano mayor de 16 años, como señala el artículo 19 del C. de P. P., que en el inciso segundo enseña:

“El empleado oficial que por cualquier medio tenga conocimiento de un hecho punible que deba investigar de oficio, iniciará sin tardanza la investigación, si fuere competente para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente”.

Y continúa la demandante, así:

“Empleado oficial competente y autoridad competente, son los genéricos términos utilizados en esta norma, que coinciden con los del Estatuto Penal Aduanero, sin que a nadie se le haya ocurrido discernir que están ambiguamente usados y que deben ser reglamentados.

“Y no necesita de reglamento, pues, como se vio, hay autoridades de Policía Judicial competentes para recibir la denuncia y adelantar las pesquisas inmediatas; hay jueces de instrucción, competentes para orientar a la Policía Judicial y para adelantar la indagación preliminar y abrir la investigación penal, o no abrirla”.

Se concluye por la parte actora que al determinar el acto demandado que la expresión “autoridad competente” a que se refiere el Decreto-ley 0051 de 1987 o Estatuto Penal Aduanero (caso número 1) es “el juez a quien corresponde proferir sentencia de primera o única instancia”, se limitó, se recortó “la competencia que tienen todos los funcionarios de Policía, de instrucción ordinaria y de Instrucción Penal Aduanera para conocer de la realización del hecho punible aduanero”, competencia ésta que se halla señalada en los artículos 36, 37, 38 y 52 del Estatuto Penal Aduanero, los cuales, al igual que el artículo 831, y los artículos 328, 332, 334 y 341 del Código de Procedimiento Penal, constituyen las normas violadas por dicho acto demandado.

*Concepto del Ministerio Público:*

“...consideramos que la norma impugnada lo que hizo fue conciliar o avenir lo pertinente del artículo 83 del Estatuto Penal Aduanero con lo dispuesto en el Decreto 1201, en el que se desarrolla, explica o declara que es juez idóneo aquel a quien corresponde dictar sentencia de primera o única instancia. O sea, el artículo 83 *ut supra*, habla de ‘autoridad competente’ y nada más; y el artículo único del decreto impugnado concreta, se ciñe o circunscribe a precisar que esa ‘autoridad competente’ es el juez a quien corresponde pro-

ferir sentencia de primera o única instancia. No se entiende el discurrir que hace la actora y la pretendida ilegalidad por cuanto como dijimos, el decreto reglamentario demandado mantiene el carácter firme, preciso e imperativo del artículo presuntamente violado, cual es el 83 del Decreto 0051 de 1987, o Estatuto Penal Aduanero.

“En resumen, la Fiscalía considera que en nada viola norma superior alguna el acto demandado, y por el contrario es el desarrollo armónico de la norma que se pretende violada; por tanto considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Ha señalado la demandante que todo proceso penal aduanero consta de indagación preliminar, sumario y juicio. Que en la indagación preliminar son competentes para conocer de la realización del hecho punible tanto el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial como el director general de Aduanas, la División de Investigaciones Especiales y los comandantes y agentes del Resguardo Nacional. Que en el sumario corresponde conocer de la realización del hecho punible a los jueces de instrucción (penal aduanera, penales municipales y promiscuos y de instrucción criminal). Y agrega que, en virtud del artículo 19 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, el hecho punible debe ser investigado de oficio por el empleado oficial que, siendo competente para ello, tenga conocimiento de éste, o, en caso contrario, poner inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

De conformidad con lo anterior, aduce la parte actora que las mencionadas autoridades son las competentes “para conocer” de la realización del hecho, a que se refiere el caso número 1 del artículo 83 del Decreto-ley 0051 de 1987 o Estatuto Penal Aduanero. Y que si el acto impugnado o Decreto 1201 de 1987 señala que la autoridad competente es “el juez a quien corresponde proferir sentencia de primera o única instancia”, ello equivale a que el susodicho acto impugnado suplanta al legislador y, se torna, por lo tanto, en violatorio de los artículos 36, 37, 38, 52 y 83-1 del Estatuto Penal Aduanero y de los artículos 328, 332, 334 y 341 del Código de Procedimiento Penal. Además, añade la demandante, “el juez a quien corresponde proferir sentencia de primera o única instancia” sólo tiene cabida en el caso número 4 del citado artículo 83; es decir, cuando el proceso penal aduanero se encuentra en la etapa del juicio, o sea “en manos del juez superior de Aduanas o del juez del Distrito Penal Aduanero, que son los indicados para proferir sentencia”.

Lo precedente, que constituye la razón de la demanda, se reduce a que, en el entendimiento de libelista, el artículo 83-1 del Estatuto

Penal Aduanero dispone que, el juez Superior de Aduanas ordenará cesar todo procedimiento cuando han transcurrido más de 24 meses después de la realización del hecho punible y no se hubiere calificado definitivamente la actuación; es decir, 24 meses después de que alguna de las autoridades aduaneras, citadas por el demandante, tales como el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, el director general de Aduanas, la División de Investigaciones Especiales y los comandantes y agentes del Resguardo Nacional (indagación preliminar), o los jueces de instrucción penal aduanera, y además los jueces penales municipales, promiscuos o de instrucción criminal (sumario), hubieren tenido conocimiento de la realización del hecho punible aduanero, por cuanto éstas son las autoridades competentes *para conocer* de la realización del hecho punible aduanero a las cuales se refiere la disposición anteriormente citada.

Si así fuese el entendimiento de la susodicha norma, anota la Sala, sobra en ella la parte que dice: "el término se contará a partir del momento en que la autoridad competente conociere de la realización del hecho", y sería entonces del siguiente tenor:

*"Artículo 83. Disposiciones transitorias de emergencia. El juez Superior de Aduanas ordenará cesar todo procedimiento... y archivará el expediente en los siguientes casos: 1. Cuando transcurridos más de veinticuatro (24) meses después de la realización del hecho punible, no se hubiere calificado definitivamente la actuación".*

Ocurre entonces que el complemento de la norma es el que efectúa, ni más ni menos, el momento a partir del cual se empieza a contar el término de los 24 meses: "a partir del momento en que la autoridad competente conociere de la realización del hecho"; o sea, a partir del momento en que "el juez a quien corresponde proferir sentencia de primera o única instancia" como lo expresa el auto demandado conociere de la realización del hecho. Y ello es así, por cuanto "autoridad competente" es la que *conoce* del asunto mismo para proferir sentencia de primera o única instancia, y este conocimiento lo adquiere, no desde el momento mismo de la realización del hecho, sino a partir del momento en que avoca o aprehende (por auto) el conocimiento del asunto para disponer, luego, lo que legalmente considere procedente. En otras palabras:

La expresión contenida en el artículo 83-1 del Estatuto Penal Aduanero, "a partir del momento en que la autoridad competente conociere", se refiere al momento a partir del cual la autoridad falladora avoca el conocimiento del hecho punible, asunto del cual "conoce" para proferir un fallo, bien sea éste de primera o única instancia; pues el vocablo "conoce", empleado por la ley, hace referencia, o es atinente, a la autoridad que tiene competencia para tomar una decisión falladora, y así se desprende de los siguientes artículos del Estatuto Penal Aduanero o Decreto-ley 0051 de 1987:

“*Artículo 31.* La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal *conoce* (o falla).

“*Artículo 32.* El Tribunal Superior de Aduanas tiene competencia en todo el territorio nacional y *conoce* (o falla):

“1. En segunda instancia... y de los delitos conexos, de que *conocen* (o fallan) en primera instancia los jueces superiores de Aduana”.

“*Artículo 33.* Los jueces superiores de Aduanas conocen:

“1. ....

“2. En segunda instancia... en los procesos de que *conocen* (o fallan) primera instancia los jueces de Distrito Penal Aduanero.

“*Artículo 34.* Los jueces de Distrito Penal Aduanero *conocen* (o fallan)...

“*Artículo 36.* Los jueces de Instrucción Penal Aduanero investigarán los delitos de que *conocen* (o fallan) en primera instancia los jueces superiores de Aduanas.

“*Artículo 37.* Los jueces de Instrucción Penal Aduanero Ambulantes... investigan los delitos de contrabando de que *conocen* (o fallan) en primera instancia los jueces Superiores de Aduanas...

“*Artículo 39.* Del concurso de un delito y una contravención de la misma índole, conocerá (o fallará) el juez competente en razón del delito”.

Considera la Sala que la demanda se fundamenta en una indebida comprensión del texto que conforma el caso número 1 del artículo 83 del Estatuto Penal Aduanero, que, en lo pertinente, textualmente dice así: “...el término se contará a partir del momento en que la autoridad competente *conociere* de la realización del hecho. Sin embargo, la demandante no lo entiende en este sentido del texto “que la autoridad competente *conociere* de la realización del hecho”, sino en el equivocado de “autoridad competente *para conocer* de la realización del hecho”; es decir, cambia y trastoca la expresión “conociere de” (contenida en el texto) por la expresión “para conocer de”, hecho éste que necesariamente la conduce a una errónea interpretación de la norma ya que no sólo cambia el vocablo “conociere” por el de “conocer”, sino también la preposición “de” por la preposición “para”.

Por lo expuesto, es diferente “que la autoridad competente *conociere* de la realización del hecho” (constituida en este caso por el juez fallador, o sea el juez superior de aduanas y el juez del distrito penal aduanero), a “la autoridad competente *para conocer* de la realización del hecho (que en este caso son todos los demás funcionarios y em-

pleados señalados en el Estatuto Penal Aduanero, tales como el director general de Aduanas, el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, los jueces de instrucción, etc.; y en el caso del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, citado por la parte actora, el empleado que fuere competente para abrir la investigación).

En dicho orden de ideas, cuando el artículo 83-1 del Estatuto Penal Aduanero expresa "que la autoridad competente conociere", debe entenderse legalmente que se trata de la autoridad competente para resolver en definitiva lo concerniente a un hecho punible cuyo conocimiento corresponde; es decir, autoridad competente para proferir el fallo, a la que igualmente le corresponde, 24 meses después de haber tenido conocimiento de la realización del hecho punible sin que hubiere calificado definitivamente la actuación, proferir la cesación de todo procedimiento y ordenar el archivo del expediente.

En consecuencia, el acto acusado o Decreto 1201 de 1987, en lo tocante a que "se entenderá por autoridad competente el juez a quien corresponda proferir sentencia de primera o única instancia", se halla en total consonancia con la expresión "que la autoridad competente conociere de la realización del hecho", contenida en el artículo 83-1 del Decreto 0051 de 1987 o Estatuto Penal Aduanero, cuyo texto es del siguiente tenor literal:

*"Artículo 83. Disposiciones transitorias de emergencia. El juez Superior de Aduanas ordenará cesar todo procedimiento a favor de los sindicatos respectivos o en relación con la investigación, según el caso, siempre que la situación jurídica esté consolidada antes de la vigencia de esta norma, mediante auto interlocutorio que resuelva, además, la situación de la mercancía, medios de transporte e instrumentos involucrados en el proceso y archivará el expediente en los siguientes casos:*

*"1. Cuando transcurridos más de veinticuatro (24) meses después de la realización del hecho punible, no se hubiere calificado definitivamente la actuación, el término se contará a partir del momento en que la autoridad competente conociere de la realización del hecho".*

Así las cosas, la Sala llega al convencimiento de que el decreto demandado, proferido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política, no es violatorio del artículo 83-1 del Decreto 0051 de 1987, ni de ninguna otra norma superior.

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

*Falla:*

*Deniénganse* las pretensiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de diez y siete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**SUSTRACCION DE MATERIA/DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS/ACTO ADMINISTRATIVO-Pérdida de fuerza ejecutoria.**

*No es procedente entrar a dictar fallo de fondo sobre la materia controvertida en razón a que las disposiciones impugnadas han perdido su vigencia. La norma objeto de la acción de nulidad, Decreto 2263 de 1984 ha sido derogada expresamente por el Decreto 1134 de 1989 en su artículo 20.*

*Los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, es decir, se hacen no aplicables por la administración, ni sujetos de cumplimiento por los asociados, cuando entre otras taxativas razones, han perdido su vigencia.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Proyectó: Doctor Jaime Orlando Santofimio (magistrado auxiliar).*

*Referencia: Expediente número 522. Actor: Enrique Márquez Díaz.*

Surtido el trámite de única instancia preceptuado en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y sin que se observe existencia de causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a decidir la acción de nulidad propuesta por el ciudadano Enrique Márquez Díaz, contra algunos artículos del Decreto 2263 de 1984, expedido por el presidente de la República.

Las partes y el señor agente del Ministerio Público han presentado sus alegatos y rendido, respectivamente, su concepto.

*I. Acto acusado, contenido y alcance:*

Se demanda la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 6º del Decreto 2263 de 1984, expedido por el presidente de la República en ejercicio de las atribuciones consignadas en el artículo 120 constitucional, ordinales 3 y 14 al igual, que las señaladas en los artículos 1º y 2º de

la Ley 24 de 1981. Pretende el ejecutivo a través del decreto impugnado dictar normas tendientes a definir y reglamentar el control que puede ejercer el *Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas* sobre todas aquellas entidades sometidas por ley a su acción y que dentro de sus actividades tengan las de captación de ahorros entre sus socios o de terceros en forma masiva o habitual.

Asigna el presidente a través del decreto impugnado, funciones al jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas con el fin de que actúe sobre todas aquellas entidades que sujetas a su control y dedicadas a la actividad captadora de ahorros, queden incursas en algunas de las situaciones fácticas que la misma norma consagra.

Se estipula, así mismo, en el decreto la posibilidad de colaboración interinstitucional, entre el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y la Superintendencia Bancaria, con el fin de hacer eficaz el control sobre las entidades captadoras de ahorros a las que se refiere el decreto.

Todo lo anterior, como se indica en la parte motiva de la norma acusada, por cuanto se hace necesario determinar específicamente las facultades de control del Departamento Nacional de Cooperativas, sobre las entidades mencionadas, con el fin de que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales y a los intereses de los asociados.

## II. La demanda:

Como hechos de la demanda el actor hace referencia a la expedición del decreto acusado, los antecedentes legislativos del Régimen de Cooperativas y algunos pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia en controversia.

Imputa a las disposiciones demandadas los siguientes cargos, que sustenta en el capítulo de las disposiciones violadas de la siguiente manera:

### 1. Cargos por violación de preceptos constitucionales.

- 1.1. Artículo 120 ordinal 3 Constituciones (Primer cargo).
- 1.2. Artículo 120 ordinal 14 Constitucional (Segundo cargo).
- 1.3. Artículos 2º y siguientes constitucionales (Tercer cargo).
- 1.4. Artículos 12, 44, 76-1 y 76-2 Constitucionales.
- 1.5. Artículos 20, 23, 26, 27, 28, 51, 55 y 58 Constitucionales (Quinto cargo).
- 1.6. Artículos 17 y 39 Constitucionales (Sexto cargo).

## 2. Cargos por violación de preceptos legales.

2.1. Decreto-ley 1598 de 1963: artículos 6º, 38, 44, 45, 46, 47, 96, 100 y 103 (Séptimo cargo).

2.2. Ley 24 de 1981; artículos 8º, 25, 2º, 30, 32 y 33 (Octavo cargo).

2.3. Código Laboral (Noveno cargo).

2.4. Código Contencioso Administrativo (Décimo cargo).

2.5. Ley 45 de 1923 y Decreto-ley 125 de 1976 (Décimo primer cargo).

2.6. Decreto 3803 de 1982 y 398 de 1983 (Décimo segundo cargo).

El demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado medida que fue negada por el magistrado conductor del proceso.

### *Notificación y alegatos de las partes:*

El auto admisorio de la demanda fue debidamente notificado al señor presidente de la República, al jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda y al jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas para lo de sus respectivas competencias. El Ministerio de Hacienda como el DANCOOP, contestaron la demanda y presentaron alegatos de conclusión, en los cuales se oponen a las pretensiones del demandante. Coinciden en la procedencia del ejercicio por parte del señor presidente de la República de las facultades contempladas en el artículo 120 Constitucional ordinales 3 y 14. Así mismo, destacan la imposibilidad de que el decreto impugnado viole algún otro de los preceptos constitucionales y legales señalados como infringidos.

El actor por su parte insiste en los argumentos expuestos en el capítulo de su demanda referido al concepto de la violación.

### *IV. Concepto fiscal:*

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda fundado en la improcedencia de los cargos formulados por el actor, principalmente de aquellos que hacen referencia a las disposiciones de los ordinales 3º y 14 del artículo 120 constitucional. En opinión del señor agente fiscal el decreto impugnado es ampliamente constitucional y legal.

### *V. Consideraciones de la Sala:*

Estudiado el acervo documental allegado al expediente contentivo de la demanda contra el Decreto 2263 de 1984, encuentra la Sala que

no es procedente entrar a dictar fallo de fondo sobre la materia controvertida en razón a que las disposiciones impugnadas han perdido su vigencia. La norma objeto de la acción de nulidad ha sido derogada expresamente por el Decreto 1134 de 1989 en su artículo 20.

Evidentemente, el presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y especialmente las consagradas en los numerales 3 y 14 del artículo 120 constitucional, reglamentó las disposiciones de la Ley 79 de 1988 referentes a la actividad financiera del sector cooperativo y dictó simultáneamente preceptos normativos de naturaleza administrativa procurando establecer el control que sobre dichas actividades les corresponde tanto a la Superintendencia Bancaria como el Departamento Nacional de Cooperativas.

Estando pues, ante una situación de sustracción de norma por derogatoria expresa, no encuentra la Sala razón lógica valedera para pronunciar fallo sustancial sobre una norma que ha dejado de regir, ni mucho menos sobre la que la derogó, así ésta se ocupara materialmente de lo dispuesto por la primera, por cuanto no ha sido objeto de litis, controversia ni impugnación como lo establece nuestro sistema legal.

Dispone precisamente el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, que los actos administrativos pierden *su fuerza ejecutoria*, es decir, se hacen no aplicables por la administración, ni sujetos de cumplimiento por los asociados, cuando entre otros taxativas razones, han *perdido su vigencia*. Para el caso de autos, la vigencia del Decreto 2263 de 1984, se ha perdido por derogatoria expresa de norma posterior de similar naturaleza.

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa (tratándose de actos administrativos), generalmente está llamada a conocer y juzgar la constitucionalidad y legalidad de normas administrativas que *gocen de vigencia*, consecuentemente se encuentren en *plena ejecutoria*, en otras palabras sean creadoras o modificadoras, actuales de situaciones jurídicas frente al conglomerado social o ante particulares. La norma que ha perdido su vigencia no se adecúa a estas apreciaciones doctrinales. Todo lo contrario *ya no es acto jurídico administrativo*. Constituye historia administrativa que cumplió los cometidos invocados en su momento, pero que en la actualidad no constituye orden legal. No es legalidad vinculante.

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

*Falla:*

*Declárase* inhibido para fallar de fondo por pérdida de fuerza ejecutoria de la norma impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La presente sentencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## *LOCUCION-Licencia*

*La ley exige a los locutores un permiso o licencia para poder "exponer" su trabajo porque en Colombia todos los canales radioeléctricos son de exclusiva propiedad del Estado.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

**Referencia:** Expediente acumulados números 962-1002. Decretos del Gobierno. **Actor:** Juan Manuel Arboleda Perdomo y Laureano Rosero Ruales.

El ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo, en su propio nombre, presentó ante esta Corporación demanda de nulidad contra todo el articulado del Decreto reglamentario número 651 de 13 de abril de 1988. Dicha demanda, presentada el 27 de junio de 1988, se fundamenta en la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En ejercicio de la misma acción y también a nombre propio, el ciudadano Laureano Rosero Ruales presentó demanda el 16 de agosto del mismo año, pidiendo la nulidad del mismo decreto con excepción de los artículos 10, 15 y, parcialmente, el 8º y 9º.

Dicho decreto "Por el cual se reglamenta la expedición de las licencias de locución para la radiodifusión sonora y televisión y se modifica el Consejo Asesor de Locución", fue proferido por el presidente de la República y el ministro de Comunicaciones con fundamento en sus facultades legales "y en especial de las que le confieren los artículos 120, numeral 3 de la Constitución Política y 2º literal a) del Decreto 129 de 1976 y el artículo 19 del Decreto-ley 3418 de 1954".

### *La acumulación:*

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicitó, en memorial visible a folio 46 del expediente número 962, que se decretara la acumulación de los dos procesos mencionados en la introducción de este escrito "por provenir de la misma causa y, además versar sobre similar objeto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil". Presentándose los requisitos exigidos por el citado artículo para la procedencia de la acumulación

de procesos y, siendo aplicable al caso, al tenor de lo preceptuado en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, la Sala, mediante auto de quince de abril de mil novecientos ochenta y nueve, resolvió acumular ambos procesos a fin de que continuaran tramitándose conjuntamente y se decidieran en la misma sentencia.

*La acción:*

Pretenden las demandas acumuladas la nulidad de las disposiciones contenidas en el Decreto 651 de 1988 que reglamenta la expedición de licencias de locución para radiodifusión sonora y televisión y se modifica el Consejo Asesor de Locución. En dicho decreto se estipulan los requisitos para obtener tales licencias tanto para nacionales como para extranjeros; se le adscriben atribuciones al Consejo Asesor de Locución para fijar las fechas de los exámenes y para evaluarlos, amén de otras funciones; se impone a las asociaciones gremiales de personas la obligación de registrarse en el Ministerio de Comunicaciones, y la obligación de los locutores de identificarse, así como se les señala la responsabilidad por las infracciones que cometan contra las disposiciones legales vigentes y se establecen las respectivas sanciones. Finalmente, deroga el Decreto 2670 de 1984 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

*Los hechos de la demanda:*

Ambas demandas señalan como "Hechos" los siguientes:

Primero. El Gobierno Nacional el 13 de abril de 1988 expidió el Decreto reglamentario 651, firmado por el presidente de la República y su ministro de Comunicaciones, reglamentario del literal a) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976 y del artículo 19 del Decreto-ley 3418 de 1954, decreto que conforme su artículo 2º rige desde la fecha de su publicación.

*Las disposiciones violadas y el concepto de la violación:*

Señalan los demandantes como violados los artículos 39 y 120 numeral 3 de la Constitución que rezan así:

"Artículo 39. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

" . . . . .

"Artículo 120 numeral 3. Corresponde al presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

“3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

A la vista de los demandantes aparece violatorio el Decreto 651 de las normas transcritas, en razón de que solamente el Congreso tiene facultad, mediante una ley, para exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Por otra parte, las normas que dicho decreto dice reglamentar, no se refieren a la profesión de locutor, título que ninguna ley exige. “En efecto, dice uno de los demandantes, el artículo 19 del Decreto-ley 3418 de 1954 se limita a exigir una licencia para determinado personal que labore en los Servicios de Telecomunicaciones; pero por ninguna parte está reglamentando la profesión de *locución*”. Afirman igualmente, que el Decreto 129 de 1976 se refiere a unas funciones generales del Ministerio de Comunicaciones, a diversas materias pero no a la regulación de la locución y por lo tanto “mal puede reglamentar una materia no comprendida en el marco de las normas que invoca como objeto de la reglamentación”.

La violación a los artículos 39 y 120 numeral 3 de la Carta, la hacen consistir en que el Gobierno reglamenta “en un simple decreto reglamentario” el oficio de locutor por (sic) los medios de radiodifusión y televisión en contraposición con el mandato constitucional que da tal atribución al legislador, constituyéndose tal acto en una extralimitación de la potestad reglamentaria. Apoya su argumento uno de los demandantes en la cita que, en reciente providencia, hace un consejero de esta Sala de un fallo pronunciado en proceso de simple nulidad que versaba sobre el Decreto reglamentario 1131 de 20 de abril de 1983 en el que se implantaba un estatuto sobre el ejercicio de la profesión de “actor” o “director” de radio, teatro y televisión para afirmar, haciendo un parangón entre ambas situaciones, que “si a los apartes transcritos le modificamos la palabra ‘actor’ o ‘director’ por la de ‘locutor’, vemos que el ejecutivo invadió una órbita propia, por decisión del constituyente, del legislador”.

*Ausencia de la parte demandada:*

Habiendo sido notificado oportunamente de ambas demandas el señor ministro de Comunicaciones, éste otorgó poder para ser representado en cada uno de los procesos a la doctora Rosa Vacca quien, no solamente no hizo presentación personal sino que no contestó la demanda y, corrido el traslado para los alegatos de conclusión, tampoco se hizo presente para defender los intereses del Ministerio y de la Nación. Es decir, la apoderada no atendió con celosa diligencia, como era su deber, el encargo que le hizo el señor ministro de Comunicaciones, conducta censurable que la Sala pondrá en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para los fines

del Decreto 196 de 1971 que contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía.

*El concepto del Ministerio Público:*

Remitido el expediente al despacho del señor Fiscal Primero de la Corporación para lo de su resorte, al hacer las consideraciones pertinentes conceptuó que, teniendo en cuenta los dos pilares del decreto acusado, esto es, el Decreto 129 de 1976 y el Decreto-ley 3418 de 1954, al mismo tiempo que las dos normas constitucionales cuya violación se alega "se considera que el decreto acusado no menoscaba la libertad de escoger profesión u oficio ni las potestades que de ello se derivan, sino que al contrario viene a reglamentar reglas (sic) de conducta que conllevan el ejercicio de la locución, para mantener parámetros a la comunidad que garanticen la convivencia de los ciudadanos, y mucho menos está excediendo la potestad reglamentaria, porque como vemos, del Decreto legislativo número 3418 proviene o se deriva la reglamentación acusada". Concluye su concepto el agente fiscal, que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

*Consideraciones de la Sala:*

Comenzarán estas observaciones de la Sala por dilucidar si, efectivamente, podía el ejecutivo exigir, a quienes ejercen la profesión de la locución, una licencia con el fin de autorizar dicho ejercicio. En primer lugar, una de las normas especiales en las que dice fundamentarse el Decreto reglamentario número 651 de 1988, es el artículo 19 del Decreto-ley 3418 de 1954. Dispone este artículo:

"El personal que trabaje en los servicios de Telecomunicaciones, en labores que no sean esencialmente administrativas, *deberá tener licencia* expedida por el Ministerio de Comunicaciones, *de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno*" (las subrayas son nuestras).

Como se ve, se excluye de la obligación de tener licencia, solamente al personal administrativo. *Contrario sensu*, quienes se encargan de los demás servicios, deberán proveerse de la licencia.

Como quiera que este decreto-ley pudiere ser puesto en tela de juicio por tratarse de una legislación de emergencia dictada durante la vigencia del estado de sitio, es conveniente dejar en claro que dicha norma se convirtió en ley de la República por voluntad del Congreso Nacional el 16 de diciembre de 1961 mediante la Ley 141 cuyo texto dice:

"*Artículo 1º* Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del art. 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas que no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

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

Fuera de cualquier contexto lógico son las observaciones que, en ampliación de sus argumentos, expone en el libelo introductorio uno de los demandantes al decir que son tan absurdas las normas acusadas, que es como si a un famoso pintor o cantante se le exigiera licencia para poder exponer sus pinturas en Colombia o para poder cantar, deduciendo como corolario que no es la licencia la que hace al cantante, al pintor, al escultor o al locutor. Es tan elemental el raciocinio, que el sólo mencionarlo constituye una verdad de Perogrullo. No obstante, siguiendo la misma cuerda razonadora, podría pensarse que el cantante, el escultor o el pintor que, en ejercicio y participación de sus artes liberales quisieran exponer o cantar en recintos de exclusiva propiedad del Estado, deben obtener un permiso o licencia para ello. Y no se está pretendiendo con esa exigencia que su arte se genere en la licencia o permiso. No es pues cosa diferente lo que la ley exige a los locutores en Colombia: Un permiso o licencia para poder "exponer" su trabajo. Y por qué? Sencillamente porque en Colombia todos los canales radioeléctricos son de exclusiva propiedad del Estado. Lo dice el mismo Decreto 3418 de 1954 convertido en ley de la República por el Congreso Nacional.

Lo que se acaba de afirmar lo dice en forma precisa y clara el artículo 1º del decreto:

"Todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de Telecomunicaciones, son de propiedad exclusiva del Estado".

Y, aunque los diccionarios académicos nos dicen que la palabra "telecomunicación" comprende las comunicaciones telegráficas, telefónicas y por radio, el decreto en mención, hoy ley de la República, da el sentido de la expresión a fin de eliminar cualquier duda al respecto:

"Artículo 2º Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos".

Como se ve, en esta definición, queda comprendida también la televisión que por esa época se estaba apenas inaugurando en Colombia.

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en concordancia con el concepto del señor agente del Ministerio Público.

*Falla:*

1º *Deniéganse* las peticiones de las demandas acumuladas en este proceso.

2º Póngase en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para los efectos del Decreto-ley 196 de 1971, la conducta asumida por la apoderada del Ministerio de Comunicaciones en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**IMPUESTO DE REMESAS-Liquidación/RETENCION EN LA FUENTE**

*La norma demandada (inc. 2º del art. 3º del Decreto 2579 de 1983) no viola la Ley 9ª de 1983, ya que no reglamenta el caso de las utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, a que se refiere dicha ley en el literal a) de su artículo 46 y el literal a) del artículo 2º del Decreto 2579 de 1983, al cual no se le aplica el sistema de retención en la fuente sino que se determina y paga con la liquidación privada del contribuyente.*

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

*Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

**Referencia:** Radicación 1689. Acción de nulidad del inciso 2º del artículo 3º del Decreto 2579 de 1983, proferido por el Gobierno Nacional.  
**Actor:** Eduardo R. Cárdenas Caballero. Fallo.

En ejercicio de la acción de nulidad el doctor Eduardo Cárdenas Caballero solicita se declare la nulidad del inciso 2º del artículo 3º del Decreto 2579 de 1983.

Fundamenta su petición en la afirmación de que dicha norma viola la Ley 9ª de 1983, artículo 46 parágrafo 1º y el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, en cuanto extralimitó la potestad reglamentaria, al modificar el artículo 5º del Decreto 231 de 1983, una de las normas reglamentadas.

El acto demandado dice textualmente:

“Decreto 2579 de 1983.

“Artículo 3º

“ .....

“Cuando se trate de pagos o abonos en cuenta que impliquen situación de recursos en el exterior, realizados con o sin intervención de la Oficina de Cambios, a favor de sucursales en Colombia de socie-

dades u otras entidades extranjeras, por los conceptos enumerados en los literales b) a f) del artículo anterior, deberá efectuarse la *retención en la fuente* a título del *impuesto de remesas* a la tarifa que corresponda según tales literales. Dichas retenciones se deducirán del impuesto de remesas correspondientes a las utilidades comerciales obtenidas por la sucursal, determinado de conformidad con el literal a) del artículo anterior”.

*Concepto de la violación:*

El actor precisa el concepto de la violación en que la norma citada, al ordenar hacer la retención en la fuente del impuesto de transferencias al exterior para las sucursales en Colombia de sociedades u otras entidades extranjeras sobre el total del pago o abono en cuenta, o sea sobre el ingreso bruto, modificó el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983 y el artículo 5º del Decreto 231 de 1983, normas que establecen como base para tal efecto, la utilidad comercial.

*Argumentos de la parte opositora:*

Por su parte, el delegado del director de Impuestos Nacionales se opone a las pretensiones de la demanda y precisa que el acto demandado, reglamenta el artículo 5º del Decreto 231 de 1983, para establecer la forma como debe efectuarse la retención en la fuente a que hacen referencia los literales b) a f) del artículo 2º del Decreto 2579, todos los cuales coinciden con los previstos en la Ley 9ª de 1983, artículo 43.

Considera que se trata simplemente de la potestad reglamentaria que corresponde al ejecutivo de conformidad con el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, ejercida para hacer posible la ejecución de la ley.

*Concepto del Ministerio Público:*

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, doctora Dolly Pedraza de Arenas, luego de referirse al impuesto de remesas y a las normas que lo regulan, precisa que:

“...la retención en la fuente sobre pagos que impliquen situación de recursos en el exterior impuesta por el artículo 5º del Decreto 231 de 1983 conservó su vigencia luego de la expedición de la Ley 9ª del mismo año y que de ella ni el decreto ni la ley en mención excluyeron expresamente los pagos o abonos en cuenta efectuados a sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras”.

Agrega que la Fiscalía considera que el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983, no excluyó tácitamente, la retención en la

fuelle sobre pagos o abonos en cuenta efectuados a sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras ya que:

“...Habiéndose referido el artículo 46 en los literales B a F a la obligación de retener en la fuente el impuesto a contribuyentes diferentes a las sucursales de sociedades o entidades extranjeras, la inclusión del párrafo sólo tenía por objeto regular la retención ordenada por el artículo 5º del Decreto 231 respecto de tales sucursales, único caso sobre el cual nada se había establecido en el articulado. No entenderlo así sería interpretar que la norma hizo una repetición inecesaria y ello no puede ser criterio de sana interpretación”.

Precisa también que:

“...es evidente que el artículo 46 de la Ley 9ª de 1983 trató dos temas diferentes: primero, la forma de determinar el impuesto de remesas tanto para el caso de utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras mediante sucursales (lit. A) como para la transferencia al exterior de cualquier otro concepto diferente al de utilidades (lit. B a F), y segundo, la obligación de retener el impuesto al momento de la causación material (pagos o abonos en cuenta) esto último en relación con pagos o abonos en cuenta por conceptos diferentes a utilidades.

“En el párrafo 1º dispuso además que la retención en la fuente prevista en el artículo 5º del Decreto 231 de 1983 (sobre todo pago o abono en cuenta que implique situación de recursos en el exterior sin intervención de la oficina de cambios) se efectuará sobre las bases y tarifas de que trata el presente artículo”.

Y finalmente afirma que:

“Referido el párrafo como ya lo anotamos a las sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras, puede entenderse como lo estima el accionante, que el párrafo hizo referencia a la utilidad comercial, base indicada en el literal A, con la intención de excluir de la retención los pagos o abonos en cuenta efectuados a las sucursales en mención?”

“El legislador se presume sabio y por ello no puede suponerse que prescribe normas innecesarias o absurdas. Si en verdad hubiera querido excluir de la retención los pagos o abonos en cuenta (que impliquen situación de recursos en el exterior) efectuados a sucursales en Colombia de sociedades u otras entidades extranjeras, así lo hubiera expresado sin acudir al sistema de prescribir una norma de imposible cumplimiento.

“El sentido del párrafo es por tanto diferente. Al decir ‘sobre las bases y tarifas señaladas en este artículo’ no se está refiriendo a la base y tarifa del literal A pues tal como lo razona el accionante

sobre esa base no es posible que opere el sistema de retención. Sabido es que la retención busca la percepción del tributo al momento de su causación material y ésta ocurre en el caso del impuesto complementario de remesas con el pago o abono en cuenta, luego vencido el período gravable y determinado definitivamente el gravamen sobre la base de la utilidad comercial, ya no hay lugar a retención sino a pago como lo dispuso el reglamento en el artículo 2º (Decreto 2579 de 1983).

“Aceptar entonces la interpretación que da el accionante al párrafo 1º del artículo 46 lleva a la conclusión de que el párrafo es inaplicable, conclusión que es contraria a los métodos razonables de interpretación que enseñan que el sentido en que una norma puede producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1620 C. C. —*mutatis mutandi*—).

“En este orden de ideas, para la Fiscalía no hay duda de que el párrafo 1º del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983 se refiere concretamente a los pagos o abonos en cuenta efectuados a favor de sucursales de sociedades u otras entidades extranjeras y que al señalar las bases y tarifas con las que debe operar la retención allí prevista, se refiere a las bases y tarifas de los literales B a F, según la naturaleza del ingreso.

“Modificó así la Ley 9ª de 1983 el artículo 5º del Decreto 231 del mismo año pero sólo en cuanto a la tarifa que ya no es del 20% sino del 12 o 1% según el caso. Con ello buscó el legislador que la retención coincidiera con el impuesto definitivamente liquidado, toda vez que es la naturaleza del ingreso lo que determina el mayor o menor porcentaje, según sea susceptible de depuración posterior con costos y gastos.

“Así lo entendió el Gobierno Nacional al reglamentar el Decreto 231 y la Ley 9ª de 1983 en el artículo acusado, en el cual se estableció además la posibilidad de deducir del impuesto de remesas a cargo, las retenciones que se hubieren efectuado en su oportunidad”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

El artículo 5º del Decreto legislativo 231 de 1983 dispuso que:

“Artículo 5º Para el caso de pagos o abonos en cuenta que impliquen situación de recursos en el exterior, realizados sin intervención de la Oficina de Cambios, tales como los efectuados a través de cuentas bancarias en el exterior, o mediante compensaciones, o en general a través de entidades financieras u otros intermediarios, quien efectúe el pago o abono en cuenta directamente o por intermedio de un tercero estará obligado a retener a título de impuesto de remesas, el doce por ciento (12%) o el veinte por ciento (20%), según el caso”.

Con posterioridad fue expedida la Ley 9ª de 1983, la cual en su artículo 46 estableció las bases gravables y las tarifas aplicables para liquidar el impuesto de remesas, en los siguientes términos:

“Artículo 46. El impuesto de remesas se determina así:

“a) Cuando se trate de utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, el impuesto se aplicará a las utilidades comerciales del respectivo período gravable, a la tarifa del veinte por ciento (20%).

“b) Cuando se trate de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, obtenidas por socios que tengan el carácter de inversionistas extranjeros, el impuesto se causa en el momento del pago o abono en cuenta a la tarifa del doce por ciento (12%) y deberá ser retenido por la respectiva sociedad en el momento del pago o abono en cuenta de la participación.

“c) En los casos de pagos o abonos en cuenta por concepto de intereses, comisiones, honorarios, regalías, arrendamientos, compensaciones por servicios personales, o explotación de toda especie de propiedad industrial o del ‘know-how’, prestación de servicios de asistencia técnica, beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística o científica, el impuesto será del doce por ciento (12%), el cual deberá ser retenido en el momento del respectivo pago o abono en cuenta.

“d) En el caso de explotación de películas cinematográficas a cualquier título, la retención en la fuente se determina sobre el sesenta por ciento (60%) del correspondiente pago o abono en cuenta, a la tarifa del doce por ciento (12%).

“e) En el caso de pagos o abonos en cuenta relacionados con la explotación de programas para computador a cualquier título, la retención se hará sobre el ochenta por ciento (80%) del respectivo pago o abono en cuenta, a la tarifa del doce por ciento (12%).

“f) En los demás casos, el impuesto será del uno por ciento (1%) del valor bruto del respectivo pago o abono en cuenta, que deberá ser retenido al momento del pago o abono.

“Parágrafo 1º La retención en la fuente prevista en el artículo 5º del Decreto 231 de 1983, se efectuará sobre las bases y tarifas de que trata el presente artículo”.

“.....

Luego, el 12 de septiembre del mismo año, el ejecutivo expidió el Decreto 2579 “por el cual se reglamenta el Decreto 231 de 1983, el Capítulo X del Título 1º de la Ley 09 del mismo año...”

Y el inciso 2º del artículo 3º de dicho decreto, el cual es la norma demandada, dispuso:

“Cuando se trate de pagos o abonos en cuenta que impliquen situación de recursos en el exterior, realizadas con o sin intervención de la Oficina de Cambios, a favor de sucursales en Colombia de sociedades u otras entidades extranjeras, por los conceptos enumerados en los literales b) a f) del artículo anterior, deberá efectuarse la retención en la fuente a título del impuesto de remesas a la tarifa que corresponda según tales literales. Dichas retenciones se deducirán del impuesto de remesas correspondiente a las utilidades comerciales obtenidas por la sucursal, determinado de conformidad con el literal a) del artículo anterior”.

De conformidad con las normas transcritas, se estableció la retención en la fuente para el impuesto de remesas, la cual le corresponde hacer a quienes efectúen pagos o abonos en cuenta que impliquen situación de recursos en el exterior, realizados sin intervención de la Oficina de Cambios (art. 5º Decreto 231 de 1983).

Por su parte, la Ley 9ª de 1983, artículo 46, parágrafo 1º, al regular el impuesto de remesas precisa que la retención en la fuente, consagrada en los términos anteriores se efectúa sobre las bases y tarifas que la misma ley establece así:

a) Sobre las utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, en el respectivo período gravable, a la tarifa del 20% (literal a, art. 46).

b) Sobre los pagos o abonos en cuenta cuando se trate de:

1. Participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, obtenidas por socios que tengan el carácter de inversionistas extranjeros. Tarifa 12% (literal b, art. 46).

2. Pagos o abonos en cuenta por concepto de intereses, comisiones, honorarios, regalías, arrendamientos, compensaciones por servicios personales, o explotación de toda especie de propiedad industrial o del *know-how*, prestación de servicios de asistencia técnica, beneficios o regalías provenientes de la propiedad literaria, artística y científica. Tarifa 12% (literal c, art. 46).

3. Explotación de películas cinematográficas a cualquier título. Tarifa: 12% sobre el 60% del valor del pago o abono en cuenta (literal d, art. 46).

4. Explotación de programas para computador a cualquier título. Tarifa: 12% sobre el 80% del valor del pago o abono en cuenta (literal e, art. 46).

5. En los demás casos, el impuesto será del uno por ciento del valor bruto del pago o abono en cuenta (literal f, art. 46).

La norma demandada, el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 2579 de 1983 reglamenta la retención en la fuente que se debe hacer cuando se trata de pagos o abonos en cuenta, a los que se refieren los literales b) a f) del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983 y que son los mismos que se establecen en el citado artículo 3º del mismo Decreto 2579 de 1983.

Y a través de esa reglamentación, se consagra el pago y recaudo del impuesto en el momento mismo en que se realiza el hecho gravable, en este caso, el pago o abono en cuenta cuando implica situación de recursos en el exterior y para los eventos expresamente consagrados en la ley.

Pero, a juicio de la Sala, dicha reglamentación no se refiere a la retención en la fuente que debe hacerse sobre utilidades obtenidas por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, en el respectivo período gravable, a que se refiere el literal a) del artículo 46 de la Ley 9ª de 1983 y también, el literal a) del mismo artículo 2º del Decreto 2579 de 1983, toda vez que en el evento allí previsto, expresamente se establece que su pago se hará dentro de los plazos asignados para pagar el impuesto sobre la renta, lo cual resulta lógico, si se tiene en cuenta que el monto de las utilidades, sólo es posible terminarlo al final del período fiscal.

De conformidad con lo anterior concluye la Sala que la norma demandada no viola la Ley 9ª de 1983, ya que no reglamenta el caso de las utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, a que se refiere dicha ley en el literal a) de su artículo 46 y el literal a) del artículo 2º del Decreto 2579 de 1983, al cual no se le aplica el sistema de retención en la fuente, sino que se determina y paga con la liquidación privada del contribuyente.

La norma acusada regula, justamente, la retención en la fuente del impuesto de remesas en los demás casos previstos en la ley, en los cuales por tratarse de pagos o de abonos en cuenta, aún sin la intervención de la Oficina de Cambios sí están sometidos al cobro del impuesto a través de dicho sistema.

Y es por ello, que el mismo inciso demandado ordena que las citadas retenciones "se deducirán del impuesto de remesas correspondientes a las utilidades comerciales obtenidas por la sucursal, determinado de conformidad con el literal a) del artículo anterior".

El Ejecutivo, al proferir la norma demandada, no desconoció ninguna norma superior, en ejercicio de su potestad reglamentaria y dentro de los límites de la misma precisó el contenido de la Ley 9ª de 1983, artículo 46, en lo relacionado con el impuesto de remesas que se origina en pagos o abonos en cuenta que implican situación

de recursos en el exterior. Así las cosas, las pretensiones de la demanda, no pueden prosperar.

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

*Falla:*

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**CAPITULO II**

**DECRETOS DEL GOBIERNO**

**NULIDADES O REVOCACION DE NULIDADES**



## **EXPROPIACION CON INDEMNIZACION/DEBIDO PROCESO**

*Las solicitudes y propuestas en trámite al momento de entrar en vigencia la Ley (20 de 1969) y que perdieron por lo mismo la posibilidad o la expectativa de culminar con una adjudicación minera, generaron un derecho patrimonial de menor entidad que jurídicamente no se puede asimilar al de propiedad. Pero como derecho patrimonial que es, el Estado no puede expropiarlo sin indemnización previa, sin desconocer con ello la garantía contemplada en el artículo 30 de la Carta.*

*El Decreto 2477 de 1986 al exigir como prueba de los gastos e inversiones "los documentos respectivos", está desconociendo los demás medios probatorios establecidos por la ley, restringiendo así el debido proceso regulado en el artículo 26 de la C. N., y está imponiendo una limitación probatoria no querida por el legislador al expedir la ley reglamentada.*

*DECLARA LA NULIDAD del inciso final del artículo 232 del Decreto reglamentario 2477 de 1986 (julio 31) en la parte que reza con "los documentos respectivos" o sea en cuanto restringe la comprobación de gastos e inversiones a la prueba documental.*

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

**Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**

**Referencia: Expediente número 5061. Minas. Actor: María Claudia Zea Ramírez.**

**Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia.**

**Se anota que hubo cambio de ponente porque el proyecto de fallo presentado por el señor consejero Uribe Acosta no obtuvo la mayoría requerida por la ley (ver auto de mayo 18 de 1989).**

**La señora María Claudia Zea R., en su carácter de ciudadana demanda la nulidad parcial del artículo 232 del Decreto reglamentario 2477 de 31 de julio de 1986 que dispone:**

*“Las expropiaciones de que trata el artículo 7º de la Ley 20 de 1969, se tramitarán de acuerdo con el Título XXIV del Código de Procedimiento Civil y las leyes que lo adicionen o reformen, pero en la fijación de la indemnización a favor de los titulares de propuestas y solicitudes en trámite, se tendrán únicamente en cuenta el monto de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momento que se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos y utilizados por el interesado.*

*“Los gastos e inversiones realizados por el titular de propuestas y solicitudes se comprobarán con los documentos respectivos cuyo mérito probatorio se establecerá de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

Estima la demandante que el decreto acusado, en la parte subrayada, viola los artículos 30, inciso 3º, 26 y 55 de la Constitución Nacional.

Explica el concepto de la violación de la siguiente manera:

“1. El artículo 30 inciso 3º de la Constitución Nacional es violado por el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, por lo siguiente:

“La expropiación constituye una institución de garantía, la cual no debe ser entendida como instituida en favor de la inviolabilidad de la propiedad, sino en favor de la inviolabilidad del patrimonio y es precisamente a través de la indemnización como se cristaliza esa inviolabilidad.

“El concepto de indemnizar significa reparar el daño y para este caso de expropiación, la indemnización repara el daño o perjuicio patrimonial que se le produce al propietario que va a ser expropiado.

“De otra parte para el caso de indemnización por expropiación de los bienes destinados a la industria minera, el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, viola el precepto constitucional cuando el Ejecutivo limita el quantum de la indemnización mediante una fijación a priori de la suma que el Estado debe pagar por concepto de resarcimiento al propietario, del valor actual del bien (sentencia de la C. S. de J., de febrero 23 de 1984).

“Este monto está comprendido como ya lo habíamos anotado antes, por el valor de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momento en que se hubieran causado, menos el valor de los minerales extraídos.

“Viola esta norma el sentido del precepto constitucional por cuanto que al expropiar, el propietario debe recibir del Estado una indemnización suficiente que le compense el despojo que ha sufrido del bien y la merma que en su patrimonio se le ha ocasionado.

“Una indemnización debe ser justa y suficiente ya que no es otra cosa que la garantía del derecho afectado, por cuanto que es la compensación legal de un perjuicio sufrido, y en este preciso caso el valor de lo que debería ser la indemnización, no es suficiente ni equiparable al valor fijado de antemano por el Ejecutivo. Se desconocen algunas pautas que para su fijación son importantes, tales como el valor actual del bien y los perjuicios ocasionados, constituido por el daño emergente y el lucro cesante.

“2. El artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual establece que el debido proceso es una garantía social y un derecho civil, es violado por el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, por cuanto que en ese precepto constitucional se sostiene que: ‘Toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio’.

“El Ejecutivo al establecer de antemano en el artículo 232 de dicho decreto reglamentario el monto de la indemnización para el propietario en contra del cual se ordena la expropiación se le está pretermitiendo su derecho de defensa ya que se le está impidiendo probar dentro de un juicio y ante un juez el valor que él considera que a título de indemnización justa y suficiente se le debe otorgar para la compensación que por la expropiación se le adeuda.

“Tampoco se le está permitiendo probar el valor del bien y de los perjuicios sobrevinientes (elementos señalados anteriormente como pautas para la fijación de la indemnización) sino que el Ejecutivo establece la forma unilateral sin atender al expropiado, el valor de la indemnización (sentencia de la C. S. de J., febrero 23 de 1984).

“3. El artículo 55 de la Constitución Nacional establece cómo las ramas del poder público a la Legislativa, a la Ejecutiva y a la Jurisdiccional y a cada una de ellas le consagra funciones separadas y les permite que una y otra colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado.

“El artículo 232 del decreto reglamentario viola este precepto constitucional por cuanto que el Ejecutivo en este artículo determina el monto de la indemnización que se le debe

reconocer al propietario, limitando al juez que conozca del respectivo proceso de expropiación a fallar dicha cuantía indemnizatoria según lo preestablecido por él.

“El Ejecutivo invade la órbita de acción claramente asignada por el constituyente a la rama jurisdiccional del poder público, puesto que le recorta sus atribuciones al no permitirle sustraerse de las cuantías señaladas por él y no dejarle atribución al juez para objetar o revocar el avalúo administrativo, colocándose la rama administrativa en la inaceptable posición de juez y parte.

“El Ejecutivo debe permitirle al juez decidir para cada caso de expropiación en particular, el monto de la indemnización según su sana crítica, señalándole únicamente pautas, orientaciones o criterios para fijar la indemnización, ya que sólo en presencia del caso en concreto resultan justos y adecuados valores para determinar la indemnización a cargo del Estado cuando por virtud de la utilidad pública y de interés social se le despoje a una persona de su bien (sentencia de la C. S. de J., de febrero de 1984)”.

Para el Ministerio Público la demanda no está llamada a prosperar. Así en su vista que obra a folios 25 y siguientes, observa:

“Para comprender en su exacto sentido el artículo 232 en la parte demandada, es indispensable remitirnos a la Ley 20 de 1969 que reglamenta.

“El artículo 7º de la mencionada ley, comienza diciendo: ‘Declárase de utilidad pública y de interés social la industria minera’.

“El Gobierno podrá decretar, oficiosamente o a solicitud de parte, la expropiación de los derechos que se tengan sobre las minas y cualquier otra expropiación que sea necesaria para la inmediata iniciación de las explotaciones, o para aumentar la producción en beneficio de la economía nacional.

“En las expropiaciones de derechos originados en solicitudes y propuestas en trámite, la indemnización comprenderá únicamente el monto de las inversiones debidamente comprobadas que se hayan realizado en la exploración y explotación del respectivo yacimiento y los intereses legales desde el momento en que ellos se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos.

“En primer lugar, debe tenerse presente, que habiendo sido declarada la industria minera de utilidad pública y de interés social, el Gobierno puede tomar las medidas necesarias para cumplir con esos objetivos. La expropiación a

que se refiere la ley en su artículo 7º es precisamente una medida que se tomó justamente para aumentar la producción y en beneficio de la economía nacional, pero sin desconocer los derechos que puedan quedar afectados con esa determinación y para ello se concede la indemnización.

“Pero resulta que los derechos que el particular pueda tener en un momento dado, pueden ser diferentes y de ahí que la ley se refiera de manera especial para limitar la indemnización en aquellos casos en que tan sólo existan unas solicitudes o propuestas en trámites.

“Revisando la Ley 20 de 1979, encontramos que en su artículo 7º regula la expropiación respecto a tres casos:

“a) Cuando existen derechos *constituidos* sobre las minas.

“b) En relación con cualquier otro derecho siempre que sea necesaria.

“c) Sobre derechos originados en solicitudes y propuestas en *trámite*.

“En el primer caso, ya existe el derecho sobre la mina, sea porque se haya probado y declarado la propiedad, o porque se haya concedido un permiso o exista un aporte, de acuerdo con lo establecido en la misma ley.

“En cambio, en el último de los casos, los derechos son más precarios pues únicamente existe una solicitud o propuesta en trámite, que bien puede ser negada, lo que indica que tan sólo existe la expectativa respecto a explotar la mina y beneficiarse con esa actividad.

“Es precisamente por esa especial circunstancia, que la propia ley limita los elementos que se deben tener en cuenta para señalar el monto de la indemnización; incluyendo solamente el valor de las inversiones y los intereses legales.

“El Decreto reglamentario número 2477 de 1986 en su artículo 232 demandado, no hizo cosa distinta a reproducir la ley. Sometió las expropiaciones al trámite del Código de Procedimiento Civil. Lo que indica que las expropiaciones sobre derechos constituidos no tiene ninguna limitación en relación con la señalización de los elementos que se deben tener en cuenta para determinar la indemnización, ésta debe hacerse con intervención de peritos y su tasación la determina el juez según lo solicitado y probado en el proceso.

“Respecto a los casos en donde apenas se están tramitando las solicitudes y las propuestas, el decreto reglamentario mantuvo lo ordenado en la ley que reglamentaba.

“Las delimitaciones que en estos casos consagra el artículo 232 demandado, y que a juicio de la actora resultan ilegales, como ya se explicó constituyen un caso muy especial, que se justifica plenamente por referirse a solicitudes en trámite; por otra parte no fueron creadas por el decreto reglamentario sino que tienen su origen en la Ley 20 de 1969”.

*Para resolver, se considera:*

Para el ponente inicial, la norma impugnada es abiertamente inconstitucional por contrariar los artículos 30, 26 y 55 de la Carta. Infringe el primero de los citados al consagrar que para la definición de la indemnización “se tendrán en cuenta el monto de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos”, olvidando el gobierno al ejercer su potestad reglamentaria que en los casos de expropiación la indemnización debe corresponder “al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrado por el valor del bien y el monto de los perjuicios que se causen al dueño... En otras palabras, la indemnización debe ser plena y no parcial, pues ella consiste necesariamente en el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante”.

Estima también el señor consejero Uribe Acosta, en su proyecto que la norma cuestionada viola el artículo 26 de la Constitución, puesto que la controversia sobre el monto mismo de la indemnización no puede ser definida ni por el legislativo ni por el ejecutivo, porque tal misión corresponde a los jueces de la República, con sujeción a lo preceptuado en los artículos 451 y siguientes del C. de P. C.

Para la Sala el enfoque dado por la ponencia inicial se resiente de formalismo e incurre en el desfase de confundir, en materia de expropiación, se entiende, la indemnización correspondiente a un derecho de propiedad sobre un bien corporal con la de un derecho vinculado apenas a una solicitud o propuesta en trámite, que antes de la Ley 20 de 1969 no era más que un derecho de expectativa de propiedad y que con la expedición de la misma no es ni siquiera eso.

Obsérvese que en dicha ponencia se habla de que la expropiación se refiere a la enajenación forzosa de un derecho “que está integrada por el valor del bien y el monto de los perjuicios que se causen al dueño”.

Para entender lo precedente no puede olvidarse que la Ley 20 de 1969 dispone en su artículo 1º algo que no es más que corolario del artículo 202 de la Carta constitucional: “Todas las minas —reza aquél principio— pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos”.

En otros términos, la aludida excepción está relacionada con el derecho de propiedad minera adquirido con anterioridad.

En cambio, el derecho que se les concede a los que tenían una solicitud o propuesta en trámite no corresponde a un derecho con tales características (era, a la sazón, una simple expectativa no constitutiva de derecho) sino al derecho de crédito a una indemnización otorgado o reconocido por la misma ley, para resarcir a aquéllos que si bien hasta ese momento no tenían ningún derecho y, por ende, ningún título qué reclamar, sí habían hecho inversiones y estudios que los empobrecieran en cierta medida.

Y la ley al crear un derecho nuevo que hasta ese momento no existía, bien podía señalar el alcance patrimonial del mismo; alcance que no es otro que el valor de las inversiones efectuadas y los intereses corrientes respectivos, con la deducción del valor de los minerales extraídos por la persona interesada. La norma tiene así una clara intención: por un lado le resarce el empobrecimiento que tuvo al hacer una inversión que en cierta medida enriquece a la Nación; y por el otro, evita el enriquecimiento que implicaría para ese solicitante o proponente ese pago, si no se le dedujera el valor de los minerales extraídos de la mina de propiedad nacional.

No debe olvidarse que aún frente a las situaciones concretas que conforman derechos mineros adquiridos que merecen la protección contemplada en el artículo 30 de la Constitución, la ley contempla condición resolutoria a favor de la Nación en los eventos contemplados en los literales a) y b) del artículo 3º de la mencionada Ley 20.

Y como era obvio, para el desarrollo de la misma se sentaron en ésta las bases para la expropiación de los derechos mineros de los particulares, los que, en síntesis, corresponden a los adquiridos con anterioridad a la vigencia de la ley y los que nacen con ésta o sea los derivados de solicitudes y propuestas en trámite en esa misma oportunidad.

Esos derechos adquiridos se refieren a situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas, a partir de la vigencia de la Ley 29, vinculadas a yacimientos descubiertos.

En otros términos, esos derechos de los particulares corresponden a minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante.

Estos derechos, salvo la condición resolutoria que los afecta en interés general, tienen el alcance propio del derecho de propiedad privada y la protección constitucional en todo su rigor.

En cambio, las solicitudes y propuestas en trámite al momento de entrar en vigencia la ley y que perdieron por lo mismo la posibilidad o la expectativa de culminar con una adjudicación minera, generaron un derecho patrimonial de menor entidad que jurídicamente no se puede asimilar al de propiedad.

Pero como derecho patrimonial que es, el Estado no puede expropiarlo sin indemnización previa, sin desconocer con ello la garantía contemplada en el artículo 30 de la Carta.

La Ley 20 de 1969 le dio el carácter de derecho patrimonial a lo que era una mera expectativa de derecho; creó un derecho de crédito indemnizatorio a favor de los titulares de esas solicitudes o propuestas. Podía hacerlo, pero su consagración no lo convirtió en derecho de dominio, con sus notas propias (derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o derecho ajeno), sino en un derecho diferente de carácter administrativo o público. Sobra pensar al leer el texto constitucional (art. 30) que la garantía no es sólo para la propiedad privada sino también para los demás derechos adquiridos con justo título. Justo título que, para el derecho aquí discutido, sería la ley.

Aunque sobre las cosas incorporales también existe el dominio, la misma ley lo califica "de especie de propiedad".

Y es apenas lógico que la indemnización para efectos de expropiación de un derecho no pueda obedecer a un patrón único. No, el derecho, en su significación jurídica, económica, será la medida en cada caso, porque cada derecho tendrá su propia entidad. Así no es lo mismo expropiar un derecho de propiedad sobre un inmueble, por ejemplo, que expropiar el derecho de usufructo o de habitación constituido sobre el mismo. Como no será lo mismo expropiar los derechos de autor sobre una obra literaria que expropiar un crédito sometido a plazo resolutorio o suspensivo.

Se concluye de todo lo precedente que el artículo 232 del Decreto reglamentario 2477 de 1986 no es inconstitucional en su inciso primero, en cuanto señala el alcance de la indemnización para efectos de expropiación (monto de la inversión e intereses legales respectivos) y contempla una deducción.

Aunque en este extremo no prosperará la demanda, no sucede igual en cuanto al inciso final de la mencionada norma, porque el decreto al exigir como prueba de los gastos e inversiones "los documentos respectivos", está desconociendo los demás medios probatorios establecidos por la ley; restringiendo así el debido proceso regulado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, y está imponiendo una limitación probatoria no querida por el legislador al expedir la ley reglamentada.

Obsérvese que éste habla de inversiones *debidamente comprobadas* que se hayan realizado en la exploración y explotación del respectivo yacimiento; pero en forma alguna exige que esa demostración tenga que hacerse sólo en forma documentada. Infringe, como se infiere, la garantía del debido proceso contemplado en el artículo 26 de la Carta.

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

*Falla:*

Anúlase el inciso final del artículo 232 del Decreto reglamentario 2477 de julio 31 de 1986 en la parte que reza con "los documentos respectivos" o sea en cuanto restringe la comprobación de gastos e inversiones a la prueba documental.

Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 4 de agosto de 1989.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**EXPROPIACION CON INDEMNIZACION (Salvamento de voto)**

*La indemnización debe ser plena y no parcial, pues ella consiste necesariamente en el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante. La fijación en el decreto reglamentario de topes o límites a tal indemnización, es vía abierta hacia el desconocimiento del derecho de propiedad, pues con la misma libertad con que el legislador aspira a que ella se quede, dentro de un marco preciso y restringido, podría hacerla nugatoria. A la luz de la ley y del derecho no es de recibo la tesis que se orienta a indemnizar no el ciento por ciento del daño, sino sólo un porcentaje de éste.*

Referencia: Expediente número 5061. Acción de nulidad. Actor: María Claudia Zea Ramírez.

Como salvamento de voto consigno a continuación el alcance de la ponencia que presenté en Sala y que no fue aceptada por ella. Su texto es el siguiente:

En ejercicio de la acción de nulidad, que consagra el artículo 84 del C. C. A., la doctora María Claudia Zea Ramírez, mayor y vecina de Bogotá, presentó demanda ante esta Corporación el día 19 de marzo de 1987, impetrando que se declare parcialmente nulo el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 31 de julio de 1986, por las razones de orden jurídico que se precisan en ella. Para la mejor comprensión jurídica de las circunstancias legales del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la misma. Allí se lee:

“Por medio de la presente demanda solicito al honorable Consejo de Estado declarar la nulidad parcial del artículo cuya transcripción literal a continuación establezco, haciendo resaltar la parte de la norma que solicito sea anulada:

*“Artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de julio 31 de 1986.*

“El presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales:

“Decreta

“Capítulo XXII

“Expropiación.

“Artículo 232. Las expropiaciones de que trata el artículo 7º de la Ley 20 de 1969, se tramitarán de acuerdo con el Título XXIV del Código de Procedimiento Civil y las leyes que lo adicionen o reformen, *pero en la fijación de la indemnización a favor de los titulares de propuestas y solicitudes en trámite, se tendrán únicamente en cuenta el monto de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momento que se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos y utilizados por el interesado.*

*“Los gastos e inversiones realizados por el titular de propuestas y solicitudes se comprobarán con los documentos respectivos cuyo mérito probatorio se establecerá de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

*“Fundamentos de derecho y concepto de la violación:*

“El derecho de propiedad es considerado por las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina como el arquetipo del derecho sobre las cosas.

“Nuestro Código Civil en el artículo 669, señala la propiedad como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

“Con el Acto legislativo número 1 de 1936 se le dio a la propiedad privada en la Constitución Nacional una regulación diferente, de cuyos aspectos los que más nos interesan son los siguientes:

“1. Se garantiza la propiedad privada.

“2. Se establece que la propiedad privada es una función social que implica obligaciones.

“3. Se permite la expropiación por motivos de utilidad pública e interés social, definidos por el legislador mediante sentencia judicial e indemnización previa.

“Estos principios constitucionales han restringido y encaminado hacia lo social el derecho absoluto e ilimitado del dominio privado sobre los bienes, como resultado del proceso de socialización del derecho no queriendo decir con esto que

las limitaciones al derecho de propiedad, las cuales únicamente deben estar establecidas en la ley, hagan desaparecer ese derecho, por el contrario aunque lo limiten, nuestro sistema político y económico lo reconoce y respeta considerándolo como uno de los pilares sobre los cuales se sostiene la Constitución Nacional.

“A la propiedad privada se le dio un carácter social en la Reforma de 1936. Ya no es en el Derecho Moderno el derecho intangible, absoluto e individualístico que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y debe ser la base de la prosperidad y la grandeza de las sociedades, por lo tanto tenemos que la función social emana de la naturaleza misma del derecho de propiedad y que el propietario mientras cumpla con esa misión, tendrá protegido y tutelado su derecho. Hay que observar otro punto también señalado en el artículo 30 de la Constitución Nacional, por el cual aunque el propietario le esté dando una función social a la propiedad y existen razones de utilidad pública, éstas se imponen sobre el interés privado debiendo el propietario ceder ante ellas. Aquí estamos frente al fenómeno de la expropiación, la cual es un instrumento que el poder público utiliza para interponer el interés público sobre el privado.

“La posibilidad de expropiar ha venido figurando en los textos constitucionales y es así como en la Constitución Nacional de 1886 se exigía que para poder expropiar se deberían dar tres requisitos a saber:

“Que el legislador definiera los motivos de utilidad pública que den lugar a la expropiación, que ésta se haga mediante sentencia judicial y que exista indemnización previa.

“A parte de lo anterior, el constituyente de 1936 autorizó al legislador para que cuando encontrara razones de equidad, no decretara la indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Entonces puede el Congreso mediante una ley ordenar que se adelanten expropiaciones en las cuales no haya lugar a indemnización, porque así lo considera equitativo.

“El Capítulo XXII del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, reglamenta la expropiación en la industria minera, en desarrollo del artículo 7º de la Ley 20 de 1969, estableciendo que las expropiaciones que trata el artículo 7º de la citada ley, se tramitarán según el Código de Procedimiento Civil en su Título XXIV, pero que en lo relacionado a la fijación de la indemnización en favor de los expropiados se tendrán únicamente en cuenta el monto de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momen-

to en que se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos y utilizados por el interesado.

“Antes de iniciar la expropiación, el Gobierno con la intervención de la Contraloría General de la República y la aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, podrán acordar el valor de las inversiones realizadas y de los intereses causados y pagar las sumas correspondientes al propietario que va a ser expropiado.

“En el desarrollo de este tema se encuentra que el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, viola algunas normas constitucionales, las cuales son fundamento de esta demanda. Las normas violadas son:

- “1. El artículo 30 inciso 3º de la Constitución Nacional.
- “2. El artículo 26 de la Constitución Nacional.
- “3. El artículo 55 de la Constitución Nacional.

“1. El artículo 30 inciso 3º de la Constitución Nacional es violado por el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, por lo siguiente:

“La expropiación constituye una institución de garantía, la cual no debe ser entendida como instituida en favor de la inviolabilidad de la propiedad, sino en favor de la inviolabilidad del patrimonio y es precisamente a través de la indemnización como se cristaliza esa inviolabilidad.

“El concepto de indemnizar significa reparar el daño y para este caso de expropiación, la indemnización repara el daño o perjuicio patrimonial que se le produce al propietario que va a ser expropiado.

“De otra parte para el caso de indemnización por expropiación de los bienes destinados a la industria minera, el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, viola el precepto constitucional cuando el Ejecutivo limita el cuántum de la indemnización mediante una fijación a priori de la suma que el Estado debe pagar por concepto de resarcimiento al propietario, del valor actual del bien (sentencia de la C. S. de J., de febrero 23 de 1984).

“Este monto está comprendido como ya lo habíamos anotado antes, por el valor de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momento en que se hubieran causado, menos el valor de los minerales extraídos.

“Viola esta norma el sentido del precepto constitucional por cuanto que al expropiar, el propietario debe recibir del Estado una indemnización suficiente que le compense el despojo que ha sufrido del bien y la merma que en su patrimonio se le ha ocasionado.

“Una indemnización debe ser justa y suficiente ya que no es otra cosa que la garantía del derecho afectado, por cuanto que es la compensación legal de un perjuicio sufrido y en éste preciso caso el valor de lo que debería ser la indemnización, no es suficiente ni equiparable al valor fijado de antemano por el Ejecutivo. Se desconocen algunas pautas que para su fijación son importantes, tales como el valor actual del bien y los perjuicios ocasionados, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante.

“2. El artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual establece que el debido proceso es una garantía social y un derecho civil, es violado por el artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 1986, por cuanto que en ése precepto constitucional se sostiene que: “Toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

“El Ejecutivo al establecer de antemano en el artículo 232 de dicho decreto reglamentario el monto de la indemnización para el propietario en contra del cual se ordena la expropiación se le está pretermitiendo su derecho de defensa ya que se le está impidiendo probar dentro de un juicio y ante un juez el valor que él considera que a título de indemnización justa y suficiente se le debe otorgar para la compensación que por la expropiación se le adeuda.

“Tampoco se le está permitido probar el valor del bien y de los perjuicios sobrevinientes (elementos señalados anteriormente como pautas para la fijación de la indemnización), sino que el Ejecutivo establece de forma unilateral sin atender al expropiado, el valor de la indemnización (sentencia de la C. S. de J., de febrero 23 de 1984).

“3. El artículo 55 de la Constitución Nacional establece como las ramas del poder público a la Legislativa, a la Ejecutiva y a la Jurisdiccional y a cada una de ellas le consagra funciones separadas y les permite que una y otra colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado.

“El artículo 232 del decreto reglamentario viola éste precepto constitucional por cuanto que el Ejecutivo en éste artículo determina el monto de la indemnización que se le debe

reconocer al propietario, limitando al juez que conozca del respectivo proceso de expropiación a fallar dicha cuantía indemnizatoria según lo preestablecido por él.

“El Ejecutivo invade la órbita de acción claramente asignada por el constituyente a la rama jurisdiccional del poder público, puesto que le recorta sus atribuciones al no permitirle sustraerse de las cuantías señaladas por él y al no dejarle atribución al juez para objetar o revocar el avalúo administrativo, colocándose la rama administrativa en la inaceptable posición de juez y parte.

“El Ejecutivo debe permitirle al juez decidir para cada caso de expropiación en particular, el monto de la indemnización según su sana crítica, señalándole únicamente pautas orientaciones o criterios para fijar la indemnización, ya que sólo en presencia del caso en concreto resultan justos y adecuados valores para determinar la indemnización a cargo del Estado cuando por virtud de la utilidad pública y de interés social se le despoje a una persona de su bien (sentencia de la C. S. de J., de febrero de 1984).

## II

### *Vista fiscal:*

La Fiscal Segundo de la Corporación, en su concepto de fondo y bajo el rubro “*Consideraciones*” precisa:

“Para comprender en su exacto sentido el artículo 232 en la parte demandada, es indispensable remitirnos a la Ley 20 de 1969 que reglamenta.

“El artículo 7º de la mencionada ley, comienza diciendo: ‘Declárase de utilidad pública y de interés social la industria minera...’

“El Gobierno podrá decretar, oficiosamente o a solicitud de parte, la expropiación de los derechos que se tengan sobre las minas y cualquier otra expropiación, que sea necesaria para la inmediata iniciación de las explotaciones, o para aumentar la producción en beneficio de la economía nacional.

“En las expropiaciones de derechos originados en solicitudes y propuestas en trámite, la indemnización comprenderá únicamente el monto de las inversiones debidamente comprobadas que se hayan realizado en la exploración y explotación del respectivo yacimiento y los intereses legales desde el mo-

mento en que ellos se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos”.

“En primer lugar, debe tenerse presente, que habiendo sido declarada la industria minera de utilidad pública y de interés social, el Gobierno puede tomar las medidas necesarias para cumplir con esos objetivos. La expropiación a que se refiere la ley en su artículo 7º es precisamente una medida que se tomó justamente para aumentar la producción y en beneficio de la economía nacional, pero sin desconocer los derechos que puedan quedar afectados con esa determinación y para ello se concede la indemnización.

“Pero resulta que los derechos que el particular pueda tener en un momento dado, pueden ser diferentes y de ahí que la ley se refiera de manera especial para limitar la indemnización en aquellos casos en que tan sólo existan unas solicitudes o propuestas en trámites.

“Revisando la Ley 20 de 1979, encontramos que en su artículo 7º regula la expropiación respecto a tres casos:

- “a) Cuando existen derechos *constituidos* sobre las minas.
- “b) En relación con cualquier otro derecho siempre que sea necesario.
- “c) Sobre derechos originados en solicitudes y propuestas en *trámite*.

“En el primer caso, ya existe el derecho sobre la mina, sea porque se haya probado y declarado la propiedad, o porque se haya concedido un permiso o exista un aporte, de acuerdo con lo establecido en la misma ley.

“En cambio, en el último de los casos, los derechos son más precarios pues únicamente existe una solicitud o propuesta en trámite, que bien puede ser negada, lo que indica que tan sólo existe la expectativa respecto a explotar la mina y beneficiarse con esa actividad.

“Es precisamente por esa especial circunstancia, que la propia ley limita los elementos que se deben tener en cuenta para señalar el monto de la indemnización; incluyendo solamente el valor de las inversiones y los intereses legales.

“El Decreto reglamentario número 2477 de 1986 en su artículo 232 demandado, no hizo cosa distinta a reproducir la ley. Sometió las expropiaciones al trámite del Código de Procedimiento Civil. Lo que indica que las expropiaciones sobre derechos constituidos no tiene ninguna limitación en relación con la señalización de los elementos que se deben tener en

cuenta para determinar la indemnización, ésta debe hacerse con intervención de peritos y su tasación la determina el juez según lo solicitado y probado en el proceso.

“Respecto a los casos en donde apenas se están tramitando las solicitudes y las propuestas, el decreto reglamentario mantuvo lo ordenado en la ley que reglamentaba.

“Las delimitaciones que en estos casos consagra el artículo 232 demandado, y que a juicio de la actora resultan ilegales, como ya se explicó constituyen un caso muy especial, que se justifica plenamente por referirse a solicitudes en trámite; por otra parte no fueron creadas por el decreto reglamentario sino que tienen su origen en la Ley 20 de 1969.

“Tenemos pues que la norma acusada se ajustó a la ley y en consecuencia esta Fiscalía se permite solicitar a la honorable Sala niegue las súplicas de la demanda”.

### III

#### *Consideraciones de la Sala:*

A) La normatividad acusada, en la parte que aparece subrayada en la demanda, y que hace parte del texto del artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de 31 de julio de 1986, la encuentra la Sala abiertamente inconstitucional, pues resulta violatoria, como bien lo destaca la demandante, de los artículos 30, inciso 3º, 26 y 55 de la Constitución Nacional. En efecto, ésta, en la primera de las normas citadas, permite o autoriza la expropiación por motivos de utilidad pública, pero mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este último aspecto resulta seriamente comprometido en el texto reglamentario cuestionado, al consagrarse que para la definición de la indemnización “*SE TENDRAN UNICAMENTE EN CUENTA EL MONTO DE LAS INVERSIONES REALIZADAS Y LOS INTERESES LEGALES RESPECTIVOS*”. Sobre la materia la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, que hace suya la Sala, ha predicado que en caso de expropiación la indemnización debe corresponder “...al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrada por el valor del bien y el monto de los perjuicios que se causen al dueño...” (sentencia. Sala de Negocios Generales. Noviembre 30 de 1956. Gaceta Judicial núms. 2174 y 2175. págs. 727). En otras palabras, la indemnización debe ser plena y no parcial, pues ella consiste necesariamente en el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante. La fijación en el decreto reglamentario de topes o límites a tal indemnización, es vía abierta hacia el desconocimiento del derecho de propiedad, pues con la misma libertad con que el legislador aspira a que ella se quede, dentro de

un marco preciso y restringido, podría hacerla nugatoria. A la luz de la ley y del derecho no es pues de recibo la tesis que se orienta a indemnizar, no el ciento por ciento del daño, sino sólo un porcentaje de éste. Esta perspectiva la maneja el alto tribunal de justicia, en el fallo ya citado, cuando recuerda:

“Esta indemnización debe ser previa y plena de acuerdo con los artículos 30 y 31 de la Carta. Luego prescribiendo el constituyente que la indemnización es plena, es lógico concluir que ésta se refiere a dos elementos esenciales que según la doctrina uniforme y reiterada de esta Corporación proferida en ejercicio de la atribución constitucional, como el régimen legal de la expropiación, constituyen las bases estructurales que configuran la reparación que tiene derecho a percibir por la privación de su propiedad el expropiado. Esos dos elementos son el valor del inmueble expropiado y el perjuicio que por la expropiación se ocasione al sujeto activo del derecho.

“Estas nociones se hallan consignadas en varios fallos sobre inconstitucionalidad de algunas normas legales, pronunciados por esta alta superioridad: son ellos en primer lugar, el de fecha 4 de noviembre de 1927, que decidió sobre la acusación presentada contra el artículo 2º de la Ley 84 de 1920, fallo cuya parte pertinente dice: ‘Declara inexecutable el segundo inciso del artículo 2º de la Ley 84 de 1920 en la parte que dice: «y los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de la expropiación», y el último inciso o sea el quinto, del mismo artículo’.

“Por medio de este fallo la Corte resolvió en relación con la acusación propuesta contra el artículo 2º de la ley citada, lo siguiente:

“El inciso primero del artículo copiado no se halla en pugna con la Constitución. Lejos de ello, interpreta fielmente la doctrina antes expuesta, porque comprende en la indemnización no sólo el valor de la finca o de la parte de ella que se expropia, sino también el de los perjuicios que se causen al propietario con la venta forzosa, lo cual es acatar, tanto en la práctica como en la teoría, el derecho a la indemnización plena, que prescribe el artículo 31 de la Constitución” (XXXIV, 113, subraya la Sala).

“Posteriormente, la Corte en sentencia de fecha 10 de agosto de 1954, que puso fin a la demanda de inexecutable del Decreto extraordinario número 2460 de 13 de octubre de 1952, en sus artículos 1º y 3º, dijo lo siguiente:

“La expropiación no es una especie de venta, pues no puede hablarse de este contrato cuando la forma que habría

de revestir consistiría en vender una cosa que no deseamos o no necesitamos vender; antes por el contrario, el procedimiento expropiatorio nos obliga a ello forzosamente. En el contrato de compraventa, el comprador paga un precio, pero no daños y perjuicios por la entrega de la cosa que el vendedor le hace voluntariamente. Lo que se paga al expropiado no juega como precio de la cosa expropiada, sino como indemnización. Indemnizar es resarcir un daño o un perjuicio. Precio es el valor pecuniario en que se estima una cosa.

“El traspaso de la propiedad, mediante expropiación, no puede efectuarse sin previa indemnización, la cual ha de compensar todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado, en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado con la expropiación al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivo sufrido por él” (LXXVII 328. Subraya la Sala).

“Más adelante, la Corte refiriéndose a este tema tan importante reproduce en la misma sentencia el pensamiento de don Miguel Antonio Caro, quien se expresa en estos términos:

“Las leyes de expropiación o enajenación forzosa reconocen y acatan en cierto modo el derecho de propiedad como distinto del valor de la cosa que se expropia. El propietario, según estas leyes, sólo puede ser privado de su propiedad por causa de utilidad pública; pero ésta debe ser legalmente justificada, y el propietario ha de ser satisfecho, no sólo en el valor de la cosa, sino también de los daños que se le sigan. Y después de todo esto, la privación de la propiedad se considera como uno de los sacrificios que el Estado algunas veces exige a los ciudadanos. La expropiación resuelve un conflicto entre el interés privado y el público; acto grave y delicado, que la necesidad y la debida indemnización justifica y que no debe ejecutarse sin llenar todas las formas que protegen el derecho individual contra los abusos.

“Por último esta superioridad en fallo de 15 de noviembre de 1955 declaró la inexecutable del artículo 5º del Decreto número 2770 de 23 de octubre de 1953, por considerar que dicho ordenamiento ‘viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que se conculca en forma evidente por el medio de tener como indemnizados a los propietarios, por la privación de sus tierras, con el beneficio que puedan derivar de la ocupación de las mismas’; así como ‘el artículo 26 de la Constitución, que establece que

nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y ello porque mediante el citado artículo 5º del decreto se prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar' (LXXXI, 574 y 575).

"Del contenido y espíritu de estos fallos se deduce que la doctrina es uniforme y permanente en el sentido de que la expropiación es una figura legal que implica, necesariamente a cargo de la entidad pública, una contraprestación, llamada 'indemnización' por el artículo 30, equivalente al empobrecimiento que para el propietario significa la enajenación forzosa de su derecho, y que está integrada por el valor del bien y del monto de los perjuicios que se causen al dueño. La equivalencia puede resultar del primer factor solamente, si ningún daño cierto distinto sufre el propietario. El único caso en que puede faltar la contraprestación, o 'indemnización' específica propia del traspaso forzoso del dominio, es el contemplado en el inciso último del precitado artículo 30 en virtud del cual 'el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara'. Mas, fuera de este evento, tanto el valor del fundo, como los perjuicios que la expropiación reporte al dueño, constituyen la 'indemnización' de que habla aquel texto.

"En síntesis, que la indemnización comprenda tanto el valor del derecho que se expropia, como los perjuicios que se causen al propietario, es apenas norma de equidad elemental. Porque si sobre la enajenación forzosa, que ya implica una limitación del derecho de dominio y una restricción de la libertad humana aplicada a las cosas, se pudiese desconocer toda la pérdida patrimonial que la expropiación produzca al dueño, la utilidad pública y el interés social no tendrían una aspiración colectiva necesaria basada en la justicia".

B) La Sala encuentra también de recibo el ataque que se hace por la demandante, contra la normatividad acusada, con apoyo en el artículo 26 de la Carta, pues es indiscutible que en Colombia nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Ello explica que la controversia, sobre el monto mismo de la indemnización, no puede ser definida ni por el legislativo ni por el ejecutivo. Tal misión corresponde a los jueces de la República, con estricta sujeción a lo preceptuado en los artículos 451 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y, muy especialmente en el 456 que a la letra reza:

“Artículo 456. *Avalúo y entrega de los bienes.* El juez designará peritos que estimarán el valor de la cosa expropiada y separadamente la indemnización a favor de los distintos interesados. En firme el avalúo y hecha por el demandante la respectiva consignación, se procederá así...”

La anterior filosofía constitucional se recoge en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, proferida por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Manuel Gaona Cruz, en la cual se lee:

“Salvo el caso excepcional de expropiación sin indemnización instituida en la Constitución por razones de equidad, que sólo puede ser decretada por el legislador en forma directa y con aprobación cualificada de la mayoría absoluta de quienes integran las cámaras legislativas (art. 30-4 C. N.), la expropiación ordinaria de bienes inmuebles requiere, para ser válida constitucionalmente, de indemnización previa y justa decretada en forma autónoma por el fallador competente en vía judicial, como consecuencia de un debido proceso en el que conforme a los mandatos del artículo 26 del Estatuto Superior se controviertan y contradigan sin cortapisas su necesidad y utilidad, así como el monto de la compensación, y en el cual tanto la Administración Pública que requiere el bien como el particular expropiado tengan la igual categoría de partes frente a un juez que sea el que realmente conduzca la litis, aprecie y delibere la prueba, y decida”.

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

*Falla:*

Es nula la disposición del artículo 232 del Decreto reglamentario número 2477 de julio 31 de 1986, que a la letra reza: “...pero en la fijación de la indemnización a favor de los titulares de propuestas y solicitudes en trámite, se tendrán únicamente en cuenta el monto de las inversiones realizadas y los intereses legales respectivos desde el momento en que se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos y utilizados por el interesado.

“Los gastos e inversiones realizados por el titular de propuestas y solicitudes se comprobarán con los documentos respectivos cuyo mérito probatorio se establecerá de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

Bogotá, D. E., agosto catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES/JUNTA  
DIRECTIVA-Integración**

*La integración de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal de que tratan los artículos 7º a 10, 12 y 13 del Decreto 700 de 1987, desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los mandamientos 27 y 29 de la Ley 11 de 1988 y 381 del C.R.M. y el artículo 172 de la C. N.*

**SE DECRETA LA NULIDAD** de los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 del Decreto reglamentario 700 de 1987 (abril 20), expedido por el Presidente de la República, con la firma de su ministro de Gobierno para reglamentar "el Título IX del Código de Régimen Municipal".

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 971. Actor: Clara Inés Hurtado Durán.

Procede la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado a dictar fallo de mérito en el proceso de la referencia, iniciado con base en demanda instaurada por la ciudadana Clara Inés Hurtado Durán, en ejercicio de la acción contenciosa objetiva contra los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 del Decreto número 700 de fecha 20 de abril de 1987 "por el cual se reglamenta el Título IX del Código de Régimen Municipal, en lo relacionado con la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales".

*Texto de las normas acusadas:*

El siguiente es el texto de las disposiciones del Decreto reglamentario 700 de 1987, materia *pel petitum*:

"Artículo 7º Dentro del término de tres (3) meses contados a partir de 17 de enero de 1987, las juntas o consejos directivos convocarán a las entidades cívicas y a las ligas de

usuarios, para que postulen sus respectivos candidatos, con sus correspondientes suplentes personales, ante el alcalde municipal.

“Artículo 8º Para que una liga de usuarios o una entidad cívica pueda postular un candidato con su respectivo suplente personal, para integrar la junta o consejo directivo de la entidad descentralizada, deberá estar conformada por usuarios que en su conjunto, representen no menos del cinco por ciento (5%) del promedio mensual de la facturación total del servicio o servicios prestados por la respectiva entidad descentralizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de convocatoria.

“Parágrafo transitorio. Para las postulaciones y las designaciones que se realicen durante los años de 1987 y 1988, el porcentaje establecido en este artículo será del uno por ciento (1%), y para las que se realicen durante los años de 1989 y 1990, dicho porcentaje será del dos y medio por ciento (2.5%).

“A partir de 1991, se aplicará el porcentaje del cinco por ciento (5%) establecido en este artículo.

“Artículo 9º La junta directiva de la entidad descentralizada del orden municipal señalará expresamente, en el acto de convocatoria las siguientes informaciones:

“1. Valor promedio de la facturación mensual de la entidad descentralizada dentro del año inmediatamente anterior, excluyendo la factura oficial.

“2. Valor del porcentaje de la facturación prevista en el número anterior, según lo establecido en el artículo 8º del presente decreto, que constituirá la cuantía mínima para que las ligas de usuarios y las entidades cívicas puedan postular candidatos a integrar la junta o consejo directivo.

“Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, entiéndese por facturación oficial la correspondiente a consumos efectuados por los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Gobernaciones y sus dependencias, Despachos Judiciales y del Ministerio Público, Intendencias y Comisarías, y entidades descentralizadas de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, exceptuadas las sociedades de economía mixta no sometidas al régimen de las empresas industriales o comerciales del Estado.

“Artículo 10. En el acto de la convocatoria se señalará el término dentro del cual las entidades cívicas y las ligas de

usuarios podrán postular sus respectivos candidatos ante el alcalde del municipio donde se encuentre domiciliada la entidad descentralizada.

“Este término no podrá ser inferior a un (1) mes, ni superior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha del acto mediante el cual la junta o consejo directivo realice la convocatoria.

“Artículo 12. El alcalde municipal solicitará a la correspondiente entidad descentralizada que certifique la aptitud de las ligas de usuarios y de las entidades cívicas que hayan postulado candidatos dentro del término establecido en la convocatoria.

“La entidad descentralizada del orden municipal certificará la aptitud de cada liga de usuarios y de cada entidad cívica para postular candidato, con fundamento en la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 8º y 9º del presente decreto.

“Artículo 13. Con base en los candidatos postulados por las entidades cívicas y por las ligas de usuarios respecto de las cuales se haya certificado su aptitud en los términos del artículo anterior, el alcalde municipal designará los candidatos que sean más representativos de la comunidad servida. Para este fin tendrá en cuenta los siguientes criterios:

“1. Valores y magnitudes de los consumos representados.

“2. Derecho de los diferentes estratos sociales usuarios del servicio a una participación adecuada en la administración de la entidad.

“Parágrafo. La designación se hará mediante decreto que será comunicado a la entidad descentralizada respectiva y publicado conforme a los términos de la Ley 57 de 1985”.

#### *Ritualidad procesal:*

A este proceso se le dio el trámite procesal legalmente previsto al efecto. Mediante el auto admisorio de la demanda y conforme lo solicitó la parte actora, el consejero de Estado conductor del proceso decretó la suspensión provisional de los artículos acusados y transcritos arriba, por hallarlos en las circunstancias previstas en el artículo 152 del C. C. A., para adoptar la medida precautelativa provisional, medida esta que no recibió impugnación alguna.

Al contestar la demanda a través de apoderado judicial, el ministro de Gobierno se opone a las pretensiones de la actora y pide dene-

garlas por cuanto, a su juicio, las disposiciones acusadas "no son violatorias de ninguna de las normas citadas en el libelo, menos aún de la Carta Fundamental" y se encuentran ajustadas a la legalidad (fls. 72 a 80).

*Vista fiscal:*

A folios 84 a 86 aparece la vista fiscal de fondo en la cual el colaborador del Ministerio Público, con apoyo en la providencia del consejero ponente que decretó la suspensión provisional del articulado materia de acusación y transcripción de parte de la misma, solicita despachar favorablemente para el actor las pretensiones que planteó en su libelo y, en consecuencia "se decrete la nulidad del decreto impugnado".

*Consideraciones:*

Como atrás se expresó, en el auto admisorio de la demanda se decretó la medida precautelativa provisional por hallar el despacho del ponente que se satisficieron plenamente las exigencias de ley para ordenar la suspensión prevista en el artículo 152 del C. C. A., providencia que no recibió impugnación de naturaleza alguna.

Por hallarse de acuerdo con dicha providencia, la Sala la acoge y hace suya para este pronunciamiento. Dice la mentada providencia de 12 de agosto de 1988:

"La actora radica la manifiesta violación en lo siguiente: Los alcaldes municipales carecen de competencia para elegir los representantes de los usuarios en las junta directivas de los institutos de servicios municipales, desconociendo en tal forma lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 11 de 1986, según el cual cada uno de los tres estamentos (administración municipal, concejos y entidades cívicas o de usuarios) eligen libremente sus representantes. 'El hecho de que uno de los estamentos se tome la facultad de escoger los representantes de uno de los otros dos estamentos, significa que será menoscabando el libre ejercicio del sufragio y de elección que por la ley se le entregó al usuario'. Las normas atacadas determinan 'la creación de un voto privilegiado y discriminatorio' porque 'cuantifican al usuario en su participación' eleccionaria, 'siendo menos o más su valor, de acuerdo al consumo, lo que genera una nueva desigualdad entre los ciudadanos'. Los preceptos 15 y 172 de la Carta señalan como único requisito para elegir y ser elegido, ser ciudadano y que toda elección en donde se provean dos o más cargos debe hacerse por el sistema del cuociente electoral, que garantiza el derecho de las minorías. En tal forma, además, los acusados son actos que violan el artículo 215 de la Constitución. En síntesis, las disposiciones atacadas quebrantan el artículo 27 de la Ley 11 de 1986, 'que pretende regresar al ciudadano común

y corriente el derecho a manejar las cosas que más lo afectan y que más cerca están de él’.

“El artículo 27 de la Ley 11 de 1986 preceptúa lo siguiente:

“Las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargados de la prestación directa de los servicios municipales estarán integrados así: una tercera parte de sus miembros serán funcionarios de la correspondiente administración municipal; otra tercera parte, representantes de los respectivos concejos; y la tercera parte restante, delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos o empresas’.

“De conformidad con el artículo 1º de la citada Ley 11, fundamentales objetivos de ésta son los de ‘promover (...) el mejoramiento socio cultural de sus habitantes (del ente municipal), asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y promover la integración regional’.

“Igualmente, el artículo 79 de dicha Ley 11 determina:

“En las elecciones a que se refiere la presente ley, se aplicará el sistema del cuociente electoral, conforme al artículo 172 de la Constitución Política’.

“El artículo 382 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley 1333 de 1986) igualmente reafirma el sistema del cuociente electoral que determina el canon 172 de la Carta Constitucional.

“El artículo 157 del mencionado Código de Régimen Municipal forma parte del Título IX de este Código, Título que reglamenta el Decreto 700 de 1987 acusado en parte. El mencionado artículo 157 es de tenor literal exacto al del precepto 27 de la Ley 11 de 1986, ‘por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales’. El texto de tales artículos 27 y 157 quedó transcrito anteriormente.

“Las bases o fundamentos del Decreto 700 de 1987 se indican claramente en su parte considerativa, en donde se expresa:

“Que el Decreto 3446 de 1986 reglamentó el Título IX del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la participación de los usuarios y entidades cívicas en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal;

“Que el citado decreto estableció las reglas procedimentales con arreglo a las cuales se garantiza la efectividad del derecho de los usuarios de los servicios públicos locales a participar en la dirección

y administración de las entidades descentralizadas responsables de su prestación;

“Que el artículo 8º del citado Decreto 3446 de 1986, preceptúa que una liga de usuarios podrá postular un candidato cuando esté conformada por usuarios que, en su conjunto, representen no menos del cinco por ciento (5%) del promedio mensual de la facturación total del servicio o servicios prestados por la respectiva entidad descentralizadora dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de la convocatoria;

“Que el porcentaje establecido en la norma mencionada en el considerando anterior, concilia la necesidad de que los candidatos postulados sean representativos de la comunidad servida, con el propósito de establecer mecanismos ágiles y racionales que faciliten el trámite de postulación y de selección de tales candidatos;

“Que sin embargo, una mayor efectividad del derecho de los usuarios a participar en la dirección y administración de las empresas de servicios públicos puede ser garantizada con mayor plenitud mediante el establecimiento de porcentajes progresivos que propicien la asimilación de la reforma por parte de la comunidad;

“Que, así mismo, el eficiente funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden municipal, responsables de la prestación de los servicios públicos locales, exige la reglamentación de la participación de la Administración y de los concejos en sus juntas o consejos directivos, de conformidad con las disposiciones consagradas en el Código de Régimen Municipal;

“Que para propiciar la comprensión y aplicación de las disposiciones reglamentarias de la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas de orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales, es conveniente reunir las en un sólo cuerpo normativo’.

“Como se ve, dicha parte considerativa del Decreto 700 está montada sobre el Decreto reglamentario número 3446 de 1986, decreto éste que fue expresamente subrogado por el artículo 37 de aquél.

Aparentemente “...estas disposiciones acusadas tienden a facilitar, a hacer más expedita la integración o conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal en lo atañedor al estamento integrado por los delegados representantes de las ligas o entidades cívicas o de usuarios de los servicios públicos ante dichas juntas o consejos directivos. Empero, tal finalidad expeditiva ciertamente desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los artículos 27 y 79 de la Ley 11 de 1986 y 381 del Código de Régimen Municipal y, por contera, el canon 172 de la Constitución Política, toda vez que según las

disposiciones acusadas los delegados o representantes que elijan las ligas o entidades cívicas o de usuarios para que lleven su personería ante las juntas o consejos directivos tienen que pasar por la selección que realice el respectivo alcalde municipal. Y esto no lo dicen ni el Código de Régimen Municipal ni la Ley 11 de 1986 que facultó al Gobierno Nacional para expedir aquél Código, según su artículo 76-b.

“En efecto, dichos delegados electos por los usuarios de los servicios públicos municipales, de *elegidos* libremente por los ciudadanos usuarios se convierten, por gracia de las normas acusadas, en representantes meramente *postulados* ante el alcalde, para que éste los designe o seleccione en la forma establecida en las disposiciones demandadas, con el agravante que señalan tales disposiciones en cuanto a los porcentajes y capacidad económica de aquéllos. Y aquí no se trata, frente a las normas superiores, ante las normas subordinadas, del derecho de postulación, sino del derecho de elección.

“En tales circunstancias, pues, evidentemente las disposiciones reglamentarias o administrativas acusadas coartan la libertad electoral y parejamente cercenan el principio o espíritu de ‘asegurar la *participación efectiva* de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local’ que inspira la filosofía democrática de la Ley 11 de 1986, incorporado en su artículo inicial, como atrás quedó visto”.

Para la Sala no son menester otras consideraciones para concluir que por estar quebrantando normas de estirpe superior, los artículos acusados han de ser materia de anulación.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en concordancia con su colaborador del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### *Falla:*

*Primero.* Son nulos los artículos séptimo (7º), octavo (8º), noveno (9º), décimo (10), doce (12) y trece (13) del Decreto reglamentario 700 de 20 de abril de 1987 expedido por el presidente de la República, con la firma de su ministro de Gobierno, para reglamentar “el Título IX del Código de Régimen Municipal, en lo relacionado con la conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales”.

*Segundo.* Remítase copia de esta sentencia a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República y al ministro de Gobierno.

*Tercero.* Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, con las anotaciones del caso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**EJERCICIO DE PROFESIONES-Reglamentación/LOCUCION-Reglamentación/POTESTAD REGLAMENTARIA**

*En desarrollo de la potestad reglamentaria de que está investido el señor presidente de la República, no se puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si se actuara en ejercicio de facultades extraordinarias, sino que dicha capacidad reglamentaria debe estar dirigida para lo que es, reglamentar y desarrollar leyes. El decreto demandado por el cual se reglamenta el ejercicio de la locución en radio y televisión, se fundamenta esencialmente en el artículo 2º, literal a) del Decreto-ley 129 de 1976, el cual no establece el oficio de locución ni determina tal actividad como profesional derivada de unos estudios previos a cuya culminación se expida tal título. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1º a 15, 19, 20, 21, 22 y 23 del Decreto reglamentario número 2670 de 1984 (oct. 29).*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

**Referencia:** Expediente número 848. **Actor:** Juan Manuel Arboleda Perdomo.

El ciudadano Juan Manuel Arboleda Perdomo en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demanda la nulidad de los artículos 1º a 15 y 19 a 23 del Decreto número 2670 de 29 de octubre de 1984 por medio del cual se reglamenta “el ejercicio de la locución a través de los medios de radiodifusión sonora y televisión”, proferido por el Presidente de la República.

A la demanda se le imprimió el trámite correspondiente, dentro del cual se produjo inicialmente la suspensión provisional de las normas acusadas por manifiesta violación de disposiciones de superior jerarquía invocadas en aquélla. Las partes no hicieron uso del traslado para alegar, en tanto que el señor Fiscal Primero de la Corporación formuló su concepto de fondo en el que acoge plenamente las

consideraciones que se tuvieron en cuenta al decretar la suspensión. El colaborador del Ministerio Público luego de reproducir lo expuesto entonces, aduce, además, lo siguiente:

“Para ratificar lo transcrito, la Fiscalía quiere puntualizar por enésima vez que a la Administración Pública no le es dado el legislador, (sic) como se pretendió en el caso de autos, donde, bajo el argumento de reglamentar lo que se pretende es dictar todo un estatuto profesional para locutores a través de los medios de radiodifusión sonora y televisión, función que es privativa de la ley. Tampoco es puede reglamentar lo que previamente no se ha atribuido por ley, y en este caso no hay relación alguna entre un decreto ley que regula el Ministerio de Comunicaciones y el estatuto que pretende reglamentar la profesión de locutor”.

*Consideraciones de la Sala:*

Sin que se observe elemento nuevo de discusión en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda que induzca a cambiar el criterio inicial allí expuesto en lo que hace al decreto de suspensión provisional ejecutoriado, es suficiente motivación para el fallo de nulidad, repetir lo que allí se dijo en torno a la manifiesta y ostensible violación de la ley y de la Constitución Nacional por parte de las normas objeto de la censura. Entonces se dijo:

“2. El Decreto 2670 de 1984, por el cual se reglamenta el ejercicio de la locución en radio y televisión, se fundamenta esencialmente en el artículo 2º, literal a) del Decreto-ley 129 de 1976, y es evidente que dicha norma no establece el oficio de locución ni determina tal actividad como profesional derivada de unos estudios previos a cuya culminación se expida tal título.

“En efecto, reza el literal a) del artículo 2º del Decreto-ley 129 de 1976:

“Artículo 2º Además de las que en forma general señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 3º, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales:

“a) De acuerdo con el presidente de la República, adoptar la política de comunicaciones del país, especialmente en materia postal, de telefonía, de telegrafía, de radiodifusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo.

“3. Conforme a la preceptiva del artículo 39 de la Carta, corresponde a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar las profesiones

en su ejercicio; las autoridades sólo inspeccionarán los oficios profesionales 'en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas'.

"En reciente providencia, mediante la cual se culminó un proceso de simple nulidad sobre aspectos contenidos en actos administrativos de similar naturaleza al que en el presente se debate, la Corporación, entre otros argumentos, expuso:

"Observa la Sala que bajo la forma de reglamentación del Decreto ley 129 de 26 de enero de 1976, reorgánico del Ministerio de Comunicaciones, dictado en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 28 de 1974, el Decreto reglamentario 1131 de 20 de abril de 1983 demandado, implantó todo un estatuto sobre el ejercicio de un oficio como lo es el de 'actor' o 'director' de radio, teatro y televisión, ocupando así claramente la competencia que la Carta le asigna de manera única y exclusiva a la ley; o sea que se hizo por decreto lo que, según el artículo 39 de la C. N., le está reservado en forma exclusiva a la ley, pues sólo ésta 'puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones', y sólo 'para la cumplida ejecución de las leyes' se ejerce la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República como jefe de Estado y primera autoridad administrativa.

"El Decreto-ley 129 de 1976 invocado indebidamente en el decreto demandado, no establece los oficios de 'actor' o 'director' como profesiones, ni las regula ni las reglamenta. Luego mal puede reglamentarse lo que no está comprendido en el acto reglamentado.

"5. Como consecuencia de lo antes expuesto, no cabe la menor duda para el despacho, que en desarrollo de la potestad reglamentaria de que está investido el señor presidente de la República por el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional, no se puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si se actuara en ejercicio de facultades extraordinarias, sino que dicha capacidad reglamentaria debe estar dirigida para lo que es, reglamentar y desarrollar las leyes.

"Por lo tanto, es ostensible y manifiesta la violación de las normas invocadas por el actor (arts. 39 y 120 num. 3 de la C. N.), con la expedición del Decreto 2670 de octubre 19 de 1984, por medio del cual se dice reglamentar el ejercicio de la locución a través de medios de radiodifusión sonora y televisión, ejerciendo además facultades que no le competen y ocupando la competencia que la Carta Fundamental le asigna sólo a la ley, exigiendo título de idoneidad y reglamentando el ejercicio de la profesión de la actividad de locución por medio de un decreto reglamentario" (fls. 15 a 17).

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

*Falla:*

*Declárase la nulidad* de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 y 23 del Decreto reglamentario número 2670 de 29 de octubre de 1984.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

*POLICIA NACIONAL-Oficiales-Separación del Servicio*

*El abstenerse de darle curso a los reclamos formulados por los oficiales se está desconociendo en forma flagrante el derecho del recurrente a que su situación sea reexaminada y eventualmente a que se le resuelva favorablemente. Es la consagración legal del derecho fundamental de defensa.*

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

*Consejero ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

*Referencia: Expediente número 599-R. Minist. Actor: Germán Buriticá C.*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad del Decreto 1474 de 16 de junio de 1980, en cuanto por sus artículos 2º y 3º retiró en forma temporal del servicio activo de la Policía Nacional al teniente Germán Buriticá Cifuentes y a título de restablecimiento del derecho ordenó su reintegro en el grado indicado y el pago de los haberes dejados de percibir.

Por la sentencia apelada se sabe que el demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos que se resumen, así: ingresó al servicio de la Policía Nacional, como cadete, en el año 1968; ascendió dos veces, hasta el grado de teniente y realizó, aprobándolo, el curso para ascenso a capitán, entre los meses de enero y junio de 1977; fue sancionado disciplinariamente con suspensión por el término de 6 meses, cumplida la cual continuó prestando sus servicios; el 30 de abril de 1980 se le notificó personalmente la clasificación en lista número 5, mediante el oficio 272 de la División de Personal de la Policía Nacional, contra la cual el actor interpuso oportunamente la reclamación establecida en la ley (art. 62 del Decreto extraordinario 1834 de 1979); pero, el 20 de mayo siguiente se le notificó por oficio 385 de aquella división la misma clasificación en lista número 5, con la diferencia de que uno de sus considerandos quedó modificado; nuevamente el actor, el 30 de mayo de 1980, dentro del término que establece el decreto extraordinario mencionado, interpuso la pertinente reclamación, con expresión de los motivos y argumentaciones que lo llevaban a con-

siderarse mal e injustamente clasificado; sin embargo la Junta Clasificadora no respondió la reclamación formulada y, finalmente, el acto impugnado dispuso el retiro temporal del servicio del actor, sin que se hubiera resuelto en forma definitiva lo referente a la reclamación.

*Competencia.* La Sala debe estudiar tanto lo desfavorable a la parte apelante como a la Nación, en virtud del recurso de apelación que interpuso la primera y de la consulta ordenada en lo que afecta a la segunda.

*Reconstrucción.* Como consecuencia de la destrucción del expediente en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, aquel se reconstruyó, sin que hubiera sido posible obtener copia de la demanda.

Llegado el momento de proferir la decisión del recurso, a ello se procede, previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

En la primera instancia, el agente del Ministerio Público planteó la posibilidad de que la acción hubiera caducado, en tanto que la demanda fue presentada el 31 de octubre de 1980 justo a los cuatro meses, pero de ocurrida la publicación del decreto acusado. “Sin embargo, la Fiscalía observa que si bien el decreto fue publicado en el *Diario Oficial* (lo que sucede con TODOS LOS DECRETOS), no hay norma que obligue a su publicación allí para que empiece a regir. Es más, el decreto acusado lo que ordena es COMUNICAR el retiro en dicho decreto ordenado, al interesado”. Y a renglón seguido opina que en estos casos la caducidad debe computarse desde la fecha de ejecución del acto —que en el presente sería desde el 20 de junio de 1980—, o a partir de la fecha de comunicación si ello ha sucedido. Advierte, adicionalmente, que no existe constancia de que la comunicación hubiera ocurrido.

Al respecto, observa la Sala, en primer término, que la norma aplicable es el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, según la cual la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribía al cabo de 4 meses a partir de la *publicación, notificación o ejecución* del acto.

Ahora bien, en el expediente no aparece constancia de la fecha en que el actor tuvo conocimiento del decreto que dispuso su separación del servicio, diferente al derivado de su publicación en el *Diario Oficial* de fecha 1º de julio de 1980, que aparece a folio 89. En consecuencia debe entenderse que es esta la fecha a partir de la cual debía computarse el término de caducidad o “prescripción” de la acción de restablecimiento del derecho o de plena jurisdicción como entonces se denominaba. Por lo tanto como la demanda fue presentada el 31 de

octubre de ese año, según lo dice la vista Fiscal de primera instancia, fuerza concluir que no había caducado la acción.

Dilucidado el tema insinuado por el Fiscal del Tribunal del conocimiento, pasa la Sala a estudiar el fondo de la acción, sobre el cual se tiene:

Como se dijo, la Junta Clasificadora de Oficiales Subalternos de la Policía Nacional, clasificó al demandante para el año de 1979 en la lista número 5, según consta en el oficio número 385 de 16 de mayo de 1980, que obra a folio 9 del expediente.

La clasificación anterior fue notificada al actor el 20 de mayo siguiente, quien formuló reclamo dentro del término legal (art. 62, Decreto 1834 de 1979, fls. 10-14) y solicitó revisión de las calificaciones y clasificación y la correspondiente modificación con base en las razones por él expuestas.

Según se observa en el expediente, la aludida reclamación no fue tramitada por la junta encargada de hacerlo de conformidad con el procedimiento establecido para el efecto por el Decreto 1834 de 1979. Es decir, que la administración se abstuvo de desatar el recurso interpuesto por el actor contra la decisión adoptada por ella.

Igualmente se encuentra que, sin haber sido resuelta por la administración la reclamación formulada por el administrado, se procedió a expedir pocos días después —el 16 de junio de 1980— el Decreto 1474 mediante el cual se dispuso retirarlo del servicio activo.

En la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se expresa que el demandante “Indica como disposiciones violadas los artículos 60, 65, 66, 62, 63, 64 del Decreto 1834 de 1979, artículo 45 de la Constitución Nacional (sic); Decreto 613 de 1977, artículo 89; artículos 89 a 93 del Decreto 1834 de 1979”. Por tratarse de un proceso reconstruido y no aparecer en el expediente copia de la demanda, no es posible conocer el concepto de la violación de las aludidas normas expuesto por el actor en su libelo. Sin embargo, en el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal (fls. 17 a 21) se lee: “Además de la violación del Decreto 1834 de 1979, igualmente se violó el derecho de petición consagrado por la Constitución Nacional en el artículo 45. La Junta Clasificadora del Personal de Oficiales Superiores al no contestar la reclamación propuesta incurrió en silencio administrativo, y en consecuencia el Decreto 1474 de junio de 1980 se dictó sin tener las premisas de legalidad necesarias, y por lo tanto dicho decreto es nulo en lo que hace referencia a la situación de mi representado”; de donde se infiere que una de las razones en las cuales fundamentó su impugnación contra el decreto que dispuso la separación del servicio del señor Buriticá (el 1474 de 1980), está dada en el hecho de haber sido dictado “sin tener las premisas de legalidad necesarias” por cuanto no se dio respuesta a la reclamación formulada

contra la calificación y la clasificación en el escrito dirigido en forma razonada y dentro del término legal a la Junta Clasificadora el 30 de mayo de 1980.

Es la anterior, a juicio de la Sala, razón suficiente para disponer la nulidad del referido decreto como lo resolvió el Tribunal en su oportunidad. En efecto:

a) Es incuestionable que la separación del servicio de los oficiales de la Policía con base en la calificación y ulterior clasificación, es el resultado de una serie de actuaciones regladas en el Decreto extraordinario 1834 de 1979, cuya observancia por parte de la administración es de impretermitible cumplimiento.

b) Dentro de dicha normatividad para el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que en relación con los reclamos formulados de acuerdo con el artículo 62, cual es el caso *sub lite*, los artículos 63 y 64 establecen el trámite a seguir para culminar con el pronunciamiento de la junta el cual tiene el carácter de "fallo definitivo que se comunica al interesado" (arts. 64 y 65).

c) No puede pensarse que la administración pueda discrecionalmente darle o no curso a los reclamos formulados por los oficiales. Pues al abstenerse de hacerlo está desconociendo en forma flagrante el derecho del recurrente a que su situación sea reexaminada y eventualmente a que se le resuelva favorablemente. No es ésta una concesión graciosa del legislador. Es la consagración legal de un derecho fundamental: el de defensa. Y es obvio que en esta clase de actuaciones el Estado, a través de sus agentes, esté en la obligación de examinar y decidir sobre las manifestaciones de inconformidad del clasificado; pues de tal clasificación dependen no solamente los ascensos y estímulos del oficial, sino, su retiro del servicio, según las voces del artículo 105 según el cual "El quedar incluido en lista número cinco" (5) "pésimos" o "incompetentes", impone el inmediato retiro de la institución..."

d) Al haber sido expedido el Decreto 1474 de 1980 disponiendo el retiro del señor Buriticá, sin que previamente se hubiera resuelto la reclamación por él formulada contra la calificación y clasificación que se tuvo en cuenta para separarlo del servicio, se actuó en contra del ordenamiento jurídico y en consecuencia, debía ser anulado el referido acto administrativo, como en efecto lo dispuso el Tribunal en sentencia proferida el 8 de octubre de 1982.

Resta el estudio de los alcances del recurso del demandante, quien aspira a que el restablecimiento del derecho se ordene con el ascenso al grado de capitán y no al que tenía en el momento de su retiro como lo ordenó la sentencia apelada.

El demandante no ha controvertido el hecho de que previamente a la clasificación en lista número 5, tuviera dos clasificaciones en lista número 4, según lo dice el oficio 385 de la División de Personal (fl. 9).

Entonces, resulta que con arreglo al literal c) del artículo 98 del Decreto extraordinario 1834 de 1979, haber obtenido dos listas cuatro determina una clasificación para ascenso en la lista 4, la que por mandato del artículo 103, impide ser considerado para ascenso al grado inmediatamente superior.

Luego, como el ascenso no era procedente, la orden de reintegro al mismo grado de teniente que tenía el actor en el momento de su retiro temporal, se ajusta a derecho y deberá confirmarse.

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

*Falla:*

*Confírmase* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en la sesión celebrada el día 1º de septiembre de 1989.

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

*Miguel Antonio Perilla P. Secretario.*

**PRESIDENTE-Atribución constitucional/CONTRATO DE IMPORTACION**

*Lo que en su oportunidad no hizo el estatuto contractual dictado por el presidente en uso de facultades extraordinarias y en los cuales no aparece clasificado como administrativo el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el decreto demandado, al introducirle a aquél la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la administración.*

**DECRETA LA NULIDAD del artículo 2º del Decreto número 886 de 1984 (abril 10).**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 970. Actor: Rafael Bernal Salamanca.**

El doctor Rafael Bernal Salamanca en su propio nombre y en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 34 del C. C. A., demanda la nulidad del Decreto número 886 de 10 de abril de 1984 expedido por el señor Presidente de la República en asocio del señor ministro de Desarrollo Económico.

*El acto acusado:*

Es del siguiente tenor.

**“DECRETO NUMERO 886 DE 1984  
(abril 10)**

**“Por el cual se determina la competencia para el ejercicio de una actividad administrativa en materia de Comercio Exterior.**

**“El Presidente de la República de Colombia, en uso de la facultad que le otorga el artículo 132 de la Constitución Nacional, y**

*Considerando:*

“Que dada la naturaleza jurídica de establecimiento público la afinidad con los objetivos que la ley le ha trazado y la organización administrativa, el organismo competente más idóneo para ejercer la actividad de suscribir, vigilar y controlar los contratos de compromiso de exportación es el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX,

*Decreta:*

“Artículo 1º Autorizar al Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX en su condición de organismo ejecutor de la política de comercio exterior para que suscriba, vigile y controle los contratos de exportación que se disponga deban firmar las personas de derecho público o privado.

“Artículo 2º Los contratos que suscriba el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX en desarrollo de esta facultad contendrán entre otras las cláusulas de la caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales a que se refiere la Ley 19 de 1982 en concordancia con el Decreto 222 de 1983.

“Artículo 3º El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 10 de abril de 1984.

*Belisario Betancur*

El Ministro de Desarrollo,

*Rodrigo Marín Bernal”.*

*Fundamentos de derecho de la demanda:*

Los expresa así el recurrente en el acápite denominado “normas violadas y concepto de la violación”.

“Considero que el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984 violó el artículo 132 de la Constitución Nacional, porque al ordenar que los contratos de compromiso de exportación asignados al INCOMEX deben contener la cláusula de caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de la entidad pública que los suscribe, los clasificó, como contratos administrativos, arrogándose una facultad que no le corresponde al Presidente de la República sino al órgano legislativo del poder.

“Considero que el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984 violó la Ley 19 de 1982, porque ésta no estableció que los contratos de compromiso de exportación fueran contratos administrativos y dispuso que los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, sólo se aplican a los contratos administrativos, de tal forma que el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984, al ordenar que los contratos de compromiso de exportación asignados al INCOMEX deben contener la cláusula de caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte del INCOMEX, los clasificó como contratos administrativos, arrogándose una facultad que no le corresponde al Presidente de la República sino al Congreso Nacional.

“Considero que el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984 violó el Decreto extraordinario número 222 de 1983 porque éste no clasificó como contratos administrativos los contratos de compromiso de exportación y dispuso que los principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, sólo se aplican a los contratos administrativos, de tal forma que el Decreto número 886 de 10 de abril de 1984, al ordenar que los contratos de compromiso de exportación asignados al INCOMEX deben contener la cláusula de caducidad y los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales por parte del INCOMEX, los clasificó como contratos administrativos, arrogándose una facultad que no le corresponde al Presidente de la República sino a la rama legislativa del poder”.

*Oposición del Ministerio de Desarrollo Económico:*

1. Se opone mediante procurador judicial a las pretensiones de la demanda en el escrito de contestación de ésta, así:

a) Los contratos de compromiso de exportación según lo entendió la Sala Unitaria están en la órbita de actividades del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, luego el Decreto 886 de 1984 no violó el artículo 132 de la Constitución Nacional

b) Tampoco quebrantó el Decreto 886 la Ley 19 de 1982 porque ésta facultó al señor Presidente de la República en su artículo 10 literal d) para “reclasificar y definir los contratos que celebran la Nación y demás entidades sometidas al estatuto contractual administrativo pudiendo señalar regímenes especiales para ellos”.

c) El Decreto 886 “se limitó a regular una materia que al mismo tiempo que implicaba distribuir un negocio, según su

afinidad, a un establecimiento público, suponía reglamentar un aspecto relacionado con los contratos en que estuvieren entidades de derecho público, cuando se vean precisadas a hacer exportaciones”.

d) Al dictar “el Decreto 886 de 1984 el Presidente de la República, formando Gobierno con el señor ministro de Desarrollo Económico, por razón de la materia, reglamentó el Decreto 222, pues la actividad de exportar algo cae perfectamente y sin forzar la naturaleza de las cosas, dentro de los llamados contratos de suministro, modalidad contractual ésta que indiscutiblemente está comprendida dentro de los contratos administrativos”. En efecto: “Qué otra cosa sino el sometimiento de un bien que supone el exportar una mercancía o cualquier objeto que por un proveedor nacional se suministre a alguien fuera del país?”. No se muda la índole del contrato de suministro por la circunstancia de que quien suministra los bienes o servicios sea una entidad pública o por el hecho de que lo suministrado deba salir del país y por lo tanto constituye una exportación.

2. Reitera el Ministerio en su alegato de conclusión la anterior argumentación.

#### *Concepto del Ministerio Público:*

Conceptúa el honorable fiscal ante esta Corporación que debe anularse el artículo 2º cuestionado del Decreto 886 y concluye que debe acogerse la argumentación de la Sala Unitaria para decretar la suspensión provisional del mismo.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Estima ésta que las apreciaciones que hizo la Sala Unitaria en el auto de suspensión provisional de 9 de septiembre de 1988 respecto del Decreto 886 de 1984 especialmente de su artículo 2º conservan su validez ya que no han sido desvirtuados y por ello las reproduce como motivación de este fallo para declarar la nulidad de dicho artículo 2º, así:

“1. ... Estima el despacho que la suspensión deprecada está llamada a prosperar por las siguientes razones:

“a) En primer término se advierte que la única facultad invocada por el Presidente de la República para dictar el decreto acusado es el artículo 132 de la Carta Política, de conformidad con el cual “la distribución de los negocios, según sus afinidades, entre ministerios, departamentos administra-

tivos y establecimientos públicos corresponde al Presidente de la República’.

“Ello ha de entenderse en el sentido de que el jefe del Estado como suprema autoridad administrativa que es, tiene la facultad de hacer la repartición del trabajo entre los distintos ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, teniendo en cuenta que correspondan a las funciones que cada uno de ellos cumple.

“Entonces el artículo 1º del Decreto 886 queda cobijado por dicha previsión porque los contratos de exportación de que habla la norma están en la órbita de actividades que ordinariamente cumple el Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

“b) Mas no sucede lo mismo en tratándose del mandato del artículo 2º *ibidem* en cuanto se inmiscuye en campo que no lo autoriza el referido artículo 132 constitucional, porque no se trata de distribuir labores por el señor Presidente de la República.

“En efecto, lo que en su oportunidad no hizo el Decreto 222 de 1983 dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 19 de 1982 ‘por la cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas...’ y en las cuales no aparece clasificado como administrativos el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el Decreto 886 en el texto examinado al introducirle a aquél la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la Administración.

“Surge así a primera vista, ostensiblemente, según las prescripciones del artículo 152 del C. C. A., en punto a suspensión provisional, el quebranto del artículo 132 de la Carta y del Decreto 222 de 1983 en armonía con la Ley 19 de 1982, que se vería indebidamente adicionado en la forma vista y por ello habrá de decretarse la medida precautoria respecto del artículo 2º del Decreto 886 de 1984”.

2. A lo anterior valga agregar lo siguiente que responde alegaciones del Ministerio de Desarrollo:

a) El auto de suspensión provisional se contrajo al artículo 2º del Decreto 886 y no al artículo 1º *ibidem*. Luego cuando se afirmó que los contratos de compromiso de exportación estaban dentro del campo de actividades del INCOMEX lo fue respecto de dicho artículo 1º que lo autoriza para suscribir, vigilar y controlar dichos contratos y todo ello dentro

de la finalidad de distribución de trabajo del artículo 132 de la Constitución Nacional.

b) La facultad del artículo 10 literal d) de la Ley 19 de 1982 se agotó con la expedición que precisamente hizo el Presidente de la República del Decreto-ley 222 de 1983 que contiene el estatuto contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas, para lo cual se le concedió plazo de un (1) año (art. 10, inciso 1º de la Ley 19). No es concebible entonces que el Gobierno Nacional pretextando el uso de su potestad reglamentaria constitucional continúe desarrollando la mencionada ley. Fuera de que la alegada facultad no figura como fuente legal del Decreto 886.

c) Por último debe advertirse que en ninguna parte del Decreto 886 se lee: contrato de suministro, sino "contratos de compromiso de exportación" (parte motiva) y "contratos de exportación" (parte resolutive, art. 2º), luego no es posible aceptar la alegre interpretación de la parte impugnadora de equiparar aquéllos a "contratos de suministro".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del honorable Fiscal Primero ante esta Corporación:

*Falla:*

Decrétase la nulidad del artículo 2º del Decreto número 886 de 10 de abril de 1984 expedido por el señor Presidente de la República.

Cópiese y notifíquese.

La presente sentencia fue considerada y aprobada en sesión de la Sala de siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

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

*Una primera limitación a la facultad impositiva de los Concejos Municipales, es la no poder gravar actividades que se ejerzan en otras jurisdicciones. Para efectos de interpretar la Ley 14 de 1983, no se considera acertado separar la "venta" como un hecho aparte y distinto de la "producción" para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto. La venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo; el producir por producir no es actividad industrial en sentido económico o fiscal.*

*En la norma demandada se observa un sutil pero definitivo cambio al señalar como "base gravable" un concepto diferente al de la Ley 14 de 1983. En el artículo 32 de ésta se señala como tal "el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho"; este concepto no es lo mismo que "los ingresos provenientes de la comercialización de la producción" puesto que el calificativo de "provenientes" hace relación al origen, en tanto que el de "obtenidos por las personas" está vinculado a un volumen total de los devengados por el sujeto pasivo.*

**DECLARA LA NULIDAD del inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 3070 de 1983 (noviembre 3).**

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

**Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.**

**Referencia: Expediente número 0082. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. Autoridades nacionales. Fallo.**

Una vez reconstruido el expediente original que se destruyó en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, procede la Sala a decidir sobre la acción pública que por la vía del artículo 84 del C. C. A., promovieron los abogados Juan Rafael Bravo Arteaga y

Lucy Cruz de Quiñones para que se declare por esta Corporación la nulidad del segundo inciso del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983 (noviembre 3) por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 14 de 1983, correspondiendo la norma acusada al impuesto de industria y comercio.

*Antecedentes:*

El auto admisorio de la demanda de 6 de septiembre de 1985 en cuanto dispuso la suspensión provisional, fue revocado por auto de 26 de junio de 1987.

Han intervenido como impugnadores de la demanda en su condición de ciudadanos, los abogados Ricardo Monroy Church, James W. F. Raisbeck y Rodrigo Velásquez López.

El Ministerio Público a través del Fiscal Tercero Jaime Ossa Arbeláez se mostró partidario de abstenerse de decretar la nulidad solicitada en su vista número 86 de 23 de junio de 1988.

Fue solicitada audiencia pública sobre lo cual se decidirá en el momento procesal correspondiente, conforme al artículo 147 del C.C.A.

*Planteamiento del problema:*

La Ley 14 de 1983 (6 de julio) "por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones" dedicó los Capítulos II y III a sentar las bases generales de regulación del gravamen municipal creado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, denominado impuesto de industria y comercio, de la cual se destacan, en lo pertinente, las siguientes disposiciones, algunas de las cuales se han considerado infringidas por la norma acusada.

Ley 14 de 1983 (junio 6).

"Artículo 32. El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

"Artículo 33. El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del

año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones —ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones—, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios.

“Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:

“1. Del 2 al 7 x 1.000 mensual para actividades industriales, y

“2. Del 2 al 10 x 1.000 mensual para actividades comerciales y de servicios.

“Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de esta ley hayan establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo.

“Parágrafo 1º . . . . .

“Parágrafo 2º . . . . .

“Parágrafo 3º . . . . .

“Artículo 34. Para los fines de esta ley, se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materias o bienes.

“Artículo 35. Se entienden por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta ley, como actividades industriales o de servicios.

“Artículo 36. Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: . . . . .”

Esta ley fue parcialmente reglamentada por el Decreto 3070 de 1983 (nov. 3) cuyo artículo 1º incluyó el segundo inciso, que se

destaca con subraya por ser el objeto de acusación, dispone lo siguiente:

“Artículo 1º Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias, constituidas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable.

*“El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción.*

La demanda comienza por observar que la Ley 14 modificó la estructura del impuesto señalando en sus artículos 32 y 33 los siguientes elementos:

*“Materia imponible.* Ejecución de las actividades industriales, comerciales o de servicios.

*“Sujeto pasivo.* Las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho que ejerzan directa o indirectamente las actividades gravadas.

*“Sujeto activo.* El municipio en donde se realice la actividad gravable.

*“Base gravable.* En el artículo 33 señaló la base gravable así:

*“Se liquida sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas o sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior...”*

Se deduce de tales artículos que los municipios quedaron investidos de potestad financiera para recaudar o administrar a su favor los impuestos que se causen por las actividades que se realicen en su jurisdicción. Una primera consecuencia es que un municipio no puede gravar actividades desarrolladas en otro municipio, ni perder por las ejercidas en su jurisdicción.

Una segunda conclusión es que la base gravable tiene además por límite los ingresos obtenidos por cada sujeto que la desarrolla, enten-

diendo por tales las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho (no simplemente los establecimientos).

La ley no consagra trato de privilegio, o discriminatorio a favor o en contra de una u otra actividad y la mecánica de la aplicación de la base gravable permite cualificar el impuesto en cada municipio por los ingresos obtenidos en cada lugar, sin que la suma de ellos exceda el tope establecido en el artículo 33, constituido por "los ingresos brutos obtenidos por la persona natural, jurídica o sociedad de hecho en el año inmediatamente anterior".

Este sistema también es aplicable al industrial, no obstante que su actividad lleva anexa la comercial, pero de la naturaleza de estas actividades se deduce que la persona dedicada a la *industria* en la jurisdicción donde produce y vende y el *comercio* en donde solamente vende, surge la aplicación lógica de la ley en el sentido de gravar en cada municipio por los ingresos obtenidos en cada uno de ellos, sin que pueda duplicarse o multiplicarse la misma base.

El desarrollo de esta disposición de la ley tuvo en el primer inciso del artículo 1º una cabal interpretación al referirse a los contribuyentes que realicen actividades en varios municipios obligándolos a registrarse en cada uno de ellos y a "llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas" en dichos municipios, pero el segundo inciso de esta norma constituye un descalabro para la Ley 14 al disponer que en la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre la fábrica teniendo como base gravable los ingresos brutos de la comercialización.

Las posibles interpretaciones de esta norma las encuentran los actores, contrarias a la ley reglamentada y a la Constitución, con esta argumentación resumida: si se interpreta en el sentido de que el municipio donde está ubicada la fábrica puede gravar sobre el total de ventas en el país y además cada municipio gravaría sobre las ventas realizadas en cada uno de ellos, se viola la ley por introducir un factor discriminatorio contra el industrial, bien porque se está multiplicando la base gravable o bien porque está inhibiendo a otros municipios a cobrar el impuesto causado en ellos; además esta interpretación sería violatoria de los artículos 32 y 33 porque establece una discriminación en contra de los industriales, no contemplada en la ley, al no permitirles detallar en su contabilidad sus ingresos por sus respectivos orígenes, como sí se lo permite a las demás actividades (comercio y servicios). Si se interpreta en el sentido de que solamente en el municipio donde está la fábrica tiene derecho a gravar sobre la totalidad de las ventas, excluyendo de la posibilidad de cobrar impuesto en otros municipios por la comercialización realizada en sus respectivas jurisdicciones, también se estaría violando los artículos 32 y 33

que permiten gravar a los contribuyentes sobre las actividades ejercidas en su territorio; esto equivaldría a un despojo de las rentas municipales cuya propiedad garantiza el artículo 183 de la C. N.

De los opositores o *impugnadores* de la demanda se destacan los siguientes:

El doctor Monroy "estima que los demandantes han hecho una interpretación aislada de cada uno de los incisos del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, y que ello conduce a una distorsionada interpretación de la norma; por el contrario, si la lectura de los dos incisos se hace en forma integrada, se hallará que se encuentra conforme a la ley reglamentada, que quiso, como lo dispone el acto impugnado, que las actividades comerciales fueran gravadas en los distintos municipios donde se ejerza, sin perjuicio de que la actividad industrial se grave con base en lo que en cada municipio venda, en la hipótesis de tener sucursales o agencias para la venta o comercialización del producto, pero no en caso contrario.

"El inciso segundo demandado contempla la hipótesis de que la base gravable la constituyen los ingresos provenientes de la venta de producción, sostiene el suplicante, y glosa la interpretación de los actores a quienes, según su opinión consideran que el inciso segundo implica la idea de que el gravamen se pagará en municipio distinto al en donde se tiene la fábrica, aun cuando carezca allí de agencia o sucursal".

Por su parte el impugnador Rodrigo Velásquez López, critica las conclusiones a que llegan los demandantes (aumento ficticio de la base gravable en el municipio en donde esté la fábrica o inhibición a los demás donde se comercialice la producción) y comienza por insistir en recordar que los elementos fundamentales del impuesto son el de constituir una contraprestación por el uso de la infraestructura urbana y el de ser un impuesto que grava las *actividades* (industrial, comercial y servicio) y no las ventas, ni el patrimonio, ni la empresa, ni las sociedades.

El doctor Velásquez propugnó por una interpretación integral del artículo 1º y no aislada de su parágrafo, según la cual dicha norma regula la situación de contribuyentes que realizan varias actividades en varias jurisdicciones municipales quedando sujetos al pago en cada uno de ellos en donde realice los hechos generadores previstos y definidos en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 14.

Para el impugnante, la existencia de sucursales o agencias de propiedad del industrial resulta factor importante para distinguir la forma de ejercicio de las actividades en los distintos municipios, a saber:

a) Si desarrolla su actividad fabril en un municipio y su actividad comercial a través de establecimiento comercial de su propiedad en otro, debe tributar en ambos: uno por el ejercicio de la actividad industrial y otro por lo comercial de acuerdo con el artículo 1º (no precisa las bases gravables).

b) Cuando desarrolla en un municipio únicamente su actividad industrial, vendiendo directamente sin mediación de agencias o sucursales, debe tributar solamente donde produce, sin tributar en los demás a donde llega su producción, por cuanto en éstas no realiza actividad comercial (adoptar lo contrario, implicaría crear un nuevo hecho gravable prohibido por la misma ley «art. 39-2» como es el tránsito de mercancía de uno a otro municipio).

Para el doctor Raisbeck los ingresos de la actividad industrial no se generan para el industrial "hasta que se venda la producción" y de ahí distingue las actividades simplemente comerciales de las originadas en la actividad industrial y la justificación del impuesto no sea solamente de comercio sino "de industria y comercio". Considera de lógica que cuando el artículo 35 de la Ley 14 de 1983 dice que la distribución de mercancía es una actividad comercial, siempre que no esté considerada por la misma ley como actividad industrial, está reconociendo "que la comercialización de sus productos por un industrial se tratará de manera diferente a que se trate de una mera actividad comercial". De manera que el artículo 1º del Decreto 3070 de 1983 desarrolló "indicando que tratándose de actividades industriales el gravamen se pagará en el municipio donde esté ubicada la planta" y abarca las ventas que haga en todo el país.

Concluye el impugante:

"Lo que la ley quiso decir fue que la comercialización de los propios productos que hace quien ejerce la actividad *industrial*, paga impuesto de industria y comercio en el municipio donde está ubicada la planta. Por eso, al definir la actividad *comercial*, se sustrajeron de dicha actividad las actividades de compraventa que se consideran como actividades industriales. ¿Y cuáles son esas? Pues necesariamente las ventas de los propios productos de los industriales hechas por ellos directamente".

En alegato de fondo los actores reiteran:

1. Que el inciso 1º del artículo 1º al establecer que en cada municipio se grave el ingreso realizado dentro de su territorio se ajusta a la Ley 14 de 1983 en la forma como la Sección Cuarta lo ha interpretado (Radicación núm. 0163) al resaltar que según el artículo 32 las actividades gravadas son las que se realicen "en las respectivas jurisdicciones territoriales".

2. Que el inciso 2º al establecer que la actividad industrial el gravamen se pagará “donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial” contradice la ley en cuanto ésta señala los municipios en donde se obtengan los ingresos, no la ubicación de un conjunto de bienes, como es una fábrica.

3. El mismo inciso 2º al señalar como base los ingresos brutos provenientes de la comercialización está desvinculando la base del lugar en donde se obtiene el ingreso.

4. La consecuencia de relacionar la base gravable con la producción vendida conduce a la violación de los derechos de los contribuyentes o de los municipios ya señalada: duplicar la base para los primeros o impedir el gravamen para los segundos.

5. Que el mismo inciso 2º al referirse a los “ingresos” sin calificativo, ni distinción alguna, significa el total de ingresos o todos los ingresos o los ingresos de todo el territorio o todos los municipios.

6. Que el segundo inciso no está repitiendo lo que dice el 1º lo cual sería ilógico si se entiende que el segundo indica que el municipio en donde está la fábrica tiene derecho a liquidar sobre “los ingresos brutos” resulta ilegal.

7. Denuncia que los municipios más importantes han entendido la norma en el sentido de que los habilita para tasar el impuesto en función de la venta total de la producción y no en función de los ingresos percibidos en el correspondiente territorio y a tal efecto cita el caso de Bogotá, D. E., con el Acuerdo 21 de 1983, parágrafo 2º del artículo 20; el de Cali según el artículo 27 del Acuerdo 35 de 1985; el de Medellín según el artículo 20 del Acuerdo 47 de 1983 (aunque éste se limitó a copiar el art. 1º del D. R. 3070 de 1983); el del municipio de Yumbo, artículo 34 del Acuerdo 36 de 1984.

Finalmente critican varias de las apreciaciones del impugnador Velásquez López.

El señor Fiscal Tercero en vista número 86-88, en resumen conceptúa que la interpretación dada por los demandantes no es en sí mismo un motivo de nulidad ya que no se da el caso de la múltiple tributación, ni es un privilegio de un único municipio, el del lugar donde está la industria y pide que no se decrete la nulidad de la norma acusada.

Se funda en que el hecho imponible es el ejercicio de alguna de las tres actividades definidas en los artículos 34, 35 y 36 de la ley y que las ventas sólo sirven de pauta para precisar el monto del tributo en cada caso. No hay riesgo de multiplicación por la circunstancia de que tenga establecimientos en varios municipios porque el impues-

to se tasará según el poderío económico del sujeto pasivo de cada establecimiento que tenga.

Atribuye características teóricas a la doble tributación porque si ejercita actividades dentro de un municipio sólo se gravará cuando comercializa y si ejerce actividades en varios municipios sólo paga industria por el equipamiento en donde está la factoría y como comerciante en otros.

*Para resolver, se considera:*

De los diversos y atinados alegatos de los intervinientes en este proceso ampliados y confirmados en la audiencia pública que se celebró el día 17 de septiembre del año en curso, la Sala resalta algunos aspectos de ellos para adoptar su propio criterio interpretativo destinado a resolver la pretensión de la demanda.

En primer lugar, destaca que el impuesto es único y de esa *unidad* se derivan consecuencias jurídicas y prácticas como es aquella de que, no obstante que los sujetos activos del mismo son los municipios (entes administrativos para un territorio dado), no significa que unos lo puedan considerar como impuesto de industria y otros como impuesto de comercio. No. El gravamen es uno solo, local y directo, denominado de industria y comercio, heredero del de patentes autorizado por la Ley 97 de 1913 y convertido con el tiempo en quizá la más importante fuente de ingresos tributarios de los municipios colombianos.

Entendida la Ley 14 de 1983 como el marco dentro del cual se debe desarrollar la actividad tributaria local, se anota como una primera limitación a la facultad impositiva de los concejos municipales, la de no poder gravar actividades que se ejerzan en otras jurisdicciones municipales; esta limitación que es apenas obvia, surge de los límites territoriales de su competencia dada por el artículo 5º de la Constitución que consagra la división territorial de la Nación y del 196 cuando dispone que en cada distrito municipal habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Concejo Municipal y cuyas atribuciones enumeradas en el artículo 197 se ejercerán, como en el caso de las contribuciones, de conformidad con la Constitución, la ley y las Ordenanzas.

En segundo lugar, recuerda que para nuestro ordenamiento jurídico, de raigambre latina, los únicos *sujetos pasivos* son las personas y sólo excepcional o expresamente algunas áreas como la del Derecho Tributario, han designado a otros entes como capaces de contraer obligaciones tributarias y ser titulares de derechos, como las sociedades de hecho, las sucesiones ilíquidas y otras.

En la regulación legal del impuesto de industria y comercio este principio no está desvirtuado ni desconocido, sino al contrario, sobre

él está montado el sistema autorizado por la Ley 14 de 1983, como puede observarse en los siguientes apartes: las actividades allí mencionadas como “hechos gravables”, están vinculadas al sujeto que las realiza (art. 32) e igualmente la “base” al decir que está constituida por los ingresos brutos, se refiere a los obtenidos por las personas y las sociedades de hecho (art. 33), o sea, las mismas reconocidas como sujetos pasivos.

Sirve esta observación introductoria para criticar el enfoque de quienes por desligar el concepto del sujeto, del de la actividad que realiza y los ingresos que de ello se obtiene, pretenden radicar el gravamen mirando primordialmente al “establecimiento” en donde se ejerce una actividad, con independencia o sin consultar las características y limitaciones de su dueño que es en definitiva el sujeto pasivo o contribuyente.

La Sala destaca además de lo anterior, los siguientes elementos de la Ley 14 de 1983 que intervienen en la interpretación de la norma acusada:

Según el artículo 32 la *materia imponible* en este gravamen está constituida por el ejercicio, en una jurisdicción municipal de una actividad mercantil en cualquiera de sus manifestaciones industrial, comercial o de servicio por parte de personas (naturales o jurídicas) y sociedades de hecho, en forma permanente u ocasional, con o sin establecimientos e independientemente del factor de “ánimo de lucro” que concientemente fue suprimido.

Con relación a este elemento, la limitación a la cual están sujetos los Concejos es la que surge de la circunstancia de que las actividades que constituyen la materia imponible están descritas o definidas en la misma ley y por tanto se trata de conceptos obligatorios, sin que sea dable a los municipios variarlos. Tales definiciones —de aplicación general— están contenidas en las siguientes disposiciones:

El artículo 36 dice que son actividades de *servicios* las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad, como las que allí señala.

El artículo 34 considera como actividades *industriales* las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamble de cualquier clase de materiales o bienes y,

El artículo 35 define como *comerciales* las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, siempre y cuando no estén consideradas por el Código de Comercio o por esta misma ley, como actividades industriales o de servicios.

De acuerdo con esta definición o descripción legal, la venta de mercancías en principio es actividad “comercial”, salvo cuando se trate

de la venta de las mercancías producidas por el mismo sujeto o persona, pues siendo "industrial" su actividad continúa siéndolo, como lo ordena la salvedad hecha por el artículo 35 al describir las actividades comerciales.

La interpretación de esta parte final del artículo 35 y las definiciones de actividad industrial y de servicio dadas en los artículos 34 y 36, indican que la comercialización de sus productos hecha por el industrial en la sede fabril, al por mayor o al por menor, no se convierte en actividad comercial sino que conserva su nota característica de ser industrial. En otras palabras, habiendo tomado la ley como medida del gravamen el producto de las ventas, no por ello convierte en comercial la actividad de quien las fabrica.

Esta aclaración es necesaria además para efectos de determinar la tarifa aplicable en cada municipio, y para interpretar el caso de los industriales que comercializan por sí mismos su producción en otros municipios, que es el punto central de la controversia aquí planteada.

Según el artículo 33 la *base* para cuantificar el impuesto, está constituida por el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, obtenidos por los sujetos indicados que, se repite, son las personas o las sociedades de hecho.

Del calificativo de "obtenidos" por el contribuyente dado por la ley a los "ingresos", se deduce que no pueden jugar como tales los "no obtenidos". Esto se refuerza si se observa que las exclusiones que establece el artículo 33, con excepción de los ingresos por exportaciones y subsidios (que tiene un sentido de fomento económico) los demás conceptos excluidos corresponden a factores que no son en realidad ingresos propios, como las devoluciones de mercancías, los derivados de la venta o reposición de activos fijos y la percepción de algunos impuestos.

La característica de los ingresos de ser sólo "los obtenidos" por el contribuyente, se deduce de que están destinados a calcular la base consistente en un promedio mensual, el cual matemáticamente sólo se puede calcular sobre un total y este no puede ser otro que los obtenidos.

No contempló especialmente la Ley 14 de 1983 el caso del sujeto que ejerce actividades gravables en distintos municipios, razón por la cual y de acuerdo con la técnica constitucional correspondía al reglamento complementaria, como lo hizo el Decreto 3070 de 1983 en el artículo 1º, que procede la Sala a analizar a la luz de los principios deducidos anteriormente.

Dada la importancia del debate y las encontradas interpretaciones a que ha dado lugar, la Sala opta por transcribirlo de nuevo:

“Artículo 1º Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias, constituidas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable.

“El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentra ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción”.

En primer lugar, se observa que el artículo se refiere a los contribuyentes que realicen actividades gravadas (incluida la industrial) en más de un municipio, pero no en cualquier forma, sino a través de sucursales, agencias o establecimientos comerciales. Como este aspecto le da significado especial al artículo, conviene recordar algunas nociones elementales de las formas mencionadas por el reglamento, aunque en estricto rigor todas ellas son “establecimientos comerciales” en el sentido utilizado por el Código de Comercio.

Según el artículo 263 del Código de Comercio, son *sucursales* los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrado por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Según el artículo 263 del mismo Código de Comercio, son *agencias* de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla y,

Según el artículo 515 por *establecimientos de comercio* se entiende un conjunto de bienes organizado por el empresario para realizar los fines de la empresa.

En el caso de un contribuyente cuyo objeto social principal o su actividad personal es la industrial, debe convenirse en que la norma analizada es la aplicable, por cuanto contempla precisamente el evento de que tal industrial ejerza su actividad, mediante cualquiera de los tres canales indicados.

Para los efectos de la labor de interpretación de la Ley 14 de 1983 que se hace en esta providencia, no se considera acertado separar la “venta” como un hecho aparte y distinto de la “producción”,

para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto.

Para la Sala, la venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo. El producir por producir no es actividad industrial en sentido económico o fiscal; la actividad es la industrial y la medida del impuesto adoptada por el legislador es la venta de productos, pero ello no significa que de industrial que es, lo convierta en comercial. Lo que sucede es que cuando el industrial abre sucursal o agencia en otra ciudad, distinta a la sede de su planta, con el fin de comercializar su producción, ejerce en ellas la actividad comercial y ese municipio tiene derecho a cobrar el gravamen con relación a las ventas realizadas en su jurisdicción como comercial.

Retomando el análisis del artículo 1º del Decreto 3070, se observa que las condiciones que esta norma exige en el primer inciso se extienden a los siguientes aspectos:

Dichos establecimientos (sucursal, agencia o establecimiento) deben estar inscritos en el Registro Mercantil de la jurisdicción del municipio en donde estén localizados, conforme a las previsiones del artículo 28 del Código de Comercio, según el cual, entre otros, deberán inscribirse en el registro mercantil:

—...la apertura de *sucursales*... (núm. 6).

—...las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como ...*los agentes*... (número 1).

—...la apertura de *establecimientos comerciales*... (número 5).

Además es necesaria la inscripción de dichos establecimientos en el registro de contribuyentes al impuesto de industria y comercio que debe llevar el respectivo municipio, en el cual queda definida la actividad que va a ejercer en su área y finalmente, es necesario que la contabilidad permita determinar el volumen de los ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en cada uno de los municipios.

Según este primer inciso del artículo 1º, el contribuyente que realice actividad industrial (entendida como tal la venta de su producción) en más de un municipio, debe pagar el gravamen en aquél en donde se encuentre la planta industrial y la base se debe calcular sobre todos los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, pero excluidos los obtenidos en otros municipios en las condiciones señaladas en el inciso primero, a saber:

—que se haga a través de establecimientos comerciales propios, sucursales o agencias.

—que dichos establecimientos estén inscritos en el Registro Mercantil.

—que además estén inscritos en la respectiva Secretaría de Hacienda o Tesorería Municipal y,

—con contabilidad adecuada para determinar los respectivos ingresos en cada una de las plazas.

Por esta razón se concluye que para los efectos de regular la situación que se planteó el ejecutivo, o sea, la del ejercicio de actividades en más de un municipio a través de sucursales o agencias, el primer inciso es suficiente y suministra los factores para la cuantificación del gravamen en cada uno de ellos.

En cuanto al segundo inciso, que es el objeto de acusación, en primer lugar puede afirmarse que resultaba innecesaria la afirmación de que “el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica”, porque el artículo 32 de la ley señala como materia imponible el ejercicio en la respectiva jurisdicción de las actividades indicadas, y siendo una de ellas la “industrial” que consiste en producir, extraer, fabricar, ensamblar, etc., según la definición del artículo 34 *ibidem*, se deduce que el municipio en cuya jurisdicción esté ubicada la fábrica o planta, es el sujeto activo con relación al contribuyente industrial.

Pero la parte final en cuanto complementa lo anterior al disponer que *teniendo como base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de la producción*, modifica lo expuesto en el inciso anterior sin justificación ni razón aparente porque ya había expresado que el sistema operaba por igual para los contribuyentes que realicen actividades *industriales*, comerciales o de servicio; de haber querido el ejecutivo hacer una excepción hubiera bastado con dedicar el primer inciso a las actividades comerciales y de servicio, sin incluir las *industriales*, para regularlas en el segundo.

Pero además, se observa un sutil pero definitivo cambio al señalar como “base gravable” un concepto diferente al de la ley. En el artículo 32 de ésta se señala como tal “el *promedio mensual* de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresados en moneda nacional y *obtenidos* por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior”; este concepto no es lo mismo que “los ingresos *provenientes* de la *comercialización de la producción*” puesto que el calificativo de “provenientes” hace relación al origen, en tanto que el de “obtenidos por las personas” está vinculado a un volumen total de los devengados por el sujeto pasivo. De ahí que una de las interpretacio-

nes que se le ha dado es la de que no importa la procedencia física del ingreso, aún la obtenida a través de sucursales o agencias, para considerarlo gravable en el municipio de la fábrica, sin respeto al derecho de los municipios en donde a través del ejercicio de la actividad comercial (mediante sucursal o agencia) también se obtienen ingresos susceptibles de ser gravados en ellos.

Y, de ahí también que se viola la ley cuando ésta señala como base el promedio de los ingresos *obtenidos* y mediante el citado texto del segundo inciso, se grava a los contribuyentes sobre los *no* devengados que es a lo que conduce tal norma, que por otra parte ignora el sistema del "promedio mensual". Y se produce sobre ingresos no obtenidos, cuando como fue demostrado en el proceso, los municipios en conjunto determinan cada cual su base sobre las ventas realizadas en su jurisdicción y aquel en donde está ubicada la fábrica también computa los mismos ingresos dentro de la base, con lo cual resultan en total aumentados en forma ficticia con relación al 100% de los verdaderamente *obtenidos* por el mismo contribuyente.

Este aumento además de ficticio resulta contrario a la ley por varios motivos:

1º Porque desconoce el carácter unitario del impuesto y lo disgrega bajo el falso concepto de que se trata de un impuesto de comercio para sucursales y agencias y otro distinto, de industria para la fábrica.

2º Porque desconoce la estrecha vinculación que existe entre el hecho gravado y el sujeto pasivo que lo realiza, que es uno solo y no varios en distintos municipios.

3º Porque la base gravable, que está relacionada con un solo sujeto pasivo con un límite del 100% o total de los ingresos obtenidos por él, la convierte en bases independientes entre sí para sumarmas, con absoluto olvido de aquella relación.

4º Porque permite que un municipio liquide el impuesto sobre las bases que otros también gravan con respaldo legal.

En todo ello la Sala encuentra un quebranto de los fundamentos consagrados en los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y consecuentemente un desbordamiento en el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política, por todo lo cual procede anular la disposición acusada.

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

*Falla:*

Declárase nulo el segundo inciso del artículo 1º del Decreto reglamentario 3070 de 1983 (noviembre 3) que dice:

“El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

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

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

*Judith López Díaz*, Secretaria (E.).

**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Base gravable/  
DOBLE TRIBUTACION-Inexistencia (Salvamento de voto)**

*Es lógico que el comerciante pague en cada municipio de acuerdo con el volumen de ventas obtenidas en el respectivo municipio, y es claro que el industrial pague en el municipio donde está ubicado el establecimiento industrial de acuerdo con la venta de toda la producción industrial, para lo cual utiliza la infraestructura de servicios que le ofrece el municipio, sin que tenga que deducir en éste lo pagado en otro u otros municipios donde tiene establecimiento de comercio para vender su producción, porque no hay doble tributación dado que la materia imponible es la actividad que se ejerce.*

Bogotá, D. E., veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 0082.

Con el respeto debido por la opinión contraria de la mayoría de la Sala, consigno las razones que me llevaron a separarme del proyecto, convertido en sentencia; seré muy breve y espero exponer con sencillez mi criterio.

El inciso anulado del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, dice:

“El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial teniendo como base gravable, los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción”.

*Primero.* No es cierto que el Congreso al expedir la Ley 14 de 1983, no hubiera acogido como fundamento del impuesto de industria y comercio, la infraestructura de servicios que el respectivo municipio brinda al industrial, porque este criterio aparece tanto en la exposición de motivos como en las ponencias elaboradas por los doctores Daniel Mazuera Gómez en la Cámara de Representantes y el malogrado senador Luis Carlos Galán Sarmiento (q. e. p. d.), en el Senado de la República.

*Segundo.* No es cierto que exista doble tributación en virtud de la disposición contenida en el inciso 2º del artículo primero del Decreto reglamentario 3070 de noviembre 3 de 1983 proferido por el Gobierno

Nacional, porque en la Ley 14 de 1983, el objeto que se grava es la "actividad" que desarrolle el sujeto del impuesto, —persona natural o jurídica— en los municipios, de suerte que la persona que en un municipio desarrolle actividad industrial, será gravado por esta actividad, y si el mismo sujeto comercializa en otro u otros municipios los productos de su industria, en cada uno de estos debe ser gravado por la actividad comercial; por lo mismo, no hay razón legal alguna para que se descuente en el municipio donde tiene el establecimiento industrial lo pagado en otros municipios por una actividad distinta, como es la comercial. Sin embargo, en la demanda luego de transcribir el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 3070 de 1983, al cual se acusa de hacer discriminación contra los industriales, se dice: "De otro lado, como el inciso primero obliga también a los industriales a tributar separadamente por municipalidades en donde comercialice su producción, resulta el decreto "*motu proprio*" estableciendo la doble tributación en cabeza de un mismo sujeto pasivo que debe tributar sobre los mismos ingresos contabilizados durante su ejercicio, una vez en el domicilio fabril sobre todas las ventas y otra vez en los domicilios secundarios sobre las respectivas ventas territoriales, cuando comercializa a través de sus propias agencias o sucursales sobre el mismo año gravable y por causa del mismo ingreso" (lo subrayado es nuestro). Como quedó demostrado en el curso del debate y en la audiencia pública, que no había la doble tributación, criterio aceptado por los demandantes, entonces se argumentó y en esto se funda la sentencia, *que se ampliaba la base gravable*, porque el industrial pagaba dos veces por el mismo ingreso por culpa de la norma reglamentaria del inciso segundo del artículo primero del Decreto 3070 de 1983; una, en el municipio donde tenía el establecimiento industrial y, otra cuando a través de agencias o sucursales, vendía directamente su producción en otros municipios; es decir, que es el mismo argumento de la doble tributación, pero alegando entonces que se ampliaba la base tributaria lo que es un eufemismo para concluir en lo mismo: que hay doble tributación. La verdad es que ninguna de las dos son exactas, porque como ya se dijo, la ley grava las distintas actividades y si el industrial sólo ejerce esta actividad será gravado por ella; pero si además, ejerce la comercial, también debe gravarse por esta.

"Tercero. Cuando se ejerce la actividad comercial o de servicios, es obvio que el respectivo municipio no podrá gravar sino el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos dentro de sus límites; pero cuando se ejerce la actividad industrial, la base gravable no puede ser otra que el volumen de la producción total, que se justifica por la infraestructura de servicios que el municipio le brinda a la industria. Es así como municipios industrializados que son satélites de grandes centros de consumo como Itagüí y Bello en Antioquia, Yumbo en el Valle del Cauca, Soacha y Cajicá en Cundinamarca, etc., no pueden consumir la producción total de una fábrica de cemento o un laboratorio farmacéutico, excepto las tres o cuatro ciudades principales del país,

que como Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, pueden consumir algún volumen regular; por ello, el inciso 2º del artículo primero del Decreto 3070 de 1983, está en la línea que inspiró el criterio del legislador de fortalecer los fiscos municipales, que no tuvo en cuenta desafortunadamente la Corporación ya que con la decisión de la cual me separo, ignoró ese criterio que es fuente de interpretación de la ley.

Si como aparece de la exposición de motivos y de las ponencias para los debates en la honorable Cámara de Representantes y en el honorable Senado de la República, es la infraestructura en servicios municipales que facilitan la instalación industrial, el fundamento para la exigencia del impuesto al industrial, es de claridad meridiana que la base imponible está constituida por la venta total de dicha producción, porque es la actividad industrial la que se grava y no la comercial, como lo entiende la ilustrada mayoría de la Sala, de que sólo se puede liquidar ese impuesto en la sede de las instalaciones industriales de acuerdo con las ventas obtenidas en el municipio.

En la exposición de motivos del proyecto de ley "por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones", expedidas por el Congreso Nacional, luego de la declaratoria de inexecutable de los decretos de emergencia económica de 1982, en las "consideraciones generales", puede leerse: "La situación fiscal se ha caracterizado en los últimos años por un marcado debilitamiento de los ingresos tributarios, tanto de la Nación como de los departamentos y municipios, frente a un acentuado crecimiento de los gastos públicos, no sólo por la inflación, que cada día tiene que atender en mayor grado el Estado".

"Este proyecto está referido a los fiscos de las entidades territoriales para corregir la rigidez de algunos impuestos suyos, a fin de dotarlos de más recursos para que puedan cumplir sus trascendentales responsabilidades en la vida del país. Los municipios y departamentos son las organizaciones del Estado más próximos al ciudadano, quien primero forma parte de una comunidad local y después se siente ligado a una nación". Y más adelante en el capítulo II que trata específicamente sobre el impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros:

"Si se tiene en cuenta que el impuesto de industria y comercio técnicamente *no debe recaer sobre artículos sino sobre actividades, el proyecto se refiere a las que se benefician de los recursos, la infraestructura y el mercado de los municipios y son fuente de riqueza*. Consiguientemente, se sujetan al impuesto las actividades industriales y de servicios, según se las define en los artículos pertinentes del proyecto de ley" (lo subrayado es nuestro).

"De otra parte, se establece con precisión que la base del gravamen son los ingresos brutos, con exclusión de de-

voluciones, ingresos provenientes de la venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos y percepción de subsidio. De esta forma, se llega muy aproximadamente al concepto de *ingresos operacionales netos* y se uniforman las referencias para determinar el tributo" (lo subrayado es mío).

"El sistema que recoge hace justicia a la real capacidad tributaria de los sujetos del impuesto, *pues adopta una base que refleja los ingresos efectivamente relacionados con la actividad fabril, comercial o de servicios*. En estas condiciones, se agrupan las observaciones formuladas al concepto de ingresos brutos, que involucra pagos que no deben considerarse para este impuesto" (lo subrayado es nuestro).

La sentencia de la cual me separo, aplica a la actividad industrial el mismo criterio de la ley para gravar la actividad comercial. Me explico: es absolutamente lógico que el *comerciante* pague en cada municipio de acuerdo con el volumen de ventas obtenidas en el respectivo municipio; y es claro también que el industrial pague en el municipio donde está ubicado el establecimiento industrial de acuerdo con la venta de toda la producción industrial, para lo cual utiliza la infraestructura de servicios que le ofrece el municipio, sin que tenga que deducir en éste lo pagado en otro u otros municipios donde tiene establecimiento de comercio para vender su producción, porque, como ya lo he demostrado, no hay doble tributación dado que la *materia imponible* es la *actividad que se ejerce* (lo subrayado es nuestro).

Sucede, sin embargo, que los jueces colombianos, en general, con pocas y notables excepciones, se atienen al texto de la ley, con comas y formas verbales, etc., desatendiendo la intención manifiesta, subyacente, del legislador. Es por eso por lo que a manera de ejemplo, siempre he considerado que un juez colombiano jamás habría llegado a la conclusión a que llegó el juez Marshall de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, de anular cualquier ley contraria a la Constitución Política de esa Nación. El juez americano llegó a esa conclusión por la supremacía de la Constitución sobre la ley, la que es fruto de la lógica; entre nosotros tuvo el señor Caro que establecer el principio expresamente en la Constitución de 1886 (art. 210, hoy 214), pero habría sido imposible que un juez colombiano sin norma específica alguna que lo consagrara, llegara a la misma conclusión de Marshall.

En efecto, en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, se dijo:

"El impuesto de industria y comercio, recaerá *en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios* que se ejerzan o realicen en las

respectivas jurisdicciones municipales, *directa o indirectamente*, por persona natural, jurídica o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin ello" (lo subrayado es nuestro).

Y el siguiente artículo *ibidem*, dice: "Este impuesto se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresado en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de devolución, ingresos provenientes de la venta de activos fijos y de las exportaciones, recaudo de impuestos y precepción de subsidios".

El 34 *ibidem* expresa: "Para los fines de esta ley, se considera actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reproducción, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes".

El artículo 35 define la actividad comercial, como las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor "y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando *no estén* consideradas por el mismo Código o por esta ley, como actividades industriales o de servicios".

La actividad de servicio la define el artículo 36 como "las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad", como son el expendio de bebidas y comidas, servicio de restaurantes, cafés, hoteles, moteles, casas de huéspedes, amoblados, transportes y aparcaderos, intermediación comercial, como el canetaje, la comisión, mandato, administración de inmuebles, publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, talleres de reparación, lavado, limpieza y teñido, salas de cine, arrendamiento de películas etc.

Si conforme al artículo 32, el impuesto recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, y si conforme al artículo 33 el impuesto se liquidará sobre el "promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior", la conclusión que impone la lógica es que el volumen de las ventas de la producción total industrial, es la base para estimar el impuesto por esta actividad y no otra; la sentencia le aplica al industrial el criterio de la ley para fijar la base gravable del comerciante, lo cual es contrario a la ley. Por ello sostuve que el inciso anulado no contrariaba la ley sino que facilitaba su ejecución, todo en armonía con el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional para facilitar la cumplida ejecución de la ley.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES/JUNTA  
DIRECTIVA-Integración**

*La integración de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal de la que tratan los artículos 7º a 10, 12, 13 y 14 del Decreto 700 de 1987, desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los artículos 27 y 79 de la Ley 11 de 1986 y 381 del C. R. M. y el artículo 172 de la C. N.*

*Es obvio que solamente los miembros principales, o los suplentes que los representen en sus faltas absolutas o temporales tienen voz y voto y pueden tomar parte en las decisiones de las juntas o concejos, pero ello no impide que se citen o puedan ser oídos quienes no tienen ese carácter.*

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

**Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.**

**Referencia: Expediente número 641. Actor: Carlos Enrique Campillo Parra.**

**I. Antecedentes:**

El ciudadano y abogado Carlos Enrique Campillo Parra en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demanda la nulidad de varias disposiciones del Decreto 700 de 20 de abril de 1987 por medio del cual el Presidente de la República haciendo uso de las atribuciones que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, relacionado con la conformación de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsable de la prestación de servicios públicos locales.

A la demanda, oportunamente admitida, se le dio el trámite correspondiente dentro del cual el señor Juan Carlos Calderón Tejada presentó escrito coadyuvando la acción establecida. Así mismo se hizo presente el Ministerio de Gobierno por conducto de apoderado quien se opuso a las pretensiones del actor por considerar legales y consti-

tucionales las normas acusadas; por su parte el señor fiscal de la Corporación en su concepto de fondo no encontró motivos suficientes para acceder a la nulidad propuesta.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar el fallo de esta única instancia procesal.

## II. Los artículos demandados del Decreto reglamentario 700 de 1987

Se demandan parcialmente los siguientes artículos del mencionado decreto:

*“Artículo 7º* La parte final de este artículo que dice: ‘...para que presenten sus respectivos candidatos, con sus correspondientes suplentes personales, ante el alcalde municipal’.

*“Artículo 10.* La parte del inciso primero del artículo que dice: ‘...ante el alcalde del municipio donde se encuentra domiciliada la entidad descentralizada...’

*“Artículo 13.* La parte del artículo que dice: ‘...el alcalde municipal designará los candidatos...’ El párrafo de este mismo artículo en la parte que dice: ‘...la designación se hará mediante decreto...’

*“Artículo 14.* Los delegados de los usuarios y entidades cívicas en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de servicios locales, deberán tomar posesión de sus cargos dentro del término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de *comunicación del ‘decreto en virtud del cual el alcalde municipal efectuó la respectiva designación’*.

*“Artículo 15.* En caso de muerte, renuncia, incapacidad permanente, separación del cargo como consecuencia de sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, o cualquiera otra causal de vacancia absoluta, el delegado principal será reemplazado por su suplente personal hasta el vencimiento del período. Cuando la vacancia absoluta sea del principal y del suplente, simultánea o sucesivamente, *el alcalde municipal designará los reemplazos* para lo cual solicitará a las entidades cívicas y a las ligas de usuarios la postulación de los respectivos candidatos.

“Los delegados así designados actuarán hasta tanto se realicen las nuevas designaciones por vencimiento del período”.

*“Artículo 19.* Dentro del límite numérico previsto en el artículo anterior, son representantes de la administración el alcalde y los funcionarios designados por él.

“La presidencia de la junta o consejo directivo corresponderá siempre al alcalde municipal o a su delegado”.

“*Artículo 21.* El alcalde municipal podrá designar un delegado para que lo reemplace en sus faltas temporales.

“El suplente del alcalde deberá ser funcionario de la administración municipal y *presidirá las reuniones de la junta o consejo directivo en sus ausencias temporales*”.

*Artículo 28.* Todo el artículo que dice:

“A las reuniones de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos o de las empresas industriales o comerciales cuyo objeto consista en la prestación directa de los servicios municipales, sólo podrán ser citados y asistir válidamente los miembros principales. Los suplentes o delegados sólo podrán asistir por ausencia temporal o definitivas del respectivo miembro principal.

“Para preservar la participación equitativa de la administración del Concejo Municipal y de las entidades cívicas o usuarios consagrada en el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, los concejales, principales o suplentes, que no tengan el carácter de representantes de la corporación, no podrán ser citados ni asistir a las reuniones de las juntas o consejos directivos, pero podrán solicitar los informes que consideren convenientes, con arreglo al reglamento del Concejo”.

### *III. Consideraciones de la Sala:*

Lo primero que debe anotarse en relación con el Decreto reglamentario 700 de 1987 es la inexistencia de varias de las normas demandadas por haber sido anuladas en virtud de sentencia de esta Sala. En efecto: mediante providencia de 15 de agosto del año en curso, con ponencia del consejero Guillermo Benavides Melo (Exp. 971, actora: Clara Inés Hurtado), se declaró la nulidad de los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 del decreto supracitado en lo relacionado con la conformación de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales.

De esta manera la decisión se concretará a las normas del decreto que no fueron objeto de la acción de nulidad que aún están vigentes por no haber sido declaradas nulas. Son, en consecuencia, materia de este examen de legalidad, los artículos 14, 15, 19 y 21 en las partes de sus textos que aparecen subrayadas en la transcripción hecha anteriormente y el artículo 28 en su integridad.

Los artículos 7º, 10 y 13 como se ha expresado, ya fueron invalidados por esta jurisdicción.

#### *1. Artículo 14.*

Es obvio que circunscrita la acción contra el artículo 14 en cuanto se refiere a la designación por los alcaldes de los delegados de los

usuarios y entidades cívicas en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, las mismas razones que tuvo la sentencia precitada particularmente en relación con el artículo 13 anulado se tienen ahora para acceder a la nulidad parcial impetrada. Respecto al artículo 14 mencionado. Corre la misma suerte porque tiene idéntico fundamento, consignado en estos términos:

“Aparentemente ‘...estas disposiciones acusadas tienden a facilitar, a hacer más expedita la integración o conformación de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal en lo atañadero al estamento integrado por los delegados representantes de las ligas o entidades cívicas o de usuarios de los servicios públicos ante dichas juntas o consejos directivos. Empero, tal finalidad expeditiva ciertamente desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los artículos 27 y 79 de la Ley 11 de 1986 y 381 del Código de Régimen Municipal y, por contra, el canon 172 de la Constitución Política, toda vez que según las disposiciones acusadas los delegados o representantes que elijan las ligas o entidades cívicas o de usuarios para que lleven su personería ante las juntas o consejos directivos tienen que pasar por la selección que realice el respectivo alcalde municipal. Y esto no lo dicen ni el Código de Régimen Municipal ni la Ley 11 de 1986 que facultó al Gobierno Nacional para expedir aquel Código, según su artículo 76-b.

“En efecto, dichos delegados electos por los usuarios de los servicios públicos municipales, de *elegidos* libremente por los ciudadanos usuarios se convierten, por gracia de las normas acusadas, en representantes meramente *postulados* ante el alcalde, para que éste los designe o seleccione en la forma establecida en las disposiciones demandadas, con el agravante que señalan tales disposiciones en cuanto a los porcentajes y capacidades económicas de aquéllos. Y aquí no se trata, frente a las normas superiores, ante las normas subordinadas, del derecho de postulación, sino del derecho de elección.

“En tales circunstancias, pues, evidentemente las disposiciones reglamentarias o administrativas acusadas coartan la libertad eleccionaria y parejamente cercenan el principio o espíritu de ‘asegurar la *participación efectiva* de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local’ que inspira la filosofía democrática de la Ley 11 de 1986, incorporado su artículo inicial, como atrás quedó visto”.

Habrà, pues, de acceder a esta parte de las pretensiones de la demanda.

## 2. Artículo 15.

En cambio no encuentra la Sala valedera la censura que se hace a la facultad que se le reconoce a los alcaldes de designar los reemplazos de los delegados de las entidades cívicas o de usuarios de

servicios en las juntas o consejos directivos a que se refiere, cuando se presente la vacancia absoluta del principal y del suplente respectivo, pues en tal caso, la previsión de la norma acusada tiene respaldo en lo dispuesto en los artículos 249 y 250 del Código de Régimen Político y Municipal —Ley 4ª de 1913— cuyas disposiciones están vigentes.

No se accederá, en consecuencia a la nulidad impetrada en esta parte.

### 3. *Artículos 19 y 21.*

Ambos textos demandados se reducen a la atribución dada por el Decreto 700 al delegado del alcalde para presidir la junta o consejo directivo, en su ausencia. Se observa a este respecto, que el artículo 28 de la Ley 11 de 1986 reproducido en el artículo 158 del Decreto-ley 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal, establece ciertamente que la presidencia de tales organismos municipales corresponderá al alcalde, pero también es evidente que el alcalde puede nombrar su delegado investido de las facultades de aquél en el ejercicio del cargo de miembro de la junta o consejo directivo de que se trate, y es natural que la delegación envuelva la de presidir las sesiones en su nombre, como cabeza de la administración municipal. En tales condiciones no tiene fundamento esta parte de la acusación de la demanda.

### 4. *Artículo 28.*

En lo que hace al cargo esgrimido contra esta norma, le asiste razón al actor cuando afirma que la prohibición allí establecida no está consagrada en la ley ni en la constitución, careciendo por lo tanto de respaldo legal. Es obvio que solamente los miembros principales, o los suplentes que los representen en sus faltas absolutas o temporales tienen voz y voto y pueden tomar parte en las decisiones de las juntas o consejos, pero ello no impide que se citen o puedan ser oídos quienes no tienen ese carácter como así lo admite el artículo 28 demandado. Deberá pues, desestimarse este ataque contra el precepto en comento del Decreto 700 demandado.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo parcial con su colaborador fiscal,

### *Falla:*

1º Por cosa juzgada la Sala se inhibe de declarar la nulidad de los artículos 7º, 10 y 13 del Decreto 700 de 1987, conforme a la parte motiva de esta providencia.

2º Declárase la nulidad parcial del artículo 14 del Decreto 700 demandado en la parte que dice: "...del decreto en virtud del cual el alcalde municipal efectuó la respectiva designación".

3º Declárase la nulidad del artículo 28 del Decreto 700 de 1987 demandado.

4º No se declara la nulidad de las demás normas demandadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

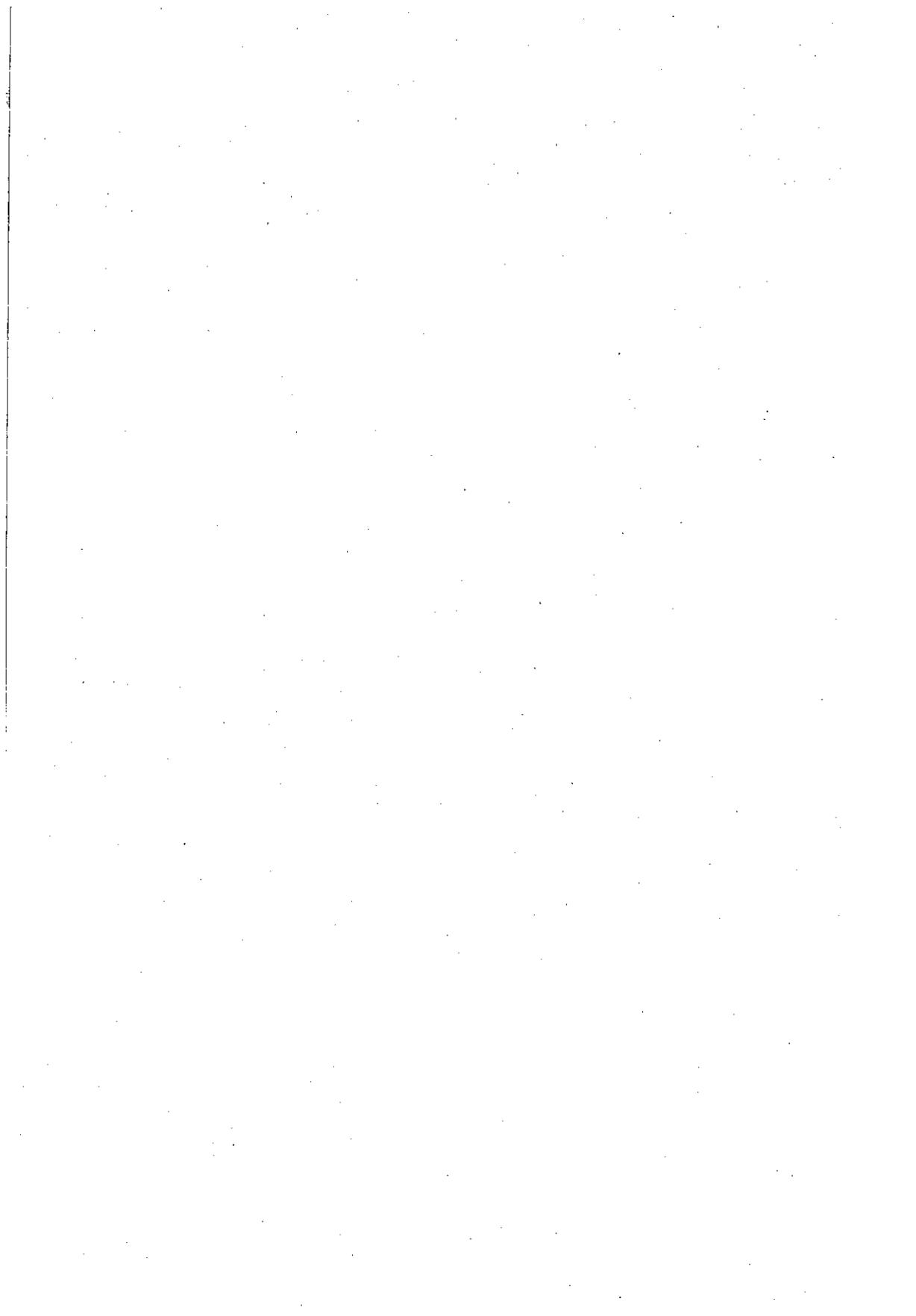
*Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**CAPITULO III**

**DECRETOS DEL GOBIERNO**

**SUSPENSION O REVOCATORIA**



**INTRA/AUTORIDAD DE TRANSITO/CERTIFICADO DE MOVILIZACION/CONTRAVENCION DE TRANSITO**

*Si el decreto demandado tiende a reglamentar una disposición que atribuye una función a las autoridades de tránsito, mal podría, al especificarlas, adscribirselas a un ente que no está en el contexto del mismo decreto considerado como tal.*

*Al crear una nueva contravención de tránsito, EL GOBIERNO ESTA ASUMIENDO una función legislativa constituyendo ello una violación de la norma constitucional. Si bien la revisión periódica de los vehículos es una medida y una exigencia absolutamente legal y ya predeterminada en otras disposiciones en vigencia, no lo es así la multa que, no estando incluida dentro de los casos en que esta sanción se puede aplicar según el Código Nacional de Tránsito Terrestre, resulta arbitraria su exigencia para quienes no presenten el vehículo para la revisión ordenada por la ley.*

*Se decreta la SUSPENSION PROVISIONAL de los siguientes artículos del Decreto 460 de 1988 (marzo 11) del Gobierno Nacional: 5º, 6º, 7º, 8º, 15, parágrafo del artículo 20; 25, 28 y 31.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

*Referencia: Expediente número 1212. Decretos del Gobierno. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.*

Ante esta Corporación, el abogado Pablo J. Cáceres Corrales ha presentado demanda de nulidad contra varios de los artículos del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el Gobierno Nacional, decreto "Por el cual se establece el Certificado de Movilización para la Revisión Nacional de vehículos automotores, se derogan los artículos 14 y 15 del Decreto 2544 de 1987 y se dictan otras disposiciones". Solicita además la suspensión provisional de algunos de esos artículos. Al llenar la demanda los requisitos de ley, será admitida, no sin antes hacer las consideraciones concernientes a la petición de suspensión provisional para entrar a decidir sobre la misma.

Demanda el autor que, con fundamento en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, se suspendan provisionalmente los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 15, 19, el parágrafo del artículo 20, 25, 27, 28 y 31 del Decreto 460 de 1988 "por cuanto le adscriben al Instituto Nacional del Transporte funciones de circulación y tránsito relacionadas con la revisión de los vehículos automotores que operan en el país y, además, la atribución propia del Congreso, las Asambleas y los Concejos Municipales de establecer contribuciones y, finalmente, invaden la potestad legislativa al crear contravenciones".

Siguiendo el sistema empleado por el actor para la presentación de sus cuestionamientos, se hará referencia en primer término a las normas acusadas de una manifiesta ilegalidad por adscribir funciones de tránsito a una entidad que no es autoridad de circulación. A tal efecto, observamos cómo el ejecutivo, en los considerandos del decreto demandado, comienza diciendo "Que el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970 establece la obligatoriedad de la revisión periódica de todos los vehículos automotores". Y, efectivamente, el referido artículo determina que "*Las autoridades de tránsito* revisarán periódicamente todos los vehículos, con el fin de verificar su correcto estado mecánico y el de los instrumentos de control y seguridad, y cuando comprueben graves deficiencias mecánicas o de higiene, podrán ordenar la inmovilización del vehículo hasta que se corrijan"( subrayas fuera del texto). Estas autoridades de tránsito a que se refiere el artículo transcrito están taxativamente señaladas en el artículo 3º del mismo decreto-ley al declarar que son tales: El ministro de Obras Públicas; el Consejo Superior de Tránsito; las secretarías, departamentos o direcciones de tránsito de carácter departamental, distrital, interdepartamental y comisarial; los alcaldes municipales e inspectores de policía; las secretarías, departamentos e inspecciones municipales de tránsito; la policía nacional en sus cuerpos especializados de policía vial y policía urbana de tránsito. Como bien se ve, no aparece en esta lista que es excluyente, el Instituto Nacional del Transporte. Todo parece indicar entonces, que es a aquellas, y no a éste, que se refiere el artículo 8º del decreto-ley en mención cuando prescribe que "El Gobierno adscribirá las funciones relativas a la expedición de licencias de conducción o pases y registro de vehículos y demás que este Código no atribuya singularmente a alguna, a las autoridades nacionales, departamentales y municipales del ramo", siendo el de "tránsito" el ramo a que se refiere según la nítida redacción con que continúa el mismo artículo en su inciso segundo: "Con tal fin el Gobierno señalará los requisitos o condiciones que deben reunir las autoridades existentes o que se creen en materia *de tránsito*, les fijará pautas técnicas de funcionamiento y las someterá a su inspección técnica y administrativa" (las subrayas no son del texto).

Así pues, cotejando las normas enunciadas y transcritas con los artículos 5º, 8º, 15, parágrafo del artículo 20, 31 del Decreto número 460 de 1988, se tiene que si este decreto tiende a reglamentar el ar-

título 73 del Decreto-ley 1344 que atribuye una función a las autoridades de tránsito mal podría, al especificarlas, adscribírselas a un ente que no está en el contexto del mismo decreto considerado como tal. De este cotejo, aparece con persuasiva claridad, sin que haya que elaborar otros elementos de convicción, que la norma superior aparece violada cumpliéndose así el requisito de ser percibible a través de una sencilla comparación para que sea procedente la suspensión provisional.

Solicita igualmente el actor que se suspendan provisionalmente los artículos 6º, 7, 11, 19, 25, 27 y 28 aunque sólo sustenta la petición sobre la suspensión de los artículos 6º, 7º, 25 y 28, a los cuales se hará referencia seguidamente.

El artículo 6º prescribe que quien coloque en el vidrio delantero del vehículo un "elemento" distinto al certificado de movilización, incurrirá en multa de tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes. Manifiesta el actor, y en ello le asiste la razón, que esta conducta no está considerada dentro de las infracciones establecidas en el Código de Tránsito, lo que equivale a afirmar que, al crear una nueva contravención de tránsito, el gobierno está asumiendo una función legislativa constituyendo ello una violación de la norma constitucional, concretamente del artículo 76 de la Carta, numerales 2 y 24 en los que se determina que es al Congreso al que corresponde expedir los códigos y reformar sus disposiciones así como unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República. Por otra parte, no se ve muy claro cuál es la norma, de las citadas en el preámbulo del decreto reglamentario, o en la enunciación de las que el mismo dice reglamentar, que faculta al ejecutivo para el señalamiento de esta conducta como infracción y para la imposición de la multa allí señalada para la misma. Se impone pues su suspensión provisional mientras se haga la suficiente claridad sobre ella en el transcurso del proceso.

Caso parejo al anterior es el planteado en el artículo séptimo del decreto bajo examen en el que se está creando un nuevo requisito, no considerado en el Código respectivo y modificadorio de la sanción en él establecida para quienes conduzcan vehículos sin las condiciones de seguridad y funcionamiento exigidos. En efecto, el certificado de movilización que reglamenta el ya dicho artículo séptimo, es la imposición, fuera del contexto de la norma reglamentada, de un nuevo requisito para la circulación de vehículos y el señalamiento de una multa en abierta contradicción con las facultades legales, es decir, yendo en contravía de ellas, particularmente de las que, por voluntad constitucional, son atribución del Congreso de la República. Al contradecir la norma superior, deducción que se hace después de un primer y genérico análisis, es procedente su suspensión provisional.

Similar consideración cabría hacerse respecto al artículo 25 del mismo decreto en cuestionamiento, pues si bien la revisión periódica

de los vehículos es una medida y una exigencia absolutamente legal y ya predeterminada en otras disposiciones en vigencia, no lo es así la multa que, no estando incluida dentro de los aproximadamente setenta casos en que esta sanción se puede aplicar, según el Código Nacional de Tránsito Terrestre, resulta arbitraria su exigencia para quienes no presenten el vehículo para la revisión ordenada por la ley, conducta reticente que ya tiene su propia sanción cual es la inmovilización del aparato automotor. Resulta así, *prima facie*, la insubordinación de dicho artículo a la norma superior lo que hace viable su suspensión provisional.

Por último, se tiene que el artículo 28 de la normatividad demandada, al prescribir que el propietario de un vehículo que transite sin el seguro de que trata el Decreto 2544 de 1987 incurrirá en multa de diez (10) salarios mínimos legales que se han imputado a los anteriores. Aunque aparentemente el Decreto 2544 de 1987 no conlleva sanción alguna para quienes infrinjan la disposición que allí se contempla, si establece un sistema de control de su cumplimiento al ordenar, en el artículo 5º, que la existencia del contrato de seguro formará parte de los requisitos exigidos para la expedición del comprobante de revisión técnica establecida en el Decreto 1344 y que la fecha de expiración del contrato de seguro no podrá ser anterior a la fecha de expiración del comprobante de revisión técnica. Existiendo, en conclusión, en este caso la misma razón que en los anteriores para decir de él que transgrede la norma superior, se le debe aplicar la misma disposición, es decir, la suspensión provisional.

Expuestas las anteriores consideraciones,

*Se decide:*

a) *Admitese* la anterior demanda presentada por el abogado Pablo J. Cáceres Corrales en su propio nombre, contra varios de los artículos del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988 expedido por el Gobierno Nacional. Por lo tanto,

1. Notifíquese al señor agente del Ministerio Público.
2. Notifíquese al señor ministro de Obras Públicas y Transporte.
3. Fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para los fines del ordinal 3º del artículo 207 del C. C. A.

b) *Se decreta* la suspensión provisional de los siguientes artículos del Decreto número 460 de 11 de marzo de 1988 expedido por el Gobierno Nacional: 5º, 6º, 7º, 8º, 15, parágrafo del artículo 20, 25, 28 y 31.

Cópiese y notifíquese.

*Samuel Buitrago Hurtado.*

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

**POTESTAD REGLAMENTARIA/REGISTRO MERCANTIL**

*Está vedado, so pretexto de hacer uso de la potestad reglamentaria contemplada en el artículo 120, ordinal 3º de la Carta Política, establecer una sanción consistente en eliminar del registro mercantil al que no proceda a la renovación de la matrícula dentro de los tres primeros meses del año.*

**DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º del Decreto reglamentario número 668 de abril 5 de 1989.**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 1196. Demandante: Jorge Hernán Gil Echeverry.**

El doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, actuando en su propio nombre ha intentado, en ejercicio de la acción pública de nulidad, demanda el artículo 2º del Decreto 668, expedido el día 5 de abril de 1989.

Dicho decreto que se transcribe en su integridad (se subraya el art. 2º acusado) es el siguiente:

**“DECRETO NUMERO 0068 DE 1989  
(abril 5)**

**“Por el cual se reglamenta parcialmente el Título III del Libro Primero del Código de Comercio.**

**“El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional y 2035 del Código de Comercio,**

*“Decreta:*

“Artículo 1º La Matrícula Mercantil de los comerciantes y de sus establecimientos de comercio, deberá renovarse en el período comprendido entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de marzo de cada año, cualquiera que sea la fecha de la Matrícula Mercantil.

“Artículo 2º La no renovación anual de la Matrícula Mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro.

“Artículo 3º El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

“Publíquese, comuníquese y cúmplase.

“Dado en Bogotá, D. E., a 5 de abril de 1989.

*Virgilio Barco*

“El ministro de Desarrollo Económico.

*Carlos Arturo Marulanda Ramírez”.*

*Solicitud de suspensión provisional:*

Para el actor la solicitud de suspensión provisional se basa en la consideración de que el decreto en mención rebasa la facultad reglamentaria del Presidente de la República. Son sus argumentos:

1. El registro mercantil, según el artículo 26 del C. de Co., consiste en la matrícula del comerciante y la inscripción de los actos, libros y documentos.

2. La matrícula de comerciante se lleva a cabo una sola vez y debe solicitarse dentro del mes siguiente a cuando la persona natural comenzó a ejercer su actividad mercantil, se abrió el establecimiento de comercio o se constituyó la sociedad (art. 31 del C. de Co.).

3. La renovación de la matrícula del comerciante, por el contrario, se lleva a cabo todos los años, dentro de los tres primeros meses.

4. Es fácil inferir que comerciante *matriculado* es lo mismo que comerciante *registrado* en la Cámara (de Comercio), y que además hay que concluir que “comerciante que cumplió con su deber de matricularse está obligado a *renovar* su matrícula pero no a *matricularse* de nuevo (art. 31 y 33 del C. de Co).

5. La norma acusada impone como sanción excluir al comerciante que no renueva su matrícula, del correspondiente registro mercantil. El legislador no ha dispuesto esta clase de sanción por cuanto

la falta de renovación impide al infractor acogerse al proceso concordatario. La facultad se excede al restablecer la norma reglamentaria una sanción que no previó el legislador y porque se pretende dejar sin efecto “no sólo lo matriculado, sino también la inscripción de los documentos, libros y papeles del comerciante, violando de paso el principio comercial de la inoponibilidad” (art. 901 del C. de Co.). Porque, “si conforme al principio general de los artículos 28 y 901 del C. de Co., se exige al comerciante la inscripción de determinados actos o libros para que puedan ser oponibles a terceros y si igualmente estos terceros que pueden tener intereses en los contratos registrados, se benefician de la oponibilidad, mal puede excluirse al comerciante moroso de renovar su matrícula, del registro mercantil”. Si se excluye del respectivo *registro* se está indicando ni más ni menos la “caducidad” de su *matrícula* y la de los documentos *inscritos* (fl. 4).

6. De acuerdo con los términos de la ley, la inoponibilidad proviene de la falta de inscripción pero no de la falta de renovación de la matrícula (art. 901 del C. de Co.).

7. “Si se excluye al comerciante automáticamente se le coloca en la infracción del (sic) estar ejerciendo el comercio sin estar *inscrito*, con lo cual le sería aplicable la multa allí prevista y las demás sanciones legales”.

8. El decreto reglamentario quiso regular lo concerniente a la renovación de la matrícula mercantil de que trata el artículo 33 del C. de Co. Según esta disposición, se impone al comerciante matriculado dos obligaciones diferentes: una, la renovación de su matrícula mercantil; otra, la de informar a la Cámara de Comercio sobre la pérdida de su calidad de comerciante. “Según lo anterior, lo implito (sic) en la norma es que la cámara excluya de su registro (o retire) al empresario que le ha informado sobre la pérdida de comerciante (sic) y no al comerciante que no haya renovado su matrícula” (fl. 6).

9. Los actos de registro mercantil son verdaderos actos administrativos y por lo mismo sometidos al régimen de la revocación directa. “Es que la exclusión del registro a ‘*motu proprio*’ (sic) por el simple transcurso del tiempo implica que las cámaras de comercio tengan que revocar los actos administrativos mediante los cuales se ordenó y aprobó la matrícula del comerciante y de sus establecimientos de comercio así como la inscripción de los documentos (sic) y libros respectivos.

“Como estos actos administrativos crean derechos de carácter particular y concretos (sic) como son los de tener la calidad de matriculados y registrados y por lo tanto la facultad de hacer oponible a terceros los contratos y condiciones que consten en el registro, su revocación o ‘exclusión’ requieren (sic) consentimiento expreso del titular (art. 73 del C. C. A.).

“Por esta razón el artículo 33 del C. de Co., expresa que la cancelación del registro opera a petición del interesado” (fl. 7).

10. “Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, las normas reglamentarias no pueden ser contrarias ni al precepto que reglamenta (sic) ni a otros de igual gerarquía (sic) al reglamentado” (fl. 7).

*Para resolver se considera:*

A) La institución de la suspensión provisional, como su nombre lo indica, es una medida eminentemente transitoria que la ley somete a exigente régimen sin el cual no procede. En tratándose del ejercicio de la acción de nulidad, la suspensión pende de la existencia de manifiesta violación de una norma de superior jerarquía, apreciable *mediante una sencilla comparación* (subraya el despacho). Comparación para el Diccionario de Uso Español, de María Moliner, es (acepción 2) “Expresión de la igualdad o diferencia entre dos cosas o de una con otras”. En el caso de autos la comparación tiene por objeto la expresión visible de la diferencia entre norma acusada y aquella a que debe estar afectá.

B) Cabalmente en el evento *sub lite* surge de manera ostensible la violación por el artículo 2º del Decreto 668 acusado del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución, al haber rebasado la potestad reglamentaria que por éste se le confiere al señor Presidente de la República.

En efecto:

a) Según el artículo 26 del Código de Comercio el registro mercantil tiene como objeto “...llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad”.

Así la matrícula es el registro que deben hacer las personas que ejercen el comercio profesionalmente y sus establecimientos de comercio (art. 28 ordinales 1º y 6º, entre otros del C. de Co.).

La matrícula, según el artículo 33 del Código de Comercio, se renovará anualmente dentro de los tres primeros meses del año.

Quien ejerza profesionalmente el comercio sin inscribirse en el registro mercantil incurrirá en multa de hasta diez mil pesos “sin perjuicio de las demás sanciones legales” (art. 37 *ib.*).

La “inscripción” está referida al registro en la Cámara de Comercio de todos los actos, libros y documentos en relación con los cuales la ley impusiere tal requisito (art. 28 ordinales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º,

8º y 9º y el numeral 10 del C. de Co. En conexión con este numeral los artículos 11, 113, 114, 116, 121, 158, 160, 163, 164, 165, 192, 196, 219, 227, 228, 247, 280, 300, 301 *ib.* etc.).

b) Como se ve claramente de la anterior normatividad, el Decreto 668 de 1989 en su artículo 1º no hace sino repetir el mandato del artículo 33 del Código de Comercio.

Pero lo que le está vedado hacer, so pretexto de hacer uso de la potestad reglamentaria contemplada en el artículo 120 ordinal 3º de la Carta Política es establecer una sanción consistente en eliminar del registro mercantil al que no proceda a la renovación de la matrícula dentro de los tres primeros meses del año, cual lo estatuye el artículo 2º de dicho decreto. Y ello porque tal medida sancionatoria no está consagrada en el Código de Comercio adoptado por el Decreto-ley 410 de 1971.

Es al Congreso a quien primigeniamente corresponde proveer sobre la materia objeto de enjuiciamiento. Si aquél confirió facultades extraordinarias al Ejecutivo mediante la Ley 16 de 1968 para expedir el actual Código de Comercio y éste en el antedicho Decreto 410 de 1971 no señaló sanción alguna por el incumplimiento de renovar la matrícula mercantil dentro del plazo antes mencionado, no puede llenarse tal silencio echando mano el Gobierno Nacional a la potestad reglamentaria constitucional. Al así haberlo hecho éste en el artículo 2º del Decreto 668, rebasó esa potestad e invadió al mismo tiempo la órbita de funciones del legislador.

En mérito de lo expuesto, el despacho dispone lo siguiente:

1º Admítase la demanda anterior.

Para ello dispone:

a) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Fiscal Primero ante esta Corporación.

b) Téngase como parte demandada a la Nación, representada por el Ministerio de Desarrollo Económico. En consecuencia, notifíquesele la demanda al señor ministro de Desarrollo Económico, representante legal de la Nación en este proceso y hágasele entrega de copia de la demanda y sus anexos.

c) Comuníquese al señor presidente de la República quien suscribe la norma acusada juntamente con el señor ministro, en su carácter de Gobierno Nacional.

d) Surtidas las notificaciones, fíjese el negocio en lista para que la entidad demandada y los intervinientes, si los hubiere, contesten la demanda, propongan excepciones o soliciten la práctica de pruebas.

e) Tiénese al ciudadano y abogado Jorge Hernán Gil Echeverry como actor en el presente proceso.

2º Decrétase la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto reglamentario número 668 de 5 de abril de 1989.

Notifíquese.

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

*Victor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos/PERSO-  
NAS JURIDICAS-Régimen**

*La declaratoria de inexecutable del artículo 141 del Decreto 80 de 1980 alcanza a cobijar en sus efectos al literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de ese año en cuanto le transmite los defectos de inconstitucionalidad hallados por la Corte en su sentencia. De otra parte el artículo 12 de la Constitución atribuye al legislador todo lo que tenga que ver con capacidad, reconocimiento y régimen de las sociedades y personas jurídicas.*

**CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 7º del Decreto 2799 de 1980, decretada en auto de noviembre 18 de 1988.**

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

**Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.**

**Referencia: Expediente número 950. Actor: José María del Castillo Abella.**

Se decide el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha 18 de noviembre del año próximo pasado del consejero director del proceso, en la parte que dispuso la suspensión provisional del precepto demandado.

**I. El acto acusado:**

La demanda persigue la nulidad parcial del artículo 7º del Decreto número 2799 de 1980 por medio del cual el Presidente de la República “en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 120 y el artículo 132 de la Constitución Política” reglamentó el régimen de las instituciones no oficiales de la educación superior.

El artículo 7º y su literal a, dice:

*“Artículo 7º Para efecto de su organización como personas jurídicas autónomas, las instituciones de educación superior no oficiales deberán observar en sus estatutos los siguientes principios generales:*

*“a) Quienes estatutariamente hagan parte del organismo de dirección de la entidad podrán desempeñar cargos de dirección académica, administrativa o financiera, en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo”.*

Se acusa la última frase del literal a) que expresa: *“en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo”.*

## II. El auto recurrido:

La providencia objeto del presente recurso, sustenta la suspensión decretada en la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Suprema del artículo 141 del Decreto-ley 88 de 1980 el cual, según lo expresa se reglamenta por medio del literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de 1980 demandado aquí en lo pertinente. Más adelante se volverá a tocar este punto.

## III. Fundamentos del recurso:

Aduce la apoderada del ICFES en uno de los apartes de su escrito sustentatorio del recurso, lo siguiente:

*“( . . . ) el Presidente de la República expidió, de acuerdo con las facultades que le confiere la Constitución Política, el decreto objeto de demanda, con el fin de reglamentar el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior, entre otros aspectos con el de su autonomía, ya que, si los artículos 18 y 141 del Decreto 80 de 1980, ésta no puede ser absoluta, pues al regirse por reglas en su funcionamiento, el Gobierno determinó pautas que deben estar consagradas en los estatutos de las instituciones no oficiales de educación superior, como la establecida en el literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de 1980, para evitar que quienes hagan parte del órgano máximo de dirección, es decir los que fijan las políticas por seguir en una institución sean las mismas que las ejecutan, lo cual puede dar como resultado que se desvirtúa el concepto de autonomía de que gozan éstas personas, por mandato de la ley.*

*“Ahora bien, la norma acusada en ningún momento prohíbe a quienes pertenecen al órgano máximo de dirección desempeñar cargos de dirección, ya sea académico, administrativo o financiero, más bien los autoriza al emplear la expresión ‘podrán desempeñar’, pero con la condición, y muy lógica por cierto, de que el desempeño de un cargo en la dirección académica, administrativa o financiera produce*

vacante en el órgano máximo de dirección, lo cual debe preverse pues hubo dejación de unas funciones para asumir otras.

“Es por ello que no se puede hablar de inhabilidades, como lo hace la parte actora, ya que éstas imponen una prohibición a las personas que se encuentran en determinada circunstancia para ocupar un cargo, lo que no se da en la norma enjuiciada porque ella en ningún momento ha dicho que quienes hagan parte de los órganos máximos de dirección no pueden desempeñar cargos ya sea en la dirección académica administrativa o financiera de la institución.

“Como bien lo señala la Corte en la sentencia de 22 de septiembre de 1980 que declaró inexecutable el texto restante del artículo 141 del Decreto-ley 80 de 1980, que ordena ‘...y sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que claramente quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada’, los fundadores que, en la mayoría de los casos son la mayor parte de los integrantes del órgano máximo de dirección de una institución no oficial de educación superior, tienen la facultad de *participar* en la decisión, dirección y control de la institución fundada, más no tienen el *poder absoluto* de tomar decisiones, ejercer dirección y el control de la institución, porque si esto fuere así la autonomía de éstas se cercenaría en grado sumo hasta el punto de quedar anulada, lo cual legalmente no es correcto si tenemos en cuenta que la autonomía es la característica de la universidad desde su cuna medieval, nota que ha permanecido a través de los siglos y que fue consagrada legalmente por los artículos 18 y 141 del Decreto-ley 80 de 1980.

“En efecto, el acto acusado no es reglamentario del artículo 141 del Decreto-ley 80 de 1980, porque en ninguno de sus partes hace transcripción de la parte declarada inexecutable por la Corte Suprema el 22 de septiembre de 1980, como sí lo contempló el Decreto 1073 de 12 de mayo de 1980, en el artículo 6º literal h) cuando señaló ‘se indicarán precisos límites a la participación de los fundadores de tal manera que quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución’.

“Por tal motivo, y en acatamiento a la sentencia de la Corte Suprema fue que se expidió el Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980, el cual en su artículo 31 derogó expresamente el Decreto 1073 de 1980. Por consiguiente, la norma enjuiciada no pudo ser reglamentaria del original artículo 141 del Decreto-ley 80 de 1980, antes de ser declarado parcialmente inexecutable por la Corte”.

#### IV. Consideraciones de la Sala:

Para la Sala tiene plena vigencia en su sentido general lo dicho por el consejero sustanciador en los siguientes términos:

“Respecto de la solicitud de suspensión provisional del texto acusado, estima la Sala Unitaria que debe accederse a ella, en razón de que concurren los presupuestos del artículo 152 del C. C. A.

“En efecto: El Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980 ‘por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones’, del cual hace parte el precepto acusado, fue dictado por el señor Presidente de la República ‘en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 132 de la Constitución Política’.

“La expresión cuestionada del literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de 1980, es a no dudarlo reglamentación del artículo 141 del Decreto-ley 88 de 1980 ‘por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-Secundaria’, que fue declarado parcialmente inexecutable por sentencia de 22 de septiembre de 1980 (Proceso núm. 797) de la honorable Corte Suprema Justicia y que decía en la parte que se subraya:

“Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas y sus normas estatutarias fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que quede establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada’. Y esto con el argumento de que tal expresión viola los artículos 36, 12, 44 y 120 numeral 19 de la Carta Política.

“Del simple cotejo entre las dos disposiciones (la declarada inconstitucional y la del Decreto 2799) se establece que precisamente se trata de deslindar las actividades de los fundadores como tales, de las que tienen que ver con el manejo de dirección académica, administrativa y financiera de la institución no oficial de educación superior fundada.

“Entonces teniendo efectos *erga omnes* la decisión de la honorable Corte que desató la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, la declaratoria de inexecutable del artículo 141 del Decreto 80 de 1980 deja sin efectos el texto que lo pretendió reglamentar (art. 7º literal a del Decreto 2799 en la parte ya señalada) y lo que es más: le transmite a este último los mismos vicios de inconstitucionalidad (art. 332, inciso 2º C. de P. C.)”.

El recurrente, sin embargo, argumenta en contra del planteamiento así expuesto, que la premencionada norma demandada no reglamenta el artículo 141 del Decreto-ley 80 de 1980 declarado parcialmente inexecutable por la Corte, pero que se dictó de acuerdo con las facultades que le confiere la Constitución al Presidente de la República, agregando que aquella disposición en ningún momento prohíbe a quienes pertenecen al órgano máximo de dirección desempeñar cargos de dirección, académica, administrativa o financiera, como bien lo ana-

liza —dice— “pero en la condición y muy lógica por cierto, de que el desempeño de un cargo de estos produce vacante en el órgano máximo de dirección”.

Para la Sala, sea que dicho acto reglamente el artículo 141 supracitado del Decreto 80 de 1980, declarado inexecutable por la Corte, o que se haya dictado en uso de las facultades constitucionales del presidente, lo cierto es que como lo expresa el auto recurrido, la declaratoria de inexecutable del artículo 141 del Decreto 80 de 1980 alcanza a cobijar en sus efectos al literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de ese año en cuanto le transmite los defectos de inconstitucionalidad hallados por la Corte en su sentencia.

De otra parte no debe perderse de vista que el artículo 12 de la Constitución Nacional atribuye al legislador todo lo que tenga que ver con capacidad, reconocimiento y régimen de las sociedades y personas jurídicas, como se expresó en sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1982 en la cual se dijo sobre el particular lo siguiente:

“En cuanto a las personas jurídicas encargadas de impartir educación o proporcionar enseñanza pública debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución.

“Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las normas concordatorias vigentes.

“Igualmente hay que tener presente lo estatuido en el artículo 12, *ibidem*, según el cual ‘la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana’.

“Armonizando las normas constitucionales transcritas, se tiene que todo lo que respecta a la creación, estructura, gobierno, capacidad jurídica, representación y funcionamiento de las personas jurídicas, ya sean colombianas o extranjeras que desarrollen actividades en nuestro país, sólo compete al Congreso. Por consiguiente, los aspectos indicados, que son los que condicionan la existencia y el desarrollo de las actividades de las personas jurídicas, no pueden ser objeto de reglamentos autónomos expedidos con fundamento en el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución. Son materia reservada a la ley. Por ello el gobierno no puede establecer mediante decreto la forma de constitución ni determinar los órganos de gobierno o dirección de personas jurídicas privadas dedicadas a la educación pública; tampoco puede establecer la forma de su representación ni las condiciones para obtener la personería jurídica” (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de mayo de 1982. Actor, Luis Carlos Sotelo, Extractos del Consejo de Estado, mayo de 1982).

Son suficientes las anteriores consideraciones para que esta Sala estime procedente la suspensión decretada en el auto recurrido que se revisa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión,

*Resuelve:*

*Confírmase el auto suplicado.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

**SUSPENSION PROVISIONAL-Procendencia/IMPUESTO A BILLETES DE LOTERIA**

*La simple confrontación de la norma legal que estableció el impuesto a los billetes de lotería y a las boletas de rifas con el texto acusado permite advertir claramente que existe contradicción manifiesta entre lo que dispone la ley y lo que regula el reglamento.*

**SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos del literal a) del artículo 12 del Decreto reglamentario número 592 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2587. Actor: Alvaro Tafur Galvis. Autoridades nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional del literal a) del artículo 12 del Decreto reglamentario número 592 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional. Auto.

El ciudadano Alvaro Tafur Galvis en su propio nombre presentó ante esta Corporación demanda de nulidad contra el literal a) del artículo 12 del Decreto reglamentario número 592 de 1976, la cual por llenar los requisitos formales de presentación establecidos por la ley, habrá de admitirse.

Como también se demanda la suspensión provisional de la norma acusada, procede la Sala Unitaria a resolver sobre dicha petición que se sustenta así por el actor:

“En efecto, basta la confrontación textual entre el literal a) del artículo 12 del Decreto 592 de 1976 con el precepto legal que estableció el impuesto a la emisión de boletas o billetes de rifas, para que surja, *prima facie*, la contradicción entre las dos disposiciones.

“El artículo 7º, numeral 2º de la Ley 12 de 1932 establece el impuesto ‘sobre el valor de los billetes de rifas’ sin discri-

minación alguna entre ellos, mientras que el literal a) del artículo 12 del Decreto 592 de 1976, en orden a la liquidación del impuesto, sólo tiene en cuenta el valor de las boletas vendidas, dejando por fuera los billetes o boletas emitidos y ofrecidos en el correspondiente municipio, que no hayan sido vendidos. Es decir el reglamento establece una distinción que no hizo el legislador y que genera, además, una limitación al alcance de la disposición legal, en detrimento del tesoro de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá" (fl. 15).

No cabe duda que la simple confrontación de la norma legal que estableció el impuesto a los billetes de lotería y a las boletas de rifas (artículo 7º numeral 2 de la Ley 12 de 1932) con el texto acusado permite advertir claramente que existe contradicción manifiesta entre lo que dispone la ley y lo que regula el reglamento. En efecto, al paso que la norma superior ordena que el impuesto se causará "sobre el valor de los billetes de rifas y ... sobre el valor de los billetes de lotería que componen cada sorteo", el reglamento determina, al establecer el procedimiento para su liquidación o determinación del monto, que se hará, no sobre la totalidad de boletas o billetes emitidos, sino sobre el número de boletas vendidas lo que significa ostensiblemente el cambio, reduciéndola, haciéndola más pequeña, de la base imponible, como también, el cambio del hecho generador que ya no será como en la ley, la emisión de las boletas o billetes, sino su venta al público.

Así las cosas y como la solicitud de suspensión provisional cumple con los requisitos que la ley administrativa consagra y como a juicio de esta Sala Unitaria está demostrada la manifiesta violación de norma superior, habrá de decretarse dicha medida.

Por lo expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Cuarta del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

Admítase la anterior demanda y en consecuencia se dispone:

- 1º Notifíquese personalmente al señor ministro de Salud;
- 2º Notifíquese personalmente al señor Fiscal del Consejo de Estado;
- 3º Cumplido lo anterior fíjese el negocio en lista por el término de diez (10) días para los efectos legales.

4º Suspéndese provisionalmente los efectos del literal a) del artículo 12 del Decreto reglamentario número 592 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario*

## REFORMA URBANA/POLIZA DE VIVIENDA

*La medida perseguida por el artículo 64 de la Ley de Reforma Urbana —9ª de 1989—, relacionado con el 128 que indica la entrada en vigor de toda la ley, es de claro amparo y seguridad para todas las personas que adquieran nueva vivienda a partir de 11 de enero de 1989, en cuanto a la estabilidad y buena calidad del inmueble a través de la póliza de garantía correspondiente, cuestión que no garantiza la norma demandada.*

**SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos del artículo 2º del Decreto reglamentario número 0093 de 1989 (enero 11).

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 1128. Actor: Andrés Rodríguez Pizarro.

Se decide el recurso de *súplica* propuesto por la parte actora contra el auto de fecha 9 de marzo de 1989 (fls. 19 a 21), en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional solicitada (ord. 2º).

### *El auto suplicado:*

Después de transcribir en columnas enfrentadas la norma superior supuestamente violada de modo ostensible (art. 128 de la Ley 9ª de 1989) con la disposición acusada con pedimento de suspensión provisional (art. 2º del Decreto reglamentario 0093 de 1989), expresa el auto confutado para decidir negativamente la petición de la medida cautelar provisoria:

“Como se puede apreciar de la confrontación a doble columna de las normas, se colige que no existe violación directa de la disposición reglamentaria con relación a la norma legal invocada; una cosa es la vigencia de la ley, que obviamente contempla todo su contenido, y otra muy diferente, la vigencia a partir de la cual regirá la póliza que contempla el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, cuyo texto expresa:

*“Artículo 64.* Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a constituir una póliza para garantizar la estabilidad y la buena calidad de la vivienda. El notario público ante quien se efectúe la venta exigirá la protocolización de una copia de la póliza en la escritura correspondiente”.

“Como se puede observar de la norma legal transcrita, en nada se contraponen la vigencia de la ley con la vigencia de la póliza a que hace referencia la disposición acusada, pues en este último caso, ella obedecerá según el caso y el número de viviendas que cobije”.

*Razones del recurrente:*

En síntesis, la actora suplicante expresa (fls. 30-32): La Ley 9ª (art. 128) entró a regir en su integridad el día 11 de enero de 1989. En su artículo 64 se estableció: (lo transcribe el recurrente, destacando la parte final sobre exigencia de la protocolización de la póliza). Con base en esto se pregunta cuándo deben comenzar a pedir los notarios la copia de la póliza de estabilidad de la vivienda. Y se responde que “es a partir de 11 de enero del año en curso”. Pero la norma acusada establece cosa diferente, por cuanto pospone la vigencia de lo dispuesto en el artículo 64 de la ley, “al establecer que los notarios públicos sólo exigirán la protocolización de la póliza correspondiente cuando quiera que la Superintendencia Bancaria se haya pronunciado sobre el particular, se haya efectuado una publicación en un diario de circulación y hayan transcurrido cinco días”. La voluntad del legislador “fue clara al no someter a ningún requisito previo la exigencia de la póliza”, pero la norma acusadas establece unos.

*La opositora:*

Actuando como apoderado de la parte opositora (la Superintenden Bancaria), tal mandataria (fls. 34 a 36) empieza diciendo qué es la suspensión provisional, que en este caso no existe la violación ostensible, ya que “lejos de contrariar un precepto superior como el artículo 128 de la Ley 09 de 1980 (el acto acusado) está encaminado a facilitar el cumplimiento del 64 la mencionada ley” por lo cual pide mantener “la legalidad del auto” suplicado.

*Consideraciones de la Sala:*

El auto que optó por la negativa de ordenar la suspensión provisional del acto acusado recibirá revocatoria de la Sala por cuanto a juicio de ésta le asiste razón al impugnador en súplica.

En efecto: El artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, sin condición o plazo impone la obligación a los notarios públicos de que en la misma escritura de compraventa de un inmueble nuevo destinado a vivienda se protocolice una copia de la respectiva póliza que debe

constituir el vendedor para garantizar la estabilidad de la obra y la buena calidad de la edificación. En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley, es ineludible su acatamiento y obliga cumplirla a gobernantes y gobernados. La vigencia de la Ley 9ª se inició con su promulgación, conforme a su artículo final —el 128—, esto es, a partir del día 11 de enero de 1989 (*Diario Oficial* núm. 38650).

Así que al correrse una escritura pública de compraventa de nueva vivienda el día 12 de enero de 1989, valga de ejemplo, el respectivo notario estaba en la obligación de dar cumplimiento al artículo 64 de la ley de Reforma Urbana. Pero según el artículo acusado en este proceso —el 2º del Decreto reglamentario 0093 de 11 de enero de 1989—, por encontrarse igualmente en vigencia en razón de haberse publicado el decreto en el mismo *Diario Oficial* el día 11 de enero de 1989, para el caso traído como ejemplo, el 12 de enero siguiente podían los notarios públicos desacatar o no dar cumplimiento al artículo 64 de la Ley 9ª; toda vez que el artículo 2º del Decreto 0093, con abierto quebranto de la ley reglamentada, creando términos y condiciones totalmente ajenas a la ley de Reforma Urbana, establece estos tres pasos encaminados no al cumplimiento de la ley, sino a estorbar su acatamiento: a) Que la Superintendencia Bancaria apruebe la póliza de que trata el artículo 64 de la ley reglamentada, lo cual aparece, como es de público conocimiento, cierto trámite en sede administrativa que no se distingue propiamente por lo expedito y sumario; b) Establecer un término, siguiente al paso anterior, de cinco (5) días, obviamente hábiles, en orden a que: c) La Superbancaria “informe tal circunstancia en un diario de amplia circulación nacional”, para que los notarios exijan la protocolización de la copia de la póliza.

Tales tres condiciones aparejan una ostentosa violación de la superior disposición que pretende reglamentar. La medida perseguida por el artículo 64 de la ley, relacionado con el 128 que indica la entrada en vigor de toda la ley, es de claro amparo y seguridad para todas las personas que adquieran nueva vivienda a partir de 11 de enero de 1989, en cuanto a la estabilidad y buena calidad del inmueble, cuestión que no garantiza el artículo 2º del Decreto 0093 reglamentario.

Así, pues, la transgresión en que incurre el acto acusado es evidente y captable *prima facie* como resultado del simple cotejo que exige la ley para que opere la medida precautelativa provisional del artículo 152 del C. C. A., por lo cual aquí se decretará tal medida especial, previa la revocatoria del ordinal 2º de la providencia que la negó.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º *Revocar* el ordinal segundo (2º) del proveído de 9 de marzo de 1989 atacado en súplica, que niega la suspensión provisional solicitada por el actor.

2º *Decretar la suspensión provisional* de los efectos del artículo 2º del Decreto reglamentario número 0093 de 11 de enero de 1989.

3º Prevenir al Gobierno Nacional, a través de sus ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna de contenido idéntico, similar o equivalente al del artículo 2º del Decreto 0093 de 1989 cuyos efectos quedan suspendidos conforme a lo dispuesto en el ordinal segundo antecedente.

4º Sin costas en el recurso.

5º La abogada María Victoria Moreno Jaramillo es mandataria judicial de la Superintendencia Bancaria, en la forma y para los fines del poder que se le otorgó.

6º Comunicar esta decisión, con remisión *in integrum* de la misma, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico y al superintendente bancario.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

*Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez*, no asistió.

*Victor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**FONDO NACIONAL DEL AHORRO-Operaciones/CONTRATOS**

*Es cierto que el artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 habla de las "operaciones" que realice el Fondo Nacional del Ahorro en virtud de los artículos 1º y 2º del mismo estatuto. Empero, de todo su contexto se establece inequívocamente que las mismas se traducen en contratos, que es la forma usual como normalmente se obligan las personas o entidades.*

**CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 (abril 13).**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 1132. Demandante: Pablo Segundo Galindo Nieves.**

Se pasa a decidir el recurso ordinario de súplica interpuesto por el Fondo Nacional de Ahorro, mediante procurador judicial, contra el auto de 12 de abril de 1984 proferido por el consejero ponente y mediante el cual se admitió la demanda instaurada contra el Decreto reglamentario 1059 de 13 de abril de 1988, artículo 3º expedido por el señor Presidente de la República y a la vez se dispuso la suspensión provisional de este precepto.

Se dirige el recurso a obtener la revocación de esta medida precautoria.

*El acto acusado:*

Lo es, como se dijo, el Decreto 1059 de 13 de abril de 1988 "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro" y en cuyo artículo 3º impugnado se prevé lo siguiente:

**"Las operaciones que realice el Fondo Nacional de Ahorro con desarrollo de lo previsto en los artículos anterior-**

res, se someterán a las normas del Decreto 222 de 1983, en lo que se refiere a capacidad de contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana.

“En los demás aspectos cumplirá los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares y, en cuanto a sus efectos, los contratos estarán sujetos a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza, salvo que se trate de contratos administrativos o de contratos en los que se hubiere incluido por el Fondo Nacional de Ahorro la cláusula de caducidad.

“*Parágrafo.* Igual tratamiento tendrán los contratos que celebre el Fondo con sus afiliados para las finalidades y operaciones previstas en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 3118 de 1968, debiendo sujetarse para la selección de sus respectivos beneficiarios, a los reglamentos de la junta directiva de esa entidad. El cumplimiento de estos contratos se garantizará hipotecariamente y con la prenda de las cesantías causadas o que se causen en un futuro a favor de los mutuarios correspondientes”.

El artículo 1º del Decreto 1059 a que se refiere el pretranscrito artículo 3º del siguiente tenor:

“*Artículo 1º* El Fondo Nacional de Ahorro, en desarrollo de las operaciones previstas en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 3118 de 1968, podrá:

“1. Celebrar contratos, con entidades de derecho público especializadas en la ejecución de planes habitacionales, a fin de que los afiliados al Fondo reciban solución de vivienda.

“2. Adelantar con el Banco Central Hipotecario, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y con personas especializadas en la actividad de la construcción de vivienda, proyectos específicos y habitacionales con el objeto de que los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, puedan satisfacer sus necesidades habitacionales”.

Y el artículo 2º *ibidem* contempla en ocho ordinales los aspectos que deben tenerse en cuenta en la promoción y ejecución de los Proyectos Específicos Habitacionales previstos en el artículo.

*Providencia suplicada:*

El consejero ponente sustenta su decisión de suspensión del acto demandado en las siguientes consideraciones:

“Sin ánimo de hacer un análisis detallado del asunto puesto que la norma pertinente no lo exige, antes bien, impide hacerlo al prescribir que la revelación (sic) de la violación sea ‘manifiesta’ y la comparación a través de la cual se pueda percibir, sea ‘sencilla’ es necesario, sin que sea difícil hacerlo, analizar sintéticamente tomando desde su génesis la institución denominada Fondo Nacional de Ahorro.

“Observamos que la disposición gubernativa que lo creó, el Decreto-ley 3118 de 1968, dice en su artículo 1º: ‘Constitución: Créase el Fondo Nacional de Ahorro *como establecimiento público* (se subaraya) vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico...’. En el Capítulo III, ‘Operaciones del Fondo’, dice en el literal b) del artículo 17: ‘Celebrar con entidades especializadas en el ramo, contratos para la ejecución de planes de vivienda individual o multifamiliar para los empleados o trabajadores beneficiarios del Fondo’. Así también los artículos 16 y 18, hablan de ‘operaciones financieras’ para los fines de compra de vivienda o de solar, construcción de vivienda, mejora de la misma, etc., y también de ‘garantías’ en favor de los trabajadores para los mismos fines: operaciones todas éstas que nacerían a la vida jurídica, obviamente, mediante la forma contractual que le daría la titularidad del derecho a los beneficiarios.

“El 2 de febrero de 1983, el Presidente de la República firmó el Decreto-ley 222 ‘por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones’.

“El decreto, al determinar las ‘entidades a las cuales se aplica este Estatuto’, establece en el artículo primero que ‘los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerio y Departamentos Administrativos) y los *Establecimientos Públicos* (se subraya) se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto’. En el artículo 25 señala los requisitos a los que se debe someter la celebración de los contratos escritos, administrativos y de derecho privado, además de los requisitos especiales que se señalen para determinados contratos. El artículo 80 determina los distintos contratos de que trata el estatuto y entre ellos enumera el de ‘compra-venta y permuta de inmuebles’ negociación que constituye el eje primordial de las actividades y objetivos del Fondo Nacional de Ahorro, según las normas estatutarias transcritas.

“El acto administrativo demandado, expedido dos meses después del Decreto 222, parece derogar para la obtención de sus propios fines algunas normas de éste cuando, en el artículo tercero, deja vigente para ‘las operaciones que realice

el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de lo previsto en los artículos anteriores, sólomente lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana; remitiendo las demás al régimen de contratación entre particulares. O sea que, lo que aparece «*prima facie*», es un decreto reglamentario que, en lugar de reglamentar, deja sin efecto para los casos que allí determinan, lo ordenado por la norma superior para la celebración de los contratos de la administración, tanto administrativos como de derecho privado' 'salvo disposición legal en contrario' (art. 25 del Decreto ley 222 de 1983).

“Como esa ‘disposición legal en contrario’ parece no existir, según los textos analizados, pues realmente no hay norma de igual categoría al decreto-ley que haga las excepciones que pretende establecer el artículo 3º del Decreto reglamentario 1059 en la celebración de los contratos de la administración, sí aparece al menos para los efectos de la suspensión provisional que como su misma denominación lo indica es una medida meramente cautelar, la transgresión a ese Decreto 222 de 1983, y, de contera, la extralimitación del ejecutivo en sus funciones, hacia los linderos demarcados por los artículos 55 y 76 numeral 1º de la Constitución Nacional.

“Siguiendo esta Corporación, como regularmente lo ha hecho, una línea de máxima exigencia para decidir la suspensión provisional de un acto administrativo, dada la trascendencia que ella puede tener en la marcha de la administración y el carácter excepcional que reviste al no estar aún presente la contraparte que pueda ser oída, se observa que en el caso bajo examen se dan los elementos exigidos por el inciso segundo del artículo 152 cuando estipula que ‘Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas’”.

*Sustentación del presente recurso:*

El Fondo Nacional de Ahorro a través de su apoderado, pide que se revoque la suspensión provisional decretada del artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 y al efecto arguye lo siguiente:

a) No es cierto que el eje principal de las actividades y objetivos del Fondo Nacional de Ahorro “lo constituya el contrato de compraventa de inmuebles”, pues el Decreto-ley 3118 de 1968 en sus artículos 16 y 17 y en especial el literal b) de este último permite celebrar otra clase de actos jurídicos diferentes al de compraventa con el propó-

sito de colaborar con la consecución de vivienda de sus afiliados, facultad legal ésta desarrollada por el Decreto reglamentario 1059 de 1988 al que pertenece la norma cuestionada y por el Decreto autónomo 1070 de 1983.

Sobre la naturaleza jurídica de la operación consagrada en el Decreto 1059 de 1988 hay lo siguiente:

El artículo 2º del Decreto-ley 3118 de 1968 por el cual se creó el Fondo Nacional de Ahorro señala como uno de sus objetivos "contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado" (ordinal c) y para ello se faculta al Fondo para construir, comprar, financiar, etc., unidades habitacionales para sus afiliados a través de los artículos 16 y 17 *ibidem*.

Dentro de las diferentes operaciones que el Fondo puede realizar se encuentra la del literal b) del artículo 17 consistente en "celebrar con entidades especializadas en el ramo, contratos para la ejecución de planes de vivienda individual y multifamiliar para los empleados o trabajadores beneficiarios del Fondo".

En desarrollo de esa facultad el Gobierno expidió los Decretos 1059 de 1988 y 1070 de 1983 que regulan "una típica intermediación del Fondo entre los constructores de vivienda y los beneficiarios que son los compradores de estas viviendas". El Fondo en esta operación no compra ni vende viviendas para sus afiliados. Simplemente se presenta al mercado de la construcción, invita públicamente a que los constructores le ofrezcan viviendas construidas o futuras con el fin de que sus afiliados las compren.

Este mecanismo se describe del siguiente modo:

"1º El Fondo, manifiesta públicamente que está dispuesto a adelantar planes de vivienda con el Banco Central Hipotecario y las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con destino a los afiliados del mismo Fondo.

"2º En consecuencia, invita, también públicamente a los constructores a que contraten la construcción de tales viviendas con el Banco Central Hipotecario o con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

"3º Para que el constructor pueda obtener el contrato de construcción con las Corporaciones, debe manifestar al Fondo Nacional de Ahorro que las viviendas que va a construir las ofrece en venta bajo la ley comercial a los afiliados al Fondo, quedando obligado el constructor a venderlas y entregarlas cuando sean terminadas a los afiliados seleccionados por el mismo Fondo.

“4º Si no hay afiliados, o si vencido el término de la oferta ésta no se ha concretado el constructor puede vender libremente las viviendas a quien quiera.

“Surgen entonces en este negocio cuatro partes así: el Banco Central Hipotecario, o las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, el constructor o empresario, el Fondo o intermediario y el afiliado al Fondo o comprador final. Entre todas estas partes surgen las siguientes relaciones:

“a) Entre el constructor y el Banco Central Hipotecario o las Corporaciones de Ahorro y Vivienda un contrato denominado por algunos de empresa o de construcción de edificios, regulado por el Código Civil, artículo 2059 y siguientes, y en parte por el Decreto autónomo 1070 de 1983.

“b) Entre el Banco Central Hipotecario y las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, y el Fondo un contrato celebrado por la expresa autorización del ordinal b) del artículo 17 del Decreto-ley 3118 de 1968.

“c) Entre el Fondo y el constructor una relación de oferta comercial y aceptación de dicha oferta en favor de otro, regulada por los Decretos 1059 de 1988 y 1070 de 1983, la reglamentación de la oferta por el Código de Comercio y las normas sobre estipulación para otro del Código Civil, artículos 1506 y concordantes.

“d) Un contrato de compraventa entre el afiliado del Fondo y el constructor.

“e) Un contrato de mutuo con hipoteca o prenda entre el Fondo y el afiliado”.

De todos modos se deduce del artículo 3º del Decreto 1059 de 1983, norma acusada, que éste no derogó ni podía derogar el Decreto-ley 222 de 1983 ya que la operación que el Fondo lleva a cabo para que sus afiliados adquieran vivienda “no es un contrato de compraventa de inmuebles ni de construcción”, y además, la relación que se establece entre el Fondo y el constructor es atípica tanto para el Derecho Público como para privado, ya que la oferta y su aceptación están regulados por el derecho comercial y la aceptación que hace el Fondo para su afiliado encaja en las normas relativas a la estipulación por otro. El Fondo sólo realiza actos preparatorios encaminados a a que el constructor pueda vender la vivienda al afiliado al Fondo.

De lo que se sigue y concluye:

“Es entonces perfectamente nítido que el Decreto 1059 de 1988 no deroga el Decreto-ley 222 de 1983, ni tampoco lo hace el artículo 3º suspendido, ni su intención es sacar del

campo de aplicación de esta norma a la operación de facilitarle la vivienda al afiliado del Fondo Nacional de Ahorro, sino que por el contrario, regula los efectos de la relación jurídica surgida entre el constructor y el Fondo, sometiéndola en principio a la parte general del Decreto-ley 222 de 1983, y en lo especial al derecho privado, salvo que de dicha relación surja un contrato administrativo”.

b) El artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 no deroga el Decreto-ley 222 de 1983.

Y ello es así porque el Decreto 1059 en sus artículos iniciales “no crea ni autoriza una forma contractual”, pues la autorización para contratar con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y el Banco Central Hipotecario proviene de dos normas con fuerza legal: el Decreto 3118 de 1968 (arts. 16 y 17) y el Decreto 1070 de 1983.

Por eso, lo previsto en los dos primeros artículos del Decreto 1059 de 1988 es la forma por la cual el Fondo acude al mercado de la construcción con el fin de que sus afiliados puedan adquirir vivienda y de ahí que conforme a tal decreto no compre inmuebles ni celebre contratos para sí mismos, ya que el constructor ofrece unas viviendas (art. 2º ordinal 1º) y el Fondo las acepta en nombre de sus afiliados (art. 2º, ord. 6º).

No es fácil entonces definir la naturaleza de la relación que surge entre el constructor oferente y el Fondo aceptante para sus afiliados “...pues puede tratarse de un acto jurídico precontractual que permite la celebración del contrato de compraventa entre el constructor y el afiliado, algo así como un corretaje o una promoción. Puede válidamente afirmarse que se trata de todas maneras de un contrato con una estipulación por otro”.

“Lo fundamental para este recurso de súplica es entonces poner de presente que en un auto de suspensión provisional dictado por la Sala Unitaria no puede llegar a suponerse la existencia de un contrato entre el constructor y el Fondo, ya que no es clara la naturaleza y efectos de esa relación... lo que sólo puede resolverse en la sentencia y no en un auto de aquella naturaleza”.

“Situaciones jurídicas como las anteriores ponen de presente la complejidad en el actuar de administración, que para prestar un servicio público en forma eficiente la ley crea unos mecanismos que no encajan en la idea típica del contrato bilateral que se encuentra en el Decreto 222 de 1983”.

El ámbito del Decreto 222 de 1983 fue definido en el concepto de 14 de agosto de 1983 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

De donde se concluye que "si el ámbito del Decreto-ley 222 de 1983 es el de los contratos administrativos típicos, el artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 no es derogatorio del mismo, sino que, por el contrario le estaría ampliando el campo de aplicación del estatuto contractual a la relación jurídica que surge entre el constructor y el Fondo Nacional de Ahorro".

c) La suspensión provisional es improcedente.

No había lugar a decretar ésta porque la supuesta violación de la norma superior no surgía de una sencilla comparación.

No se refiere el artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 a todos los contratos, sino a "las operaciones que realiza el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de lo previsto en los artículos anteriores..." y de la lectura de esos primeros artículos se encuentran que no señalan "un contrato de forma típica". En cambio "describen una operación de oferta comercial y de promoción que no refleja indudablemente la existencia del contrato administrativo típico".

No obstante ese hecho "la Sala interpretó los dos primeros artículos como si trataran del contrato de compraventa de inmuebles y para hacerlo supuso que el decreto acusado reglamentaba los artículos 16 y 17 del Decreto 3118 de 1968 en lo referente a la compraventa de inmuebles".

La sola duda, desde el punto de vista procesal, del cual de todas las operaciones o contratos de los contemplados por los estatutos del Fondo eran los reglamentados por la norma acusada era suficiente para negar la suspensión provisional.

Más aún y suponiendo que la relación jurídica que se establece entre el Fondo y el constructor sea un contrato de compraventa de inmuebles, ella no se halla gobernada por el Decreto-ley 222 de 1983 sino por la Ley 9ª de 1989 o de reforma urbana, pues su artículo 124 derogó el artículo 144 del estatuto contractual sobre procedimiento para la adquisición de inmuebles, además de que la Ley 9ª reguló íntegramente la materia y el Fondo es una de las entidades que debe cumplirla según su artículo 11.

El auto de suspensión provisional parte de la hipótesis de que el Decreto 222 de 1983 regula todos los contratos de la administración y que las exigencias de su artículo 25 abarcan a todos los contratos.

Esta es apenas una interpretación y por ello mientras no haya una decisión judicial en firme no es adecuado adaptarla como definitiva en un auto de suspensión provisional.

d) Trascendencia en la marcha de la administración de la suspensión provisional.

A título informativo se exponen los planes de vivienda desarrollados por el Fondo con fundamento en la oferta comercial comentada y del crédito directo de los afiliados, reglamentado parcialmente por el parágrafo del artículo 3º suspendido.

Tales planes se han llevado a cabo a través del esquema de Proyectos Específicos Habitacionales y del denominado crédito directo.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Estima ésta que debe mantenerse el auto suplicado en vista de las siguientes consideraciones:

1º Según el artículo 1º del Decreto-ley 3118 de 1968 el Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y por ello le son aplicables las normas del Decreto-ley 222 de 1983 “por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas” al tenor del artículo 1º de este último estatuto. Y el artículo 25 del mismo Decreto 222 contiene los requisitos comunes a que se deben someter la celebración de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, fuera de los especiales que señalen para determinados contratos.

2º Entonces y como se sostiene en la providencia objeto de recurso, el artículo 3º del Decreto 1059 al sujetar a la reglamentación de derecho privado las operaciones o “contratos” que celebre el Fondo Nacional de Ahorro y a que el mismo se refiere, está haciendo de lado las exigencias del artículo 25 del Decreto 222.

3º Es cierto que el artículo 3º del Decreto 1059 habla de las “operaciones” que realice el Fondo en virtud de los artículos 1º y 2º del mismo estatuto. Empero, de todo su contexto se establece inequívocamente que las mismas se traducen en *contratos*, que es la forma usual como normalmente se obligan las personas o entidades.

Obsérvese, en efecto, que dicho artículo 3º prevé que tales operaciones se sujetan a las normas del Decreto 222 de 1983 “en lo que se refiere a capacidad para *contratar*, competencia para *suscribir contratos*, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana” (subraya la Sala).

Los demás aspectos cumplirán “los requisitos y formalidades que exige la ley para la *contratación entre particulares*, los *contratos* estarán sujetos a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza, salvo que se trate de *contratos administrativos* o de *contratos* en los que se hubiese incluido por el Fondo Nacional de Ahorro la cláusula de caducidad (se subraya).

Y el párrafo del comentado artículo 3º previene que igual tratamiento se dará a "los contratos que celebre el Fondo con sus afiliados para las finalidades y operaciones previstas en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 3118 de 1968" (se subraya).

4º Describe el suplicante la clase concreta de operaciones que según su entender y conocimiento realiza el Fondo en desarrollo de su objetivo de dotar de vivienda a los empleados del Estado y que encasilla y denomina contratos atípicos de "oferta comercial", "correteaje", "promoción" o "un contrato con una estipulación por otro".

Observa la Sala al respecto que el enjuiciamiento de nulidad se hace del artículo 3º del Decreto 1059 tal como en términos generales está concebido y redactado y no de las operaciones en la forma específica en que las explica el Fondo y de las cuales por lo demás no existe demostración en el proceso.

Además el artículo 25 del Decreto 222 no hace distinciones entre contratos típicos o atípicos, así que no se puede inferir que estos últimos escapen de su alcance porque se pecaría seriamente contra el principio elemental de hermenéutica jurídica.

Que en el auto suplicado se hubieran interpretado las operaciones que adelanta el Fondo como contratos de compraventa es cuestión intrascendente, porque nada obsta para que en la amplia gama de ellas a que se refiere el artículo 3º del Decreto 1059 demandado pueden estar incluidos esos contratos, entre otros. Pero de todos modos trátase del contrato de compraventa o cualesquiera otras clases (administrativos o de derecho privado de la Administración) deben atenerse a los requisitos del artículo 25 del Decreto 222.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Decisión de la Sección Primera, *Decide* confirmar el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que el presente proveído fue considerado y aprobado en sesión de treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Bevides Melo.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**AUTORIDADES DE TRANSITO/AUTORIDADES DE TRANSPORTE/INTRA/COMPETENCIA/PLACAS-Suministro**

*La fabricación, el suministro y la entrega de placas como documentos de tránsito son funciones que únicamente pueden ser ejercidas por las autoridades del ramo. La disposición según la cual la junta directiva del INTRA fijará el valor de la Placa Unica Nacional está confiriendo, en contra de la Carta Fundamental, atribuciones propias del Congreso Nacional, de las Asambleas y de los Concejos Municipales, en cuestiones de tránsito, a una autoridad de transporte, tributo o expensa, toda vez que tal valor es de resorte del sistema tributario de rentas del Estado, de lo fiscal y presupuesta, que solamente compete señalar a aquellos tres órganos de los órdenes nacional, departamental y municipal. El ministro de Obras Públicas no es "el gobierno" y el INTRA no es autoridad del "ramo" de tránsito. SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 1º, literales a, b, c, e, f, g, h, i y j del Decreto reglamentario 1147 de 1971, inciso primero y párrafo 2º del artículo 2º y artículo 3º del Decreto reglamentario 2199 de 1988; y Resoluciones números 10815 de 1988 y 817 de 1989, dictadas por el ministro de Obras Públicas y Transporte; ambas en su totalidad.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

**Referencia: Expediente número 1274. Actor: Pablo Cáceres Corrales.**

En ejercicio de la acción pública el ciudadano Pablo Cáceres Corrales demanda la nulidad de varios actos administrativos. La demanda será admitida por satisfacer los requisitos meramente formales.

*Suspensión provisional:*

En la misma demanda, a folios 54 a 66, el actor solicita se decrete la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos, por reputar que violan de modo ostensible mandatos de índole superior:

a) Artículo 1º, literales a, b, c, e, f, g, h, i y j, del Decreto número 1147 de 1971 "por el cual se reglamenta el Código Nacional de Tránsito Terrestre".

b) Decreto 2199 de 25 de octubre de 1988, en cuanto al inciso primero y el párrafo 2º de su artículo 2º y su artículo 3º.

c) Resolución número 10815 de 3 de noviembre de 1988, expedida por el ministro de Obras Públicas y Transporte, en todo su articulado (15 artículos), y

d) Resolución número 817 de 9 de febrero de 1989, dictada por el ministro de Obras Públicas y Transporte, también en su integridad (3 artículos).

Son tres los cargos fundamentales que en general hace el actor contra la integridad de los actos administrativos acusados. Para una mejor intelección de dichos cargos, inicialmente se aclararán las materias específicas de que tratan los actos acusados, para después analizar aquellos cargos frente a las disposiciones superiores que reputa gravemente transgredidas el demandante.

1º Primeramente, el Decreto 1147 de 1971, en su artículo 1º, literales a, a j, exceptuando el d, le otorga al *Instituto Nacional del Transporte, INTRA*, funciones "necesarias para la adecuada ejecución del Código Nacional de Tránsito", además de las que le adscriben la ley y los reglamentos, todas ellas relacionadas con el *tránsito* de vehículos automotores, licencias de conducción y licencias de tránsito de dichos vehículos.

2º El Decreto 2199 de 1988, en su artículo 2º, primer inciso y su párrafo 2º, y en su artículo 3º, asigna al INTRA la facultad de "fabricación o elaboración de la Placa Unica Nacional y su distribución a los diferentes organismos y autoridades de *tránsito* del país", da a la junta directiva del INTRA la atribución de fijar "el valor de la Placa Unica Nacional" y prohíbe a los organismos y autoridades de *tránsito*, "sin previa autorización del INTRA, fabricar o elaborar la Placa Unica Nacional (y) distribuirla a otros organismos o autoridades *similares*". Conforme al enunciado de este decreto "se establece la competencia para determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la Placa Unica Nacional, así como la entidad responsable por su fabricación o elaboración y distribución a los organismos y autoridades de *tránsito*".

3º Mediante las Resoluciones 10815 de 1988 y 817 de 1989, emitidas por el ministro de Obras Públicas y Transporte "como autoridad de *tránsito* del país", según el Decreto 2199 de 1988 "se determinan las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la Placa Unica Nacional".

Tres son los cargos fundamentales que el actor formula a los actos acusados para pedir la suspensión provisional de éstos por quebrantar de modo ostensible disposiciones superiores, así:

1º "Los Decretos 1147 de 1971 en su artículo 1º (con excepción de la letra d) y 2199 de 1988 (art. 2º, inciso 1 y párrafo 2º, y art. 3º)

*adscriben funciones de tránsito a una autoridad que no tiene esa categoría ni naturaleza*" (subrayas del actor).

Los actos que acusa, dice el actor, están violando de modo ostensible al artículo 8º del Decreto extraordinario número 1344 de 1970, que adoptó el Código Nacional de Tránsito, y que a la letra dice:

"El gobierno adscribirá las funciones relativas a la expedición de licencias de conducción o pases y registro de vehículos y demás que este Código no atribuya singularmente a alguna, a las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo".

Y se pregunta el actor: ¿Cuáles son esas autoridades? Pues las que indica el Estatuto citado en su artículo 3º, modificado por el artículo 2º del Decreto extraordinario número 2169 de 1970, y que señala taxativamente así:

"Son autoridades de tránsito:

"1º El ministro de Obras Públicas.

"2º El Consejo Superior de Tránsito.

"3º Las secretarías, departamentos o direcciones de tránsito de carácter departamental, distrital, intendencial y comisarial.

"4º Los alcaldes municipales e inspectores de policía.

"5º Las secretarías, departamentos o inspecciones municipales de tránsito.

"6º La policía nacional en sus cuerpos especializados de policía vial y policía urbana de tránsito.

"Las direcciones departamentales de tránsito tendrán su sede en la capital del departamento o en la ciudad que indique el respectivo gobernador".

Sigue afirmando el actor: "El Instituto Nacional del Transporte tiene tan sólo la Secretaría Técnica y Administrativa del Consejo Superior de Tránsito y su director general ni siquiera pertenece al Consejo, según lo establece el artículo 4º del Decreto 1344 de 1970, pues únicamente tiene voz en sus reuniones".

El despacho comparte las apreciaciones del actor en cuanto se deja visto, por estar respaldadas en derecho. Evidentemente, el artículo 1º del Decreto 1147 de 1971, excepto su literal d), adscribe al INTRA funciones de tránsito, sin ser tal instituto autoridad del ramo, toda vez que el Decreto 770 de 1968 "lo concibe como una entidad que ejecuta la política del transporte y no como un organismo policivo o de tránsito y circulación". En consecuencia, es manifiesta la ilegalidad de dicho precepto del Decreto 1147 de 1971. En cuanto hace al

Decreto reglamentario 2199 de 1988, en sus normas acusadas, le asignan al INTRA, como igualmente asevera el actor, autoridad esta que no es de tránsito sino de transporte “la función exclusiva y excluyente de fabricar o elaborar una placa única nacional y distribuirla a los diferentes organismos y autoridades de tránsito del país”. Tal función “es una facultad propia de las autoridades de tránsito locales (‘oficinas de origen’) que tiene como atribución la de suministrar las placas a los propietarios y titulares de las licencias de tránsito de sus vehículos”, como lo previene el artículo 88 del Decreto 1344 de 1970 “y de entregarlas físicamente a ellos” (art. 97 *ib.*). Agrega el accionante que “Existe una esencial identidad entre la función de suministrar y entregar las placas y la de fabricarlas o elaborarlas. Por esta razón, la fabricación, el suministro y la entrega de placas como documentos de tránsito son funciones que únicamente pueden ser ejercidas por las ‘autoridades del ramo’”, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 8º del Código Nacional de Tránsito. Prospera, pues el cargo.

2º El segundo cargo lo formula el actor genéricamente así:

*“El régimen de las rentas y tributos por concepto de circulación y tránsito no puede ser alterado ni regulado mediante decretos reglamentarios del gobierno que, en desarrollo del artículo 8º del Código de Tránsito, asignen o distribuyan funciones de tránsito entre las autoridades del ramo”* (igualmente destaca el accionante).

Sobre el particular expresa lo siguiente el actor, que, por hallarlo razonable y fundado en derecho, comparte el despacho:

“El orden jurídico superior violado manifiestamente (por las normas acusadas, es este): Los artículos 43, 76 número 13, 187 número 7º, 191 y 197 número 5º de la Constitución Política de Colombia, que establecen el principio fundamental consistente en que únicamente el Congreso, con su competencia original, y las asambleas y los concejos municipales, con sus competencias derivadas, pueden establecer contribuciones y las rentas del Estado en sus distintos niveles. Si el ‘valor de las placas’ es una tasa, un impuesto o una expensa corresponde a la ley, a la ordenanza o al acuerdo municipal establecerlo y designar la entidad u organismo de la administración que lo recaude, controle y destine. Jamás esos valores pueden determinarse por los institutos descentralizados ni siquiera autorizados por decretos dictados con base en la potestad reglamentaria que, por definición, depende de las normas legales. No se trata del suministro de un servicio o de un bien que el Estado da a los particulares a cambio de una tarifa como el agua, la energía eléctrica, etc. Las placas son documentos públicos cuya expedición se hace en ejercicio del poder público que actúa policívicamente. Si esa expedición o el objeto físico en el cual constan causa alguna erogación al particular, será la ley, la ordenanza o el acuerdo quienes lo determinen y no el decreto reglamentario o el acuerdo de la junta directiva del INTRA”. En conso-

nancia con lo que previene el inciso final del artículo 8º del Estatuto Nacional de Tránsito, el gobierno no puede “interferir, ingresar ni invadir el campo de las rentas de la Nación, los departamentos o los municipios, ni en el régimen de los impuestos, contribuciones o expensas”.

Específicamente en cuanto hace al parágrafo 2º, del artículo 2º del Decreto 2199 de 1988, según el cual “La junta directiva del INTRA fijará el valor de la Placa Unica Nacional”, está confiriendo en contra de la Carta Fundamental atribuciones propias del Congreso Nacional, de las Asambleas y de los Concejos Municipales, en cuestiones de tránsito, a una autoridad de transporte, ya se trate el valor de dicha Placa Unica de una contribución, de una tasa o de un impuesto, tributo o expensa, toda vez que tal valor es de resorte del sistema tributario “de rentas del Estado, de lo fiscal y presupuestal”, que solamente compete señalar a aquellos tres órganos de los órdenes nacional, departamental y municipal, conforme al artículo 43 de la Carta. Además tal parágrafo 2º contraría al artículo 8º del Decreto 1344 de 1970. Prospera, también, el cargo segundo.

3º El último cargo contra las normas acusadas lo concentra el actor así: *“La placa única nacional no puede ser modificada ni cambiada por actos administrativos como las resoluciones del ministro de Obras Públicas porque el Código de Tránsito lo prohíbe y porque el Decreto 2199 de 1988 no le confiere esta postestad al ministro”* (destaca el demandante).

Estas resoluciones ministeriales contradicen al artículo 88 del Código Nacional de Tránsito porque esta norma señala como característica especial de las placas su permanencia, esto es, que una vez determinada su nomenclatura en cuanto a cada vehículo, no puede ser modificada sino por disposición legal, no por una simple resolución ministerial sin facultad para ello. El inciso 2º de dicho artículo 88 expresa que “Al tiempo de la inscripción se le asignará a cada vehículo un número de placa”, que acompañará al automotor durante su existencia. Además, enfrentando las resoluciones con el artículo 1º del Decreto 2199 de 1988, esta norma no autoriza al ministro de Obras Públicas y Transporte para cambiar las actuales placas ni modificar registros y licencias de tránsito con nuevos números de placas. En tales circunstancias, las resoluciones ministeriales acusadas “pretenden modificar retroactivamente las licencias e inscripciones de los vehículos ya matriculados. La aplicación retroactiva de la ley quebranta la seguridad del sistema jurídico y está prohibida por principio constitucional (art. 30 de la C. N.)”. Además, tales resoluciones tornan en “modificable, cambiable y precaria las placas”, que según el Código Nacional de Tránsito, art. 88, como vimos arriba, le atribuye el carácter de permanentes.

De otra parte, si es verdad que el ministro de Obras Públicas y Transportes es autoridad de tránsito en todo el territorio nacional,

según voces del numeral 1, del artículo 3º del Estatuto Nacional de Tránsito, no es menos cierto que por carecer de facultades precisas y especiales para el caso que nos ocupa, no puede adscribirle funciones de tránsito a las autoridades de transporte y menos todavía para los fines integrales de las resoluciones ministeriales acusadas, toda vez que el artículo 8º del citado código prevé que es “el gobierno” el que puede adscribir funciones relativas a tránsito, pero a las autoridades “del ramo”. El ministro de Obras Públicas no es “el gobierno” y el INTRA no es autoridad “del ramo” de tránsito.

La parte considerativa del Decreto 2199 de 1988, observa finalmente el despacho, envuelve diversas contradicciones respecto de la placa nacional que, conforme al artículo 88 del Código Nacional de Tránsito, tiene el carácter de permanente, confunde autoridades de transporte con autoridades de tránsito, etc. Igualmente prospera el cargo.

Con base en los considerandos que anteceden el despacho.

*Resuelve:*

1º Admitir la anterior demanda.

2º Suspender provisionalmente los efectos de las siguientes disposiciones: artículo 1º, literales a, b, c, e, f, g, h, y j, del Decreto reglamentario número 1147 de 1971 “por el cual se reglamenta el Código Nacional de Tránsito Terrestre”; inciso primero y párrafo 2º del artículo 2º y el artículo 3º del Decreto reglamentario número 2199 de 25 de octubre de 1988; y Resoluciones números 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989, dictadas por el ministro de Obras Públicas y Transporte, ambas en su totalidad.

3º El ciudadano Pablo de J. Cáceres Corrales es parte actora.

4º Es parte demandada la Nación colombiana, representada en este caso por el ministro de Obras Públicas y Transporte.

5º Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

6º Igualmente notificar en forma personal este auto al ministro de Obras Públicas y Transporte.

7º Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días para los efectos señalados en el artículo 207-3 del C. C. A.

8º Prevenir al Gobierno Nacional y al ministro de Obras Públicas y Transporte respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción

en forma alguna de contenido idéntico, similar o equivalente al de las disposiciones cuyos efectos quedan en suspenso provisoriamente conforme al ordinal 2º, antecedente.

9º Comunicar esta decisión a la Presidencia de la República por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia y al ministro de Obras Públicas y Transporte.

10. Solicitar los respectivos antecedentes administrativos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Guillermo Benavides Melo*, Consejero de Estado.

*Victor M. Villaquirán*, Secretario.

*INCORA - Facultades / ADOPCION DE PROGRAMAS / EJECUCION DE PROGRAMAS*

*El concepto de adopción de programas obedece a la facultad de identificar necesidades prioritarias con que cuentan determinadas entidades públicas, como elementos indispensables de orden para desarrollar sus actividades, y que para el caso concreto del INCORA, se caracteriza en la elaboración de planes anuales o programa anual de actividades.*

*El concepto de ejecución de programas es una figura que se caracteriza por constituir etapa posterior de carácter práctico, tendiente a lograr el cumplimiento de las políticas consagradas en los planes respectivos.*

*INCORA/PROCESO DE EXPROPIACION/AUTO ADMISORIO/RECURSO DE REPOSICION*

*El Decreto 2107 de 1988, norma reglamentaria, está incluyendo circunstancias nuevas en relación con la sustentación del recurso de reposición contra el auto que admite la demanda en el proceso de expropiación.*

*NOTA DE RELATORIA: A pesar de lo consignado en la parte resolutive de la providencia sobre suspensión provisional, la Relatoría advierte que lo demandado fue el artículo 44, inciso 2º del Decreto 2107 de 1988.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., el ciudadano Bernardo Carreño Varela formula demanda, ante esta jurisdicción para que se declare la nulidad del párrafo 1º del artículo 3º del Decreto 2107 de 1988 y parcialmente del inciso segundo del artículo 44 del mismo decreto reglamentario de la Ley 135 de 1961 Referencia: Expediente número 1312. Actor: Bernardo Carreño Varela.*

y sus modificaciones en lo relacionado con la adquisición de tierras y mejoras rurales.

La primera de las normas demandadas hace parte del artículo 3º del decreto supracitado referente al plan anual de actividades del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, dice textualmente: "El carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas, de manera que el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezca las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumpla en su totalidad.

La segunda, se contrae a la parte que se subraya del artículo 44, el cual se expresa:

*"... La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1º, 4º, 5º y 7º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, y de prosperar el recurso, debe el Tribunal proceder en la forma indicada para los casos de rechazo o inadmisión de la demanda de que trata el artículo 42 de este decreto".*

Igualmente, el actor solicita se declare la suspensión provisional de los actos demandados para lo cual expone así sus argumentos:

1. Sobre el párrafo 1º del artículo 3º del Decreto 2107 de 1988.

"La Ley 30 de 1988 en su artículo 24, al reformar el artículo 58 de la Ley 135 de 1961 exigió que las actividades del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se programará cada año. En efecto en el numeral 1º dijo:

*"La junta directiva del INCORA con base en lo dispuesto por los artículos 1º y 54 de esta ley determinará anualmente las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria..."* (subrayo).

"Señala en seguida, en el inciso 2º, que el COMPES debe tomar las medidas —inclusive presupuestales— necesarias para que los demás organismos del Estado ayuden al INCORA en sus labores. Y en el inciso 3º dice que se emplearán los mecanismos y procedimientos del Decreto 77 de 1987.

"En este decreto se reglamenta minuciosamente cómo se deben hacer, cada año, los presupuestos de las entidades que cooperan en planes conjuntos (arts. 86 y ss.) que se sujetan, como es obvio, a la apropiación presupuestal.

"Se autoriza a la junta del INCORA para revisar o adicionar los planes.

“En los numerales 2 y 3 se ordena la publicación del programa anual y se determinan las actividades del INCORA dentro del programa anual (se emplea la palabra *anual*).

“Siendo anuales los presupuestos, la actividad de las entidades públicas que deben cooperar a la reforma, para que sea integral, como quiere la ley, no pueden abarcar períodos mayores, pues no pueden hacerse gastos ni recibirse ingresos que no estén en el presupuesto (Constitución 206).

“En el párrafo 1º del artículo 3º del Decreto 2107 de 1988, dice que ‘anual’ no significa ‘cada año’, contra lo que dice la Academia en su diccionario y que los programas siguen hasta cuando ‘desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad’, lo que viola ostensiblemente la ley.

“Basta comparar los textos de la ley con el reglamento, para ver su contradicción. La ley dice que los programas son anuales; el reglamento que duran hasta cuando desaparezcan unas circunstancias o hasta cuando se acaben, lo que es manifiesta violación de la ley...”

## 2. Sobre el artículo 44 del Decreto 2107 parcialmente acusado:

“La Ley 135 de 1961, en su artículo 59 tal como quedó después de la Ley 30 de 1988, y del Decreto 1127 de 1988, dice que ‘contra el auto admisorio de la demanda o contra el que la inadmita o rechace procederá únicamente recurso de reposición’ (numeral 3º, último inciso).

“El numeral 13 reitera que en el proceso expropiatorio contra las providencias sólo cabe el recurso de reposición (excepcionalmente la apelación). El artículo 348 del C. de P. C., al cual habría de recurrirse en caso de silencio, tampoco pone corta pisa al recurso, como no lo hace el artículo 180 del C. C. A.

“No hay ninguna norma que limite los motivos por los cuales se puede pedir reposición del auto admisorio.

“Pese a ello el segundo inciso del artículo 44 del Decreto 2107 de 1988, en el pasaje cuya suspensión se pide, dice que no se puede pedir la revocatoria sino por las circunstancias expuestas en los numerales 1, 4, 5 y 7 del artículo 97 del C. de P. C.

“Limita, así, flagrantemente, las condiciones que fija la ley, violándola”.

### *Consideraciones:*

La Sala no comparte parcialmente los argumentos del actor en su pedido de suspensión provisional. La razón es obvia: confrontando

el ordenamiento jurídico invocado como infringido con la normatividad impugnada no aparece a primera vista tratándose del primer cargo inconformidad que permita proceder a decretar la medida cautelar solicitada. Situación que varía radicalmente frente al segundo de los cargos formulados. Veamos:

1. Sostiene el demandante que el contenido del párrafo 1 del artículo 3º del Decreto 2107 de 1988, cuyo texto es como sigue "...*El carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas de manera que el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad...*", viola de manera clara y ostensible lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 30 de 1988 que obliga al *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria* a adoptar anualmente programas tendientes al cumplimiento de sus finalidades. Indica la norma superior citada como infringida lo siguiente:

"1. *Adopción del programa y determinación de las zonas de reforma agraria.* La junta directiva del INCORA con base en lo dispuesto por los artículos 1º y 54 de esta ley, determinará anualmente las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria, señalando de manera general su objeto, la conveniencia social y económica del mismo, la naturaleza de los programas y proyectos regionales que habrán de adelantarse, las zonas geográficas y los municipios escogidos para ejecutarlo.

"El Consejo Nacional de Política Económica y Social, COMPES, con base en la programación de actividades anuales que el INCORA someta a su consideración, indicará las acciones que, para su cumplida ejecución deben adelantar otros organismos y entes públicos, en materia de crédito, asistencia técnica, infraestructura física y de servicios públicos, salud, educación, electrificación rural, saneamiento básico, comercialización de productos, seguridad alimentaria, y demás aspectos de desarrollo rural, que permitan el mejoramiento del nivel de vida y el desarrollo integral de la comunidad beneficiaria de los programas de reforma agraria. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, COMPES, dispondrá lo necesario para que las entidades incluidas en el programa, tomen las medidas y hagan las apropiaciones y traslados presupuestales que sean del caso para el cumplimiento de lo aquí dispuesto, previo concepto del Departamento Nacional de Planeación.

"La ejecución de programas y proyectos de apoyo a la reforma agraria, a cargo de otros entes públicos, será coordinada por el INCORA y podrá realizarse a través del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, Fondo DRI, mediante los mecanismos y por los procedimientos establecidos por el Decreto 77 de 1987.

"Surtido ante el COMPES el procedimiento establecido por este artículo y determinadas por el INCORA las zonas de reforma agraria incluidas en el programa anual de actividades del Instituto, la junta

directiva, mediante resolución motivada, facultará al gerente general para adquirir por negociación voluntaria o expropiación, las tierras o mejoras necesarias para el desarrollo del mismo.

“Parágrafo. Excepcionalmente, la junta directiva del INCORA podrá, con el voto favorable del Ministerio de Agricultura, revisar o adicionar en cualquier tiempo la determinación anual de las zonas de reforma agraria o el programa anual de actividades del Instituto.

“2. *Publicación.* El programa anual de actividades del INCORA, junto con la determinación de las zonas de reforma agraria que en él se incorpora, se publicará en dos diarios de amplia circulación nacional dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su aprobación. A partir de su publicación, en caso de fraccionamiento o enajenación de los predios incluidos dentro de las zonas afectadas, los nuevos propietarios tomarán la actuación administrativa en el estado en que se encuentre y, el reconocimiento del derecho de exclusión, así como los pagos a cargo del Instituto, se harán con respecto a los nuevos adquirentes, en la proporción que corresponda a la parte o cuota del inmueble que hubieren adquirido...”

Confunde el actor dos conceptos diferentes en materia de planeación. Los de *adopción de programas* que obedecen a la facultad de identificar necesidades prioritarias con que cuentan determinadas entidades públicas, como elementos indispensables de orden para desarrollar sus actividades, y que para el caso concreto del *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA*, se caracteriza en la elaboración de *planes anuales o programa anual de actividades*, con el concepto de *ejecución de programas*, figura que se caracteriza por constituir etapa posterior de carácter práctico, tendiente a lograr el cumplimiento de las políticas consagradas en los planes respectivos. Por obvias razones que trascienden el plano de lo eminentemente jurídico y se sitúan en el mundo de las realidades físicas, políticas, económicas, presupuestales o financieras, el tiempo de ejecución de un programa, puede o no coincidir con la vigencia del acto en el que fue adoptado.

Esta situación es la que pretende regular el parágrafo impugnado. Que dicho sea, tiene su fuente indiscutible en el texto de la norma citada de la Ley 30 de 1988, y antes de violarla, aclara un aspecto de suprema importancia para el desarrollo correcto y adecuado de los cometidos que está llamado a cumplir el INCORA.

2. Por lo que respecta a la segunda de las disposiciones demandadas y sobre la cual se solicita la suspensión provisional, encuentra la Sala ostensible inconformidad frente al contenido del artículo 59 de la Ley 135 de 1961, inciso final, conforme a la redacción del artículo 25 de la Ley 30 de 1988.

Indica la disposición impugnada que “...*contra el auto admisorio de la demanda o contra el que la inadmita o rechace, sólo procede el recurso de reposición que deberá proponerse dentro del término de*

*ejecutoriada la providencia. La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1, 4, 5 y 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil...* (subrayado es lo demandado).

La norma superior señalada como infringida indica sobre el asunto lo siguiente:

“...Contra el auto admisorio de la demanda o contra el que la inadmita o rechace procederá únicamente el recurso de reposición...”

Como se observa, de la comparación de los dos textos, puede concluirse sin mayores esfuerzos que la norma reglamentaria está incluyendo circunstancias nuevas, no previstas en la disposición reglamentada, consecuentemente desbordantes del orden jurídico.

Dentro del contexto del artículo 25 de la Ley 30 de 1988, resulta amplio el espectro de razones por las cuales se puede reponer el auto que admita o rechace la demanda de expropiación.

En consideración a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Decide:*

1. Admitir la anterior demanda propuesta en ejercicio de la acción de nulidad.
2. Tener al ciudadano Bernardo Carreño Varela como parte demandante.
3. Tener como parte demandada a los Ministerios de Justicia y Agricultura, representados por sus respectivos ministros y al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, establecimiento público representado legalmente por su gerente general.
4. Fijar en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en el artículo 207 del C. C. A., conforme a las modificaciones introducidas por el artículo 46 del Decreto ley 2304 de 1989.
5. Notificar esta providencia al Fiscal Primero de la Corporación a los señores ministros de Justicia y Agricultura, al gerente general del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) o al funcionario delegado para tales efectos en los ministerios indicados o en el INCORA, conforme a lo dispuesto en los artículos 150 y 207 ordinal 3 del C. C. A., según las modificaciones introducidas por los artículos 29 y 46 del Decreto 2304 de 1989 respectivamente.

6. En consideración al tipo de proceso y a los gastos que se puedan ocasionar en el transcurso del mismo, la parte demandante deberá depositar en la sucursal Bogotá del Banco Popular y con destino a cubrir los gastos ordinarios del proceso, la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) moneda corriente a órdenes de este despacho. El depósito será en forma tal que gradualmente y a medida que lo requieran los gastos ordinarios del proceso y previa orden del despacho, se puedan ir retirando las sumas correspondientes, con la pertinente conversión del título depositado. Una vez terminado el proceso se le devolverá al actor el remanente, si lo hubiere. Término para consignar: Diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el presente proceso vaya a la Secretaría.

7. Suspender provisionalmente la oración del artículo 44, inciso 2º del Decreto 001 de 1988, que dice: "...La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas en los numerales 1, 4, 5 y 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil..."

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

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

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION-Régimen aplicable/CAJA DE VIVIENDA MILITAR/CONTRATO COFINANCIADO-Naturaleza**

*Los contratos que celebre la Caja de Vivienda Militar se rigen por el Decreto-ley 222 de 1983. Dicho establecimiento no puede escapar so pretexto de ejercer la facultad constitucional de reglamentación (art. 120-3), del sistema de contratación del estatuto del Decreto 222 de 1983.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1337. Demandante: Pablo Segundo Galindo Nieves.

El ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del C. C. A. demanda la nulidad, con petición de suspensión provisional, del Decreto reglamentario 1988 de 19 de julio de 1985 expedido por el señor Presidente de la República.

*Acto impugnado:*

Es del siguiente tenor:

**“DECRETO NUMERO 1988 DE 1985  
(julio 19)**

“Por el cual se reglamenta el literal g) del artículo 11 del Decreto 3073 de 1968, modificado por el Decreto 2182 de 1984.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional,

*"Decreta:*

"Artículo 1º Los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar en desarrollo del Decreto 696 de 1971 y Acuerdos Reglamentarios de la honorable junta directiva, se someterán en lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, a las normas del Decreto-ley 222 de 1983. En los demás aspectos se seguirán las normas generales del derecho privado.

"Artículo 2º Además de los requisitos que establezca la honorable junta directiva de la Caja de Vivienda Militar para los contratos mencionados en el artículo anterior, se deberán cumplir los siguientes:

"a) Paz y salvo de renta y complementarios del financiador;

"b) Registro presupuestal;

"c ) Pago de impuestos de timbre y publicación en el *Diario Oficial* por cuenta del contratista.

"Artículo 3º El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

"Publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 19 de julio de 1985.

*Belisario Bentancur*

"El ministro de Defensa Nacional,

*General Miguel Vega Uribe".*

*Sustentación de la suspensión provisional:*

Se solicita esta medida con fundamento en las siguientes razones:

a) El acto demandado viola los artículos 55 y 76 de la Carta Política porque invade la órbita del Congreso al pretender legislar en materia que no es de su competencia como es la de establecer requisitos en la contratación administrativa de la Caja de Vivienda Militar, transgresión tal que se puede percibir a simple vista.

"b) También viola nítidamente los artículos 2º, 25 y 252 del Decreto-ley 222 de 1983 por cuanto el estatuto contractual establece los procedimientos que debe observar la administración nacional en la formación y tramitación de los con-

tratos que celebre, de cualquier naturaleza que éstos sean (administrativos o de derecho privado de la administración); salvo disposición legal en contrario y no por excepción establecida por decreto reglamentario, como lo hizo el gobierno en el *sub lite*.

“El artículo 25 del Decreto-ley 222 de 1983 resulta terminante en cuanto a los requisitos que exige para cualquier clase de contrato que celebre la administración, sea este administrativo o de derecho privado, luego no es viable por parte del ejecutivo restringir su aplicabilidad por medio de un decreto reglamentario.

“Por último el artículo 252 *ibidem* al establecer que los contratos celebrados por los establecimientos públicos que sobrepasan determinadas cuantías, deberán someterse a la aprobación del ministro o jefe del Departamento Administrativo al cual se hallan adscritos si no es su representante legal, y en determinados casos al concepto de Consejo de Ministros y a la revisión de la legalidad del Consejo de Estado, no excluye a los contratos de derecho privado de la administración, luego, tampoco es viable que el Gobierno excluya su aplicación respecto a los contratos que celebre la Caja de Vivienda Militar en desarrollo de lo previsto en los artículos 1º y 2º del Decreto reglamentario 1988 de 1985, como lo hizo en el caso de autos”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

1. La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad y así se reconocerá y proveerá.

2. Se pasa a examinar la suspensión provisional deprecada del siguiente modo:

Considera la Sala que debe declararse dicha medida precautoria porque, se satisface el requisito de la violación flagrante por el decreto acusado de las normas señaladas como desconocidas.

#### **En efecto:**

El Decreto reglamentario 1988 cuestionado, en su artículo 2º pretende sustraer de la reglamentación del Decreto-ley 222 de 1983 “por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas” los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar.

Al respecto es terminante el artículo 25 de dicho Decreto 222 que relaciona los requisitos a que se deben someter los contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración y el artículo 252 *ibidem* que señala exigencias adicionales respecto de los

contratos que realicen los establecimientos públicos, carácter este que tiene la Caja de Vivienda Militar.

De la confrontación entonces entre el Decreto 1988 y el Decreto 222 en las normas mencionadas, brota ostensiblemente el quebranto de estas últimas y por ende del artículo 76-1 de la Carta Política, dado que dicha Caja no puede escapar so pretexto de ejercer la facultad constitucional de reglamentación (art. 120-3), del sistema de contratación del estatuto del Decreto 222.

Dentro de este mismo orden de ideas, el artículo 2º del Decreto 1988 peca por exceso porque introduce requerimientos nuevos en los contratos no contemplados en el Decreto 222.

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

*Decide:*

1. Admítase la demanda anterior.

a) Notifíquese personalmente al señor ministro de Defensa Nacional, en su carácter de representante de la Nación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente al señor director de la Caja de Vivienda Militar, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

c) Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público.

d) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que el demandado y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

e) Solicítese al señor director de la Caja de Vivienda Militar los antecedentes administrativos del mismo acto.

f) Dentro del término de diez (10) días siguientes a aquél en que el expediente llegue a la Secretaría de la Sección y antes de darse cumplimiento a lo dispuesto en los literales a, b, c, e y f del artículo 1º de esta providencia la parte actora depositará a órdenes de este despacho y con destino a cubrir los gastos ordinarios del proceso la cantidad de diez mil pesos moneda corriente (\$ 10.000). El depósito se hará en forma tal que gradualmente y a medida que lo requieran dichos gastos se puedan ir retirando las cantidades correspondientes, debiendo el secretario en cada caso acompañar al expediente para constancia e informe del consejero ponente los recibos de pago por los distintos conceptos. El remanente se devolverá al demandante una vez finalizado el proceso.

2. Decrétase la suspensión provisional del Decreto reglamentario número 1988 de 19 de julio de 1985 expedido por el Gobierno Nacional.

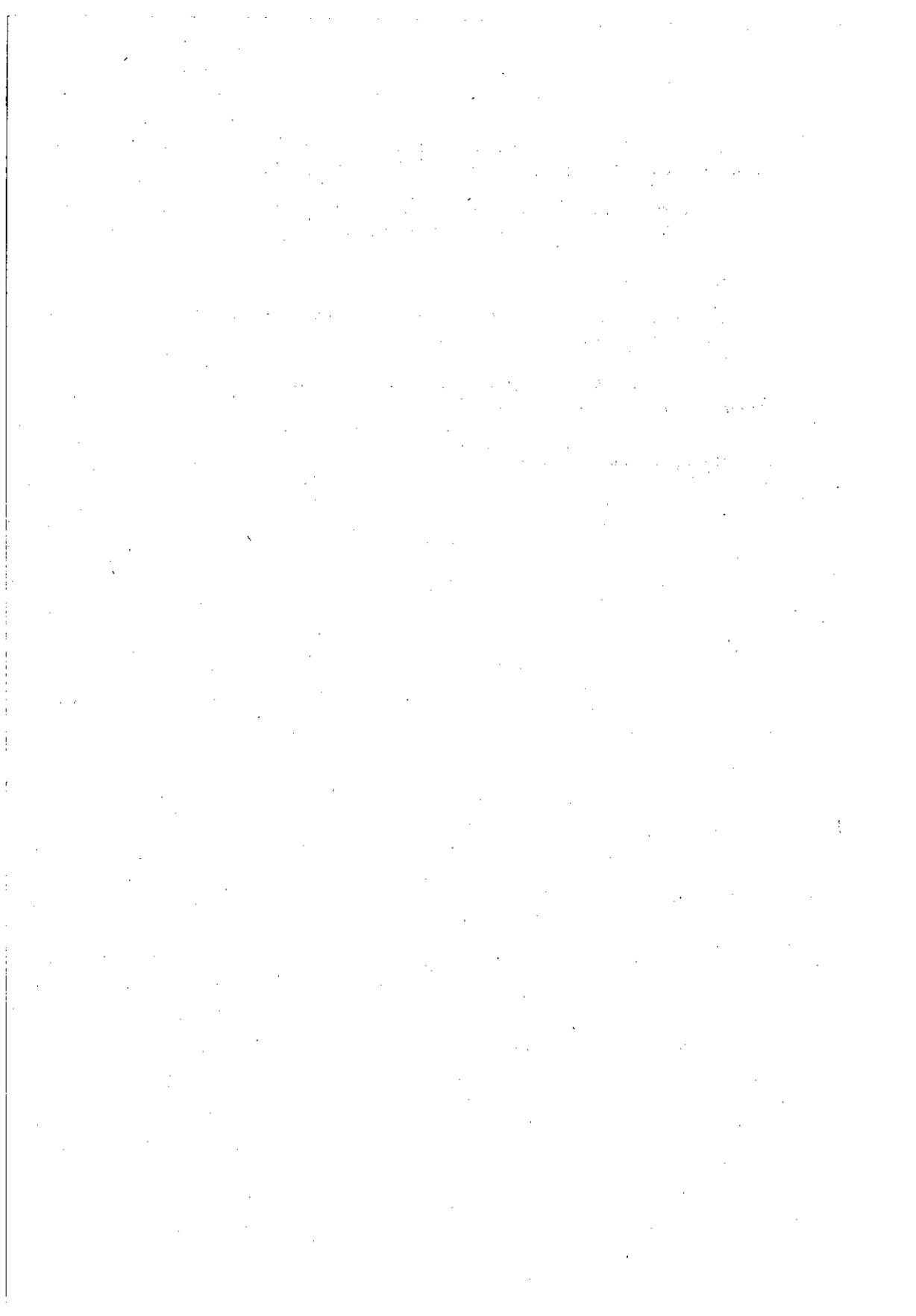
3. Tiénese al ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves como parte demandante en el presente proceso.

Notifíquese y publíquese.

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

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*



**CAPITULO IV**  
**SUSPENSIONES REVOCADAS**



**JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES-Facultades/RECONOCIMIENTO DEPORTIVO**

*El reconocimiento deportivo y la personería jurídica son dos instituciones diferentes. Los preceptos suspendidos se refieren exclusivamente al reconocimiento deportivo y nada reglan sobre personería jurídica. El reconocimiento es una conducta esencialmente administrativa que compete a las juntas administradoras seccionales de deportes en que actúen los clubes deportivos. Teniendo el reconocimiento deportivo un eminente carácter administrativo no resulta irregular ni mucho menos ilegal que se regule de acuerdo con las disposiciones relativas a la revocación directa de los actos administrativos.*

**REVOCA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL decretada en auto de marzo 1º de 1989 del artículo 9º (parcialmente) y del párrafo del artículo 11 del Decreto reglamentario número 515 de 1986 (febrero 17) del Presidente de la República.**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 1123. Demandante: César Castro Perdomo.**

Se entra a resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— establecimiento público del orden nacional, mediante procurador judicial, contra el auto de 1º de marzo de 1989 por el cual el consejero ponente tras admitir la demanda decretó la suspensión provisional del artículo 9º parcialmente y del párrafo del artículo 11 del Decreto reglamentario número 515 de 17 de febrero de 1986 dictado por el señor Presidente de la República.

Persigue la súplica la revocación de la antedicha suspensión provisional.

La cuestión litigiosa tiene relación con la facultad del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— y de las juntas administradoras seccionales de deportes para imponer sancio-

nes a los organismos deportivos de suspensión y revocatoria del reconocimiento deportivo y de sus personerías jurídicas, sin que exista autorización expresa en el Decreto extraordinario 2845 de 1984.

*El acto acusado:*

Lo es, como se dijo, el Decreto 515 de 17 de febrero de 1986 expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades del artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional y por el cual se "reglamenta parcialmente el Decreto-ley 2845 de 1984 y se dictan disposiciones sobre el deporte, la educación física y la recreación".

Se transcriben a continuación los textos impugnados que aparecerán subrayados y se vierten otros relacionados con el reconocimiento deportivo para organismos deportivos en torno al cual gira la presente controversia:

*"Artículo 1º* El Gobierno Nacional promoverá todo tipo de asociación deportiva que esté legalmente reconocida. Sin embargo, cuando se trate de organismos deportivos que aspiren a participar en competiciones o eventos del deporte asociado, llevar la representación nacional o seccional, solicitar la sede de competiciones o eventos deportivos nacionales e internacionales, recibir subsidios económicos gubernamentales, disfrutar de asosería o servicios del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), o de las juntas administradoras seccionales de deportes, utilizar los implementos o instalaciones deportivas de propiedad o bajo la administración estatal, entre otras actividades, deberán contar, además, con el reconocimiento deportivo correspondiente. Si se trata de clubes deportivos, lo dará el director de la Junta Administradora Seccional de Deportes de su jurisdicción. Si se trata de ligas deportivas y federaciones deportivas de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES). Los citados funcionarios expedirán las resoluciones y certificados relativos a los reconocimientos.

*"Artículo 2º* El reconocimiento deportivo deberá ser solicitado, por escrito, firmado por el responsable del organismo deportivo, adjuntando los siguientes documentos:

"1. Copia auténtica del acta de constitución.

"2. Copia auténtica del estatuto y los reglamentos vigentes, ajustados a los mandatos del Decreto-ley 2845 de 1984 y sus normas reglamentarias.

"3. Certificado de personería jurídica y representante legal, actualizado a la fecha de la petición, si es de los organismos que la requieran para su funcionamiento.

"4. Copia auténtica del acta de la asamblea que fijó la sede del organismo peticionario y del acta de la asamblea en la cual se eligieron los actuales miembros del órgano de administración, control y disciplina.

"5. Copia auténtica del acto mediante el cual se constituyeron la comisión técnica y el cuerpo de árbitros y se les asignaron las correspondientes funciones, si los requieren legalmente.

"6. Inventario actualizado de fondos y bienes.

"7. Lista de socios y deportistas, con la relación de sus documentos de identidad.

" .....

"*Artículo 7º* Los directores del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) y de las juntas administradoras seccionales de deportes, dispondrán de quince días hábiles para otorgar o negar el reconocimiento deportivo a los organismos que lo soliciten, contados a partir de la fecha en que les sea presentada la petición, junto con los documentos que la sustenten, diligenciados a satisfacción, término dentro del cual se verificará, mediante visita, la exactitud de la información y se expedirá o negará el reconocimiento, mediante resolución motivada.

" .....

"*Artículo 9º* El reconocimiento deportivo que otorguen los directores del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) y las juntas administradoras seccionales de deportes será válido por el término de dos años que se comenzarán a contar a partir del día de la notificación del reconocimiento y *podrá ser suspendido o revocado definitivamente cuando se compruebe que el organismo deportivo reconocido no cumple sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias. La providencia mediante la cual se suspende o revoca definitivamente el reconocimiento deportivo deberá motivarse, y contra ella procede el recurso de reposición.*

" .....

"*Artículo 11.* La inspección, vigilancia y control a que se refiere el artículo anterior, se podrá ejercer a través de una o más de las siguientes acciones:

"1. Con solicitud de informes sobre hechos en los que se presume o se denuncie la posible existencia de irregularidades.

"2. Mediante visitas, para comprobar la ocurrencia de irregularidades y los posibles responsables, de la cual se levantará acta.

"Parágrafo. *Del resultado de la visita se informará a la autoridad que otorgó la personería jurídica, al director del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) o de la junta administradora seccional de deportes correspondiente, para lo de su competencia y, especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades*".

*Auto suplicado:*

El auto, de fecha primero de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, y de cuya súplica se trata, halló razones válidas para la suspensión provisional con base en la consideración de que el decreto reglamentado no señaló causal alguna para la suspensión o revocatoria de un reconocimiento deportivo, ni estableció prohibición sobre el particular, como tampoco la pena disciplinaria de suspensión o revocatoria. Por el contrario el decreto acusado, en las disposiciones especialmente transcritas establece un régimen de sanciones con evidente desvío de poder. Hay en esto, afirma el auto, el ejercicio de una facultad que el presidente no tiene y de paso viola el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil en relación con la fuerza de la cosa juzgada. Al simple cotejo, agrega, surge ostensible el quebrantamiento de disposiciones superiores de derecho. En torno al punto central de la cuestión sostiene el consejero ponente:

"Partiendo de la base de que la única disposición que podría dar pie para dictar ordenamientos como los demandados era el artículo 29 del Decreto-ley 2845 de 1984, cuyo primer inciso y su parágrafo primero fueron declarados inexequibles por la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de agosto de 1985, hay que concluir que las normas acusadas carecen de todo fundamento jurídico" (fl. 71).

De éstas y otras razones alrededor del punto deriva el Consejero ponente fundamentos para suspender las disposiciones señaladas por el actor.

*Oposición de COLDEPORTES  
Sustentación del recurso de súplica:*

El Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— interpone el recurso de súplica para que se revoque el

ordinal 2º de la parte resolutive del auto recurrido y en su lugar se deniegue la suspensión provisional por las siguientes razones:

a) Se afirma que el Decreto 2845 de 1984 fue violado por cuanto en ninguna parte legisla sobre suspensión y revocatoria del reconocimiento deportivo, ni sobre la suspensión y cancelación de la personería jurídica de los clubes deportivos profesionales, las normas acusadas del Decreto reglamentario 515 de 1986 sí lo hacen por lo cual éstas se habrían dictado con desvío de poder.

b) Que el artículo 28 de la Constitución se violó por cuanto los preceptos acusados establecieron un régimen sancionatorio que un simple decreto reglamentario estaba en imposibilidad de hacer.

c) Que lo mismo aconteció con el artículo 120, numeral 3 de la Constitución, pues la norma acusada dispuso algo sin estar precisamente autorizado mediante orden del legislador.

d) Que se afirma finalmente que también hubo quebranto de la institución de la cosa juzgada, originada en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia y mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 29 del Decreto 2845 sobre personería jurídica a organismos deportivos.

A tales cargos del actor, responde la entidad demandada en los siguientes términos:

### *1. Sentido de la suspensión provisional decretada.*

El despacho estimó que la única disposición que daría lugar a la expedición de disposiciones como las demandadas sería el artículo 29 del Decreto-ley 2845 de 1984, cuyo primer inciso y párrafo primero fueron declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, el 15 de agosto de 1985, por lo que "hay que concluir forzosamente que las normas acusadas carecen de todo fundamento jurídico".

Que si se considera que el fundamento de los actos acusados es el artículo 10 del Decreto 2845 de 1984 existe una equivocación por cuanto esta norma sólo autoriza a las juntas administradoras seccionales de deportes para conceder el reconocimiento deportivo, mas no para decretar la suspensión o revocatoria del mismo, por lo cual el Gobierno quebrantó tal norma a pretender reglamentar, y el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por exceso de poder reglamentario.

### *2. Discusión de los fundamentos expuestos en la suspensión provisional.*

La entidad pública demandada estima que no se cumplieron las exigencias legales de suspensión provisional de las disposiciones acusadas. He aquí sus razones:

a) La solicitud del actor y el auto suplicado confunden "reconocimiento deportivo" de los clubes y "reconocimiento u otorgamiento de personería jurídica". Las normas demandadas se refieren sin duda al "reconocimiento" de los clubes deportivos.

A fin de deshacer la confusión en que cayeron el actor, y posiblemente influenciado por éste, el consejero ponente, la entidad demandada discurre en la siguiente forma:

El artículo 29 del Decreto-ley 2845 de 1984 (declarado inexecutable) se refería al otorgamiento de personería jurídica a las federaciones deportivas nacionales y a los clubes y ligas deportivas; por el contrario el artículo 10 *ibidem* (executable según sentencia de 4 de julio de 1985) regula lo relativo al reconocimiento de los clubes deportivos para el cumplimiento de sus objetivos. Esta norma precisa que, además de reconocimiento, los clubes con deportistas profesionales, "deberán tener personería jurídica".

En fin, afirma la entidad pública demandada, son distintos el reconocimiento deportivo y la personería jurídica; la prueba se halla en el Decreto 380 de 1985, reglamentario del Decreto-ley 2845 de 1984, que titula su capítulo II "Del reconocimiento y de la personería jurídica"; el artículo 3º *ibidem* regula lo relativo al reconocimiento y los artículos 4º a 10, lo relativo a la personería jurídica.

b) Para la entidad demandada la revocatoria y la suspensión del reconocimiento deportivo sí están previstas en la ley. Todo acto administrativo es revocable en los términos que la ley determina. El reconocimiento deportivo es un acto administrativo y por lo mismo sometido a las exigencias legales sobre revocación directa que son las generales de que trata el Código Contencioso Administrativo, por lo que era innecesario incluirlas en el estatuto orgánico del deporte, la educación física y la recreación. En el mismo orden de ideas la revocación directa del reconocimiento implica la necesidad de obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, cuando se trata de revocar una situación de carácter particular y concreto. Advierte que si se dan las causales de revocación y no media el consentimiento del titular, se llevará a cabo un procedimiento previo con la cita del interesado y de los terceros posiblemente afectados.

c) Si la autoridad administrativa está facultada para revocar un reconocimiento como decisión extrema, *a fortiori* está facultada para suspenderlo.

d) La suspensión o revocación del reconocimiento deportivo no tienen carácter de penas. "Esta posibilidad, aclara la entidad demandada, se explica simplemente por la aplicación del principio constitucional contenido en el artículo 30 de la Carta Política, consistente en que el interés privado debe ceder ante el interés público. Es así —agrega— como la misma jurisprudencia ha encontrado en este prin-

cipio la justificación de la revocación de los actos administrativos, aún frente al principio de la inmutabilidad de los mismos actos.

Que la suspensión o revocación del reconocimiento deportivo no constituyen penas se confirma, además, con el hecho de que el Decreto-ley 2845 de 1984 al regular lo concerniente a la disciplina deportiva, menciona faltas, penas, los tribunales deportivos como autoridad competente para sancionar, los procedimientos, sin mención alguna para la suspensión o la revocatoria del reconocimiento deportivo. A lo anterior hay que añadir que los organismos deportivos no constituyen autoridad competente para imponer sanciones. De lo anterior se infiere que no existe quebranto del artículo 28 de la Constitución Política.

No es cierto que la prohibición del hecho y la pena correspondiente deban encontrarse previstas en ley ordinaria o extraordinaria, pues el artículo 28 de la Constitución Nacional se refiere a “la ley, orden o decreto” sin precisar categorías especiales de estos actos del Estado, por lo cual no puede decirse que un decreto como el 515 de 1986 sea inconstitucional porque en su artículo 9º consagra como posibles prohibiciones el que un organismo deportivo no cumpla sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias, que la providencia deberá ser motivada y que contra ella procede el recurso de reposición”.

e) Las normas acusadas son expresión regular y legítima de la facultad reglamentaria. El fundamento de la suspensión —alega la entidad demandada— consiste en afirmar “que la ley presuntamente reglamentada no legisla sobre suspensión y revocatoria del reconocimiento deportivo” (fl. 92). Con todo el fundamento teórico que el ponente desarrolla se cumple dentro de las disposiciones acusadas y suspendidas, porque fueron expedidas para la cumplida ejecución de las leyes, cuyos preceptos se hallan en el artículo 10 del Decreto-ley 2845 de 1984 y en los artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo. El primero se relaciona con la figura del reconocimiento deportivo, que se lleva a cabo mediante un acto administrativo; los segundos tienen que ver con el procedimiento de revocación directa de dichos actos. Las normas acusadas hacen explícito lo implícito en la ley reglamentada. “Para la vigencia y efectividad de la institución del reconocimiento deportivo —agrega la entidad interesada— es natural y lógico que la autoridad que tiene dicha competencia pueda suspenderla o revocarla cuando han variado las circunstancias de interés público o social que existía al momento de producirse dicho reconocimiento. De lo contrario, el reconocimiento de los organismos deportivos sería vitalicio e inmodificable por ninguna autoridad a pesar de que se tomara contrario al interés público o social, lo que equivale a decir, contrario al orden público” (fl. 93).

f) El decreto de suspensión provisional está condicionado a que la violación normativa sea manifiesta, apreciable mediante una simple comparación; en el caso en cuestión tales condiciones no se dan pues

el razonamiento de la legalidad de las normas acusadas desvirtúa cualquier impugnación que se pretenda respecto de ellas.

*Consideraciones de la Sala de Decisión:*

Para la Sala de Decisión el examen de las objeciones planteadas por el recurso implica el análisis sobre tres aspectos diferentes: a) si efectivamente existe una confusión entre reconocimiento deportivo y personería jurídica; de haberla, qué efectos produjo respecto del decreto de suspensión. b) si la suspensión o la revocación del reconocimiento tienen carácter sancionatorio. c) si las disposiciones acusadas provienen de la facultad de las entidades administrativas para reglar lo concerniente al procedimiento gubernativo.

Al punto a) se observa:

Ciertamente, si nos atenemos a los términos del Decreto 2845 de 1984, el reconocimiento deportivo y la personería jurídica son dos instituciones diferentes. El artículo 10 *ibídem* determina que los clubes con deportistas profesionales deberán tener personería jurídica, noción que la misma norma aísla del reconocimiento cuando dispone que los clubes deportivos son organismos de derecho privado con funciones de interés público y social que "podrán cumplir sus objetivos con el reconocimiento que les otorguen las juntas administradoras seccionales de deportes de su jurisdicción".

A este mismo respecto se observa, además, que ninguno de los preceptos, en la parte acusada, regula nada concerniente con la personería jurídica. Se trata únicamente de la suspensión o revocación del reconocimiento deportivo cuando el ente que lo usufructuaba, deja de cumplir los fines de su establecimiento. Esto en cuanto al artículo 9°.

En cuanto al párrafo del artículo 11 se tiene que, si bien se mencionan ambas instituciones, se conserva su nítida separación.

En síntesis, los preceptos suspendidos se refieren exclusivamente al reconocimiento deportivo y nada reglan sobre personería jurídica. Vale la pena argüir en favor de la distinción del reconocimiento deportivo el hecho de que la norma que se refiere a él (art. 10 del Decreto-ley 2845 de 1984), la tantas veces mentada sentencia de la Corte Suprema de Justicia fue encontrada totalmente exequible.

Con lo anterior se comprueba que tanto el actor como el consejero ponente concluyeron que el reconocimiento deportivo tenía que ver con la personería jurídica, de donde se temió por el establecimiento de un nuevo régimen de la personería jurídica. La suspensión pretendía, entonces, remediar esta "irregularidad".

Al punto b) se tiene a primera vista que el reconocimiento es una conducta esencialmente administrativa que compete a las juntas administradoras seccionales de deportes en que actúen los clubes deportivos, punto respecto del cual la Corte Suprema de Justicia no halló irregularidad alguna por lo cual declaró exequible tal disposición. A lo anterior hay que agregar que ni la suspensión ni la revocación del reconocimiento deportivo tienen el carácter de sanción. Para la norma básica del deporte son sanciones la amonestación y la suspensión; la autoridad competente para imponerlas, los tribunales deportivos (en ningún caso, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte ni las juntas administradoras seccionales de deportes); y el régimen de faltas las del código disciplinario.

Al punto c) se observa que, teniendo el reconocimiento deportivo un eminente carácter administrativo no resulta irregular ni mucho menos ilegal que se regule de acuerdo con las disposiciones generales relativas a la revocación directa de los actos administrativos. En el párrafo del artículo 11, segunda disposición suspendida, se regla con perfecta nitidez que lo observado en la visita se informará a la *autoridad que otorgó la personería jurídica* (según lo determine la ley), *al director del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) o el de la junta administradora seccional de deportes correspondiente, para lo de su competencia y, especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades* (esto es, al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte y a las juntas administradoras seccionales de deporte, pues el precepto en esta parte se refiere al reconocimiento deportivo) (subraya la Sala).

En fin y como es fácil apreciar de las consideraciones anteriores, la dilucidación de la presente litis suscita interrogantes y precisiones en torno a la cuestión de la suspensión o revocación del reconocimiento deportivo, que no es dable decidir el mismo principio del proceso y a través del expediente de la suspensión provisional, ya que a las razones de la providencia suplicada para sustentar ésta pueden oponerse otras, lo que de por sí plantea hesitación sobre la violación flagrante de normas superiores de derecho y más concretamente las señaladas como tales por el demandante.

En condiciones tales será sólo con ocasión de la sentencia que ponga fin al presente contencioso objetivo de anulación cuando se emprenda el análisis jurídico detenido y sistemático de rigor para arribar a la conclusión que correspondiere.

Se impone por tanto infirmar la providencia suplicada en cuanto hace a la suspensión provisional en ella decretada de los preceptos acusados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera, Sala de Decisión,

*Resuelve:*

Revócase el ordinal 2º del auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada en la sesión del día diez y siete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/SUSTRACCION DE MATERIA**

*La medida de suspensión provisional se justifica en cuanto la decisión administrativa esté vigente y por lo tanto produzca sus efectos jurídicos, ya que si éstos no se están produciendo o la decisión no es susceptible de producirlos, no tiene operancia la suspensión provisional, por sustracción de materia.*

**LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de los efectos de la frase "cuyo valor anual acumulado sea superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000)" contenida en el inciso primero del Decreto reglamentario 0634 de 8 de abril de 1988, la cual había decretada por auto de 24 de noviembre de 1988.

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

**Consejera ponente:** *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

**Referencia:** Radicación 2121. Recurso de súplica contra el auto de 24 de noviembre de 1988. Actor: Roberto Mutis Puyana. Auto.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección de Impuestos Nacionales—, contra el auto de fecha 24 de noviembre de 1988 que suspendió en forma provisional los efectos de la frase "cuyo valor anual acumulado sea superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00)", contenida en el inciso primero del Decreto reglamentario 0634 de 8 de abril de 1988.

*El auto suplicado:*

Se fundamenta en el hecho de que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, al hacer uso de la potestad reglamentaria "no puede modificar las leyes, por cuanto su competencia se circunscribe a expedir órdenes, decretos y resoluciones necesarios para facilitar el cumplimiento de la ley"; y "en el caso que ocupa nuestra atención, la norma es clara y puede decirse que el reglamento sobra, porque la única materia susceptible de reglamentación por el

Gobierno Nacional del artículo 17 del Decreto-ley 2503 de 1987 es la determinación de los plazos dentro de los cuales los bancos y demás entidades del sector financiero, debían suministrar las informaciones que el mismo artículo se solicitan"; y agrega: "incluso, puede afirmarse, sin lugar a duda alguna, que la obligación de las entidades financieras de informar el nombre de los cuentahabientes que reciban consignaciones acumuladas superior a \$ 6.000.000.00 está vigente. Si esta norma produjo pánico financiero debe anularse por otra de igual categoría pero no un reglamento" (fls. 14-16).

*El recurso de súplica:*

El recurrente lo fundamenta en:

1. El artículo 1º del Decreto 0634 de 1988 *reglamentó parcialmente* el literal a), del artículo 17, del Decreto-ley 2503 de 1987 conforme lo indican tanto el encabezamiento de la mencionada disposición como el título del artículo 1º que reza: "Plazo para la entrega *de parte* de las informaciones de que trata el artículo 17 del Decreto 2503 de 1987.

2. El legislador extraordinario le dio al ejecutivo la facultad de indicar los plazos dentro de los cuales las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberían informar los datos de sus cuenta-habientes, ahorradores, usuarios, etc., e "igualmente estableció el valor anual acumulado *mínimo* sobre el cual debería efectuarse la información (\$ 6.000.001) con indicación del concepto de la operación...". Así mismo sostiene que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha conceptualizado sobre la posibilidad que tiene el Presidente de la República de expedir reglamentos parciales, desarrollando sólo parte de la materia contenida en la norma legal, sin que por ello se contrarie la potestad reglamentaria que constitucionalmente se ha colocado en su cabeza". Por lo demás "en recientes autos admisorios de demandas al tratar sobre la solicitud de suspensión provisional de la misma norma que aquí se acusa (procesos números 2144 y 2267), el honorable consejero doctor Jaime Abella Zárate consideró que dicha medida cautelar no era procedente por cuanto la disposición contenía simplemente una reglamentación parcial o fraccionada y aún inclusive *incompleta*".

3. Cita las providencias del Consejo de Estado de 28 de mayo y de 3 de septiembre de 1988 y transcribe lo siguiente:

"La expedición del Decreto 634 de 1988, fue rodeada de antecedentes polémicos que hicieron preceder su articulado de consideraciones y motivaciones que no son usuales en la expedición de decretos de esta índole, pero será necesario consultarlos al examinar la legalidad de sus disposiciones. Esto, no es apropiado al momento de estudio de la solicitud de suspensión provisional. Por tales razones en providencia de 28 de mayo de 1988 dictada ante solicitud igual formulada

por el actor Pedro Silvio Pulido Pinto, esta misma Sala negó la suspensión con base en las siguientes consideraciones (expediente número 2144):

“No puede apreciarse, *prima facie*, que el reglamento cambia totalmente la ley por una razón simple, y es que ese reglamento es apenas parcial, como se ha dicho, en cuanto hace al plazo dentro del cual deben suministrarse las informaciones sobre depósito de los clientes de las entidades mencionadas, para lo cual la propia ley reglamentada autorizó al ejecutivo.

“Así las cosas, una reglamentación parcial de la ley, salvo que establezca disposiciones opuestas y claramente contrarias a la totalidad de la ley reglamentada, no permite, a la luz de la lógica, servir para sostener que aquél la viola total o manifiestamente, de modo que pueda ordenarse la suspensión provisional impetrada”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar consagrada en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, tiene como finalidad evitar que decisiones administrativas manifiestamente violatorias de normas superiores produzcan sus efectos, los cuales en algunos casos pueden originar perjuicios para los particulares y ello, mientras se tramita el procedimiento respectivo que decida de fondo sobre su nulidad.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala, la medida de suspensión provisional se justifica en cuanto la decisión administrativa esté vigente y por lo tanto produzca sus efectos jurídicos, ya que si estos no se están produciendo o la decisión no es susceptible de producirlos, no tiene operancia la suspensión provisional, por sustracción de materia.

En el caso de autos, con posterioridad a la fecha de expedición del auto recurrido, el legislador por medio de la Ley 84 de 1988, de manera expresa modificó la cuantía del valor acumulado que debía ser informado por las entidades obligadas y en su artículo 12 estableció:

“Para la vigencia de los años gravables de 1988 y siguientes, elévase a (\$ 120.000.000), ciento veinte millones de pesos, la cuantía establecida en el literal e) del artículo 17 del Decreto 2503 de 1987. A esta cifra se le aplicará el ajuste consagrado en el artículo 16 de la Ley 75 de 1986 a partir del tercer año de vigencia”.

La norma transcrita tuvo como consecuencia la modificación del citado artículo 17 del Decreto 2503 de 1987, dejando además, sin efecto

la reglamentación que de dicha norma se había efectuado a través del artículo 1º del Decreto 634 de 1988.

Por lo expuesto, a juicio de la Sala y sin necesidad de entrar a estudiar los argumentos planteados por el recurrente con relación a si existe o no una manifiesta violación de norma superior, procede levantar la suspensión provisional ordenada por el auto recurrido, toda vez que el acto cuyos efectos fueron suspendidos, ya no se encuentra vigente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

*Resuelve:*

Levantar la suspensión provisional de los efectos de la frase "...cuyo valor anual acumulado sea superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000)..." contenida en el inciso primero del Decreto reglamentario 0634 de 8 de abril de 1988, la cual había sido decretada por auto de 24 de noviembre de 1988.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al despacho del consejero sustanciador y cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

**SUSPENSION PROVISIONAL/SUSTRACCION DE MATERIA  
(salvamento de voto)**

*El recurso de súplica se dirige a cuestionar la justicia del auto que se suplica y la prosperidad de aquél implica la censura hacia éste y en verdad que en la ocasión presente ya no era del caso entrar a discutir si la suspensión había sido mal o bien decretada para revocar o confirmar el auto suplicado por cuanto la norma suspendida fue derogada por el legislador con posterioridad al decreto de suspensión.*

**Referencia: Expediente número 2121. Actor: Roberto Mutis Puyana.**

Con el respeto acostumbrado me permito disentir de la decisión mayoritaria que no acogió mi ponencia en el sentido de proferir auto inhibitorio y en cambio, optó por “levantar la suspensión provisional” que había sido decretada mediante el auto suplicado.

Estimo que el recurso de súplica se dirige a cuestionar la justicia del auto que se suplica y la prosperidad de aquel implica la censura hacia éste y en verdad que en la ocasión presente ya no era del caso entrar a discutir si la suspensión había sido mal o bien decretada para revocar o confirmar el auto suplicado por cuanto la norma suspendida fue derogada por el legislador con posterioridad al decreto de suspensión.

No creo, por lo demás, que el Consejo de Estado pueda emitir pronunciamiento como el acogido en la providencia de que discrepo.

Fecha: ut supra.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

**SUSPENSION PROVISIONAL-Revocatoria/INTRA/CONTRAVENCION DE TRANSITO**

*En cuanto al aspecto relacionado con que en algunas disposiciones suspendidas se creen o no contravenciones y multas se ofrecen objeciones en las apreciaciones del auto suplicado, que para dilucidarse, al igual que el punto sobre las potestades del INTRA, es menester adelantar un estudio cuidadoso, propio de la sentencia.*

**REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 15, parágrafo del artículo 20, 25, 28 y 31 del Decreto 460 de 1988 (marzo 11) del Presidente de la República.**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 1212. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.**

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el Instituto Nacional del Transporte —INTRA—, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ambos mediante procurador judicial, y los ciudadanos Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Guillermo Vargas Ayala en su propio nombre y como partes impugnadoras, contra el auto de 13 de julio de 1989 proferido por el consejero ponente y por el cual se admite la demanda de nulidad y se ordena la suspensión provisional de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 15; parágrafo del artículo 20; 25, 28 y 31 del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988 expedido por el señor Presidente de la República y suscrito también por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte. La súplica se endereza a obtener la revocación de las normas suspendidas.

*El acto acusado:*

Es, como se dijo, el Decreto 460 de 11 de marzo de 1988 emitido por el Gobierno Nacional y que en sus textos acusados y suspendidos dispone lo siguiente: por el artículo 5º se dice que el Certificado de Movilización será diseñado y suministrado a las oficinas de Tránsito

del país por el Instituto Nacional de Transporte, tendrá cobertura nacional y será expedido a los propietarios de los vehículos por las oficinas de Tránsito. Prevé el artículo 6º que dicho certificado se fijará en el vidrio delantero del vehículo sin obstaculizar la visibilidad del conductor y será el único elemento allí colocado por razones de seguridad so pena de incurrir en multa de tres (3) salarios mínimos legales. Por el artículo 7º se prohíbe a todo vehículo transitar por el territorio nacional sin portar dicho certificado so pena de imponerse una sanción de cinco (5) salarios mínimos legales. Las autoridades de tránsito que conozcan del caso remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito donde el vehículo tenga radicada la cuenta. Dispone el artículo 8º que se entiende por revisión técnico-mecánica el proceso de verificación del estado general del vehículo. Según el artículo 15 el Formulario Unico Nacional y el Formulario de Revisión serán únicos a nivel nacional y serán diseñados, reglamentados y suministrados por el INTRA. Contempla el artículo 20 en su párrafo que el director general del INTRA podrá reprogramar la fecha de revisión de los vehículos. El artículo 25 consagra multas equivalentes a cinco (5) salarios mínimos a quien no presente el vehículo a revisión en las fechas señaladas y que el certificado de movilización se expedirá con vigencia hasta el mes inicialmente establecido para su revisión. Por el artículo 31 se previene que el director general del INTRA dictará las disposiciones necesarias para el cumplimiento del presente Decreto 460 de 1988.

*El auto suplicado:*

Divide en dos aspectos la suspensión provisional de las normas acusadas así:

a) Los artículos 5º, 8º y 15, párrafo del artículo 20 y 31 del Decreto 460 de 1988 que estima ilegales con el argumento de que el INTRA no es una autoridad de tránsito y ello con fundamento en los artículos 73, 3º y 8º del Decreto 1344 de 1970 o Código Nacional de Tránsito Terrestre.

b) Los artículos 6º, 7º, 25 y 28 *ibidem* considerados igualmente ilegales.

En cuanto al artículo 6º porque el Gobierno está asumiendo una función legislativa constituyendo ello una violación de la norma constitucional, concretamente del artículo 76 de la Carta, numerales 2 y 24 en los que se determina que "es al Congreso al que corresponde expedir los Códigos y reformar sus disposiciones así como unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República".

Respecto del artículo 7º porque el certificado de movilización que por éste se reglamenta se impone un nuevo requisito para la circulación de vehículos y se señala una multa en abierta contradicción con las facultades legales.

En relación con el artículo 25 su ilegalidad consiste en que la multa en el mismo prevista no está incluida dentro de los aproximadamente sesenta casos en que esta sanción se puede aplicar según el Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Acerca de la sanción de multa que prevé el artículo 28 para que el propietario del vehículo transite sin el seguro contemplado en el Decreto 2544 se echa de ver que ya el control del cumplimiento de dicho seguro viene dado por el mismo Estatuto 2544 al establecer que el mismo debe hacer parte de los requisitos exigidos para la expedición del comprobante de revisión técnica (art. 5º).

### *Recursos de súplicas:*

#### 1. Del Instituto Nacional de Transporte.

Mediante apoderado solicita se levante la medida de suspensión provisional con base en el siguiente razonamiento:

a) El INTRA sí cumple funciones de tránsito en virtud del Decreto 1173 de 1980 que trasladó a la junta directiva de dicho organismo las que cumplía el Consejo Superior de Tránsito.

La siguiente normatividad también atribuye al INTRA las funciones en comento:

El Decreto 1147 de 1971, artículo 1º según el cual el INTRA está facultado para dictar las normas que sean necesarias para la adecuada ejecución del Código Nacional de Tránsito y sus decretos reglamentarios.

El Decreto-ley 2127 de 1970 expedido con fundamento en las facultades de la Ley 8ª de 1969 sobre el régimen jurídico de los vehículos automotores y cuyas disposiciones están ligadas a los artículos 87 y siguientes del Código de Tránsito.

El Decreto 1037 de 1972, reglamentario del Decreto 2127 acabado de citar.

El Decreto 2623 de 1985 en sus artículos 6º numerales 1, 2 y 18. El numeral 1 previene que corresponde al INTRA expedir los reglamentos del transporte y del tránsito automotor y procurar por su debido cumplimiento. El numeral 18 expresa que corresponde a dicho Instituto "vigilar el funcionamiento de los organismos de tránsito y transportes departamentales, distrital, intendenciales, comisariales y municipales y servir de organismo coordinador entre las entidades que tengan adscritas funciones en materia de tránsito o delegadas en materia de transporte, tanto del orden nacional, como regional y local".

“Según el artículo 26 *ibidem* el INTRA nombra y remueve los directores de Tránsito y Transporte y del Distrito Especial de Bogotá de ternas pedidas a los gobernadores y al alcalde mayor de Bogotá”. De conformidad con el artículo 46 *ibidem* contra las providencias administrativas de los directores departamentales de Tránsito y Transporte y del Distrito Especial de Bogotá, inspectores intendenciales y comisariales de Tránsito y Transporte y los demás funcionarios con jurisdicción regional o seccional para decidir sobre materias atribuidas en el orden nacional al INTRA, proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario que dictó la providencia y de apelación ante el director general del INTRA.

Ley 33 de 1986, artículos 2º, 4º; 22, numerales 2º y 3º; 25, 92, Decreto 2199 de 1988 que en su artículo 2º asigna al INTRA la función de elaborar y suministrar las placas de identificación de los vehículos automotores terrestres.

b) La suspensión provisional de los artículos 6º, 7º, 25 y 28 del Decreto 460 de 1988 se critica con los siguientes argumentos:

Tales textos hallan asidero legal en los artículos 40, 73, 227, 259 del Código Nacional del Tránsito Terrestre y en los artículos 99 y 100, inciso 2º del Código Nacional de Policía.

“Pues bien, el artículo 40 del Código Nacional de Tránsito prescribe: Para poder transitar dentro del territorio nacional, los vehículos deben someterse a las normas sobre dimensión y peso que fije el Ministerio de Obras Públicas de acuerdo con las características de las vías y deberán encontrarse en las condiciones mecánicas y de comodidad y seguridad consagradas en este Código...”

“Artículo 99 Código Nacional de Policía establece: ‘los reglamentos no pueden estatuir limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, en cuanto a tránsito terrestre de vehículos y peatones, sino para garantizar la seguridad y la salubridad públicas’”.

“Artículo 100 Código Nacional de Policía consagra: ‘El tránsito terrestre podrá ser objeto de reglamentos nacionales y locales’”.

“En relación con el artículo 6º al disponer que el único elemento que podrá colocarse en el vidrio delantero del vehículo es el Certificado de Movilización se están desarrollando las disposiciones citadas, las cuales fijan pautas tendientes a garantizar la seguridad pública.

“Esta medida está orientada a darle cumplimiento a estas disposiciones sobre seguridad en los vehículos automotores terrestres y está relacionada con uno de los elementos

vitales en la conducción de los mismos cual es la de facilitar el máximo de visibilidad para quien conduce evitando la presencia de elementos o aditamentos que lo perturben en un momento dado y en el entendido que el Gobierno puede desarrollar este tipo de medidas.

“En cuanto a los artículos 7º y 25, dichas normas no están creando nuevos requisitos para la circulación de los vehículos como tampoco se está modificando la sanción establecida para quienes conduzcan sin las condiciones necesarias de seguridad y funcionamiento señaladas en el Código Nacional de Tránsito, estas disposiciones constituyen apenas un desarrollo de lo ordenado por el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970. Debe señalarse en el certificado tiene como finalidad servir de instrumento de control del cumplimiento de dos obligaciones previstas en la ley que son la de tener el seguro de accidentes y la de haber realizado la revisión.

“De otro lado, no es acertado considerar la inmovilización de los vehículos como una sanción pues en realidad se trata de una medida de seguridad que no tiene carácter punitivo.

“En cuanto al artículo 28 del Decreto 460 de 1988, se debe considerar que según el artículo 259 el seguro por daños a personas causados en accidente de tránsito es obligatorio, el no poseerlo implica necesariamente una infracción a la norma citada.

“En cuanto a las sanciones es necesario decir que el artículo 227 del Código Nacional de Tránsito estableció:

“Las sanciones por faltas al presente Código son:

“1. Multa.

“2. Suspensión de la licencia de conducción.

“3. Cancelación de la licencia de conducción.

“4. Suspensión de la licencia de tránsito”.

“Como se observa, la propia ley señaló la escala de sanciones que cuando quiera que ocurra una de las infracciones previstas en el Código, se podrá imponer”.

“En este como en las otras situaciones lo que hizo el reglamento fue tomar las infracciones que están previstas, descritas en la norma en los artículos 40, 73, 259, y señalarle la sanción a que hay lugar, además con fundamento en los artículos 99 y 100 del Código Nacional de Policía y señalarle la sanción correspondiente cuando ello tenga ocurrencia, tanto

la conducta sancionable, como la sanción, es decir, la multa, están previstas en la ley, de modo que tampoco se encuentra la violación flagrante, situación que se exige para que proceda la suspensión”.

## 2. Recurso del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

a) Sostiene en primer lugar que el INTRA sí es autoridad de tránsito según lo dispone el artículo 36 del Decreto 1173 de 1980 y estas otras disposiciones: Decreto 729 de 5 de marzo de 1986 “por el cual se aprueba el Acuerdo número 005 de 1986, que establece la estructura orgánica del Instituto Nacional de Transporte y se determinan sus funciones” y entre cuyos textos han de mencionarse los artículos 21, 26 numerales a) a k), 37, 47 numerales i, j, k y ñ. El Decreto 2623 de 1985 en sus artículos 6º numerales 1, 2, 18; 19, 26 numerales 13 y 15; artículo 46 de la Ley 33 de 1986.

b) Arguye en segundo lugar que en los artículos 6º, 7º, 25 y 28 del Decreto 460 de 1988 no se crean contravenciones. En efecto:

“...Preceptúa el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970 lo siguiente:

“Las autoridades de tránsito revisarán periódicamente todos los vehículos, con el fin de verificar su correcto estado mecánico y el de los instrumentos de control y seguridad, y cuando comprueben graves deficiencias mecánicas o de higiene, podrán ordenar la inmovilización del vehículo, hasta que se corrijan”.

“El artículo 73 establece una conducta obligatoria para los propietarios de los vehículos: La revisión. En el evento de que se comprueben graves deficiencias mecánicas o de higiene se establece la *inmovilización* del vehículo, no con carácter de sanción sino como medida de seguridad destinada a la protección de la seguridad pública.

“Respetuosamente disiento del criterio de esta honorable Corporación y de los argumentos del actor, en el sentido de afirmar que con lo establecido en el artículo 6º del Decreto 460 de 1988 se está creando una nueva contravención de tránsito. A la luz del decreto acusado, no se crean nuevas contravenciones. Ellas están en el Código de Tránsito (arts. 190, 191, 198, 227) y en la Ley 33 de 1986, citada como fundamento en el Decreto 460 de 1988. El artículo 6º del Decreto 460 de 1988 al disponer que el único elemento que podrá colocarse en el vidrio delantero del vehículo es el certificado de movilización, está dando cumplimiento a éstas que fijan pautas tendientes a garantizar la seguridad pública. En el mismo sentido es pertinente citar los artículos 99 y 100 inciso 2º del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).

“Se observa que dentro de los razonamientos expuestos para decretar la suspensión de los artículos 7º y 25, está el de considerar que el decreto sometido a examen está creando un nuevo requisito no contemplado en el Código de Tránsito y modificadorio de la sanción establecida para quienes conduzcan vehículos sin las condiciones de seguridad y funcionamiento exigidos. Considero que no se ha creado un nuevo requisito toda vez que es un desarrollo de lo ordenado en el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970, ya que el artículo 7º del decreto acusado prescribe, que podrán transitar los vehículos automotores cuando porten el certificado de movilización, y este certificado es el único documento que acredita la revisión. En el mismo sentido argumento con relación a lo establecido en el artículo 28 del Decreto 460 de 1988, ya que el seguro de que trata el Decreto 2544 de 1987 hace parte de la revisión. De otra parte estimo erróneo presentar dentro de las argumentaciones para suspender provisionalmente el artículo 25, el considerar la *inmovilización* del vehículo automotor en el evento del artículo 73 del Código de Tránsito, como una sanción, cuando en realidad no lo es.

“La inmovilización del vehículo automotor cuando se comprueben graves deficiencias mecánicas o de higiene, es una *medida de seguridad*, tendiente a garantizar la seguridad pública. Por excepción, el mencionado artículo 73 no estableció una sanción, por tal razón debemos remitirnos al artículo 227 del Código de Tránsito para efectos de establecer la sanción, tal como lo hizo el decreto acusado al imponer las multas. Es pertinente diferenciar la medida de seguridad de la sanción, ya que aquella es de aplicación inmediata como en los casos contemplados en el artículo 230 del Decreto 1344 de 1970, y ésta no, en razón a que requiere de un trámite posterior para imponerla y hacerla efectiva (ej.: art. 208 del Decreto 1344 de 1970)”.

### 3. Escrito del ciudadano impugnador Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

Se refiere específicamente a la suspensión provisional de los artículos 5º y 28 del Decreto 460 de 1988 para oponerse a ella aduciendo el siguiente razonamiento:

a) El artículo 5º no hace ninguna adscripción de funciones de tránsito al INTRA porque apenas encarga a éste del diseño del certificado de movilización de las características de la calcomanía y de su dotación o provisión a las Oficinas de Tránsito de todo el país. Se trata simplemente de unificar y racionalizar la elaboración de tales calcomanías, tarea permanente mecánica a la que no puede darse el alcance de función administrativa de tránsito. Además quien expide el

certificado a los propietarios de los vehículos es la Oficina de Tránsito.

Del mismo modo el Decreto 1147 de 1971, al reorganizar la distribución de competencias administrativas entre las diversas autoridades nacionales y territoriales le atribuyó al INTRA una amplia gama de funciones administrativas.

b) El artículo 28 del Decreto 460 no ha creado ilegalmente contravenciones y sanciones ya que en el artículo 115 de la Ley 33 de 1986 se estableció que "el seguro por daños a personas causados en accidentes de tránsito será obligatorio y el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador". En el artículo 81 *ib.*, se consagran las sanciones que deben ser impuestas en caso de faltas al Código, la primera de las cuales es precisamente la multa.

#### 4. Escrito del ciudadano impugnador Guillermo Vargas Ayala.

Se opone a la medida precautoria de los preceptos acusados y al efecto razona así:

a) El INTRA sí es autoridad de tránsito. Así lo corrobora el siguiente ordenamiento; el artículo 36 del Decreto 1173 de 1980, el Decreto 1147 de 1971, artículo 1º literales a a j Decreto 2623 de 1985, artículos 5º y 6º numerales 1, 2, 18, 19 y 20; 26 numerales 13 y 15; 46. Decreto 729 de 1986 artículos 1º, 23, 24, 25, 26, 27, 42, 43 literales a, j, k, ñ. Ley 33 de 1986 artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 21, 24, 25, 92, 121.

Y como corolario de todo lo expresado anteriormente expresa:

"En conclusión el INTRA expide formularios de tránsito, resuelve recurso de tránsito, nombra directores de tránsito, expide licencias, elabora los pases de conducción, determina los formularios para los trámites de tránsito, reglamenta las placas, determina anualmente el valor de las multas, tiene una Subdirección de Tránsito, etc., etc.

"El INTRA es pues, por disposición legal expresa (art. 36 Decreto-ley 1173 de 1980) y atribución de múltiples competencias, AUTORIDAD DE TRANSITO.

"Como autoridad de tránsito puede ser depositaria de funciones de tránsito y circulación con base en los artículos 76-9, 120-21 y 132 de la Constitución Nacional y el artículo 8º del Decreto-ley 1344 de 1970 atrás citado.

"Además el Decreto 1147 de 1971 artículo 1º, expresamente le asignó las funciones de reglamentar la revisión de vehícu-

los a que se refiere el artículo 73 del Código de Tránsito que se reglamentó por el Decreto 460 de 1988.

“El artículo 8º del Decreto 1344 de 1970 que se dice violado, es precisamente el que faculta al Gobierno para ‘... adscribir las funciones... que éste Código no atribuya singularmente a... las autoridades nacionales...’ (Código de Tránsito, art. 8º, inc. 1).

“Pero aún asignadas a una autoridad particular, las funciones pueden modificarse por el Gobierno, como lo autoriza el inciso 3º del mismo artículo atrás citado:

“Así mismo, en todo tiempo, el Gobierno podrá cambiar la asignación o reparto de funciones... de tránsito y circulación (76.9, 120.21 y 132 C. N.).

“Constitucionalmente el Congreso determina la estructura de la Administración Pública (76-9, C. N.).

“El Gobierno le asigna funciones (120-21), y reparte los negocios entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos —INTRA— según sus afinidades (132, C. N.).

“Esto fue lo que hizo en el Decreto 460 de 1988, con base en las normas constitucionales citadas y es invocado Decreto 1344 de 1970 artículo 8º que atrás se analizó.

“Por consiguiente, como el argumento para suspender los artículos 5º, 8º, 15, parágrafo del 20 y 31 del Decreto 460 de 1988, es la supuesta incompetencia del INTRA por no ser autoridad de tránsito, debe revocarse la suspensión al demostrarse abrumadoramente que sí lo es”.

b) No se crean contravenciones ni se establecen multas por vía administrativa.

En efecto:

1. La inmovilización es una medida de seguridad y no una sanción, según el artículo 73 del Código de Tránsito y así es considerada en el artículo 230 que describe las distintas circunstancias (seis) en que hay lugar a ella. Del mismo modo tampoco aparece incluida la inmovilización dentro las sanciones previstas en el artículo 227 *ib*.

2. El artículo 73 citado impone la obligatoriedad de la revisión de los vehículos independientemente del estado en que se encuentren y su incumplimiento acarrea la sanción de multa prevenida en el artículo 227 del Código de Tránsito.

*Consideraciones de la Sala de Decisión:*

En verdad que los alegatos de oposición tanto de la Administración como de las personas impugnadoras plantean una serie de interrogantes que cuestionan la procedencia de la suspensión provisional de los textos acusados en cuanto no aparece manifiesta y flagrante la violación por éstos de la normatividad superior.

En efecto: se citan en sus alegaciones, en primer término, una variedad de disposiciones que confieren al Instituto Nacional de Transporte facultades en materia de tránsito según se puede verificar de la lectura que se haga de los escritos correspondientes. En segundo término y en cuanto al aspecto relacionado con que en algunas de las disposiciones suspendidas se creen o no contravenciones y multas se ofrecen objeciones en las apreciaciones del auto suplicado, que para dilucidarse, al igual que el punto anterior sobre las potestades de tránsito del INTRA, es menester adelantar un estudio cuidadoso y ponderado de la cuestión controvertida frente al nuevo ordenamiento legal aducido para de ahí deducir la conclusión que correspondiere, todo lo cual es propio de la sentencia que dirima el presente contencioso objetivo de anulación y no de este momento procesal preliminar de la suspensión provisional, que por definición sólo exige un cotejo superficial, aunque manifiesto.

En otras palabras las inquietudes que suscita la litis son suficientes para considerar que no se amerita la medida precautoria decretada y por ello habrá de revocarse ésta.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de Decisión de la Sección Primera, *Decide* revocar el literal b) del auto de 13 de julio de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

La presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de Sala de veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, salvó voto; Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Victor M. Villaquitrán, Secretario.*

**PRINCIPIO DE PRECLUSION/AUTO ADMISORIO-Notificación/RECURSOS-Oportunidad/SUSPENSION PROVISIONAL-Revocatoria/EXENCION TRIBUTARIA**

*En el caso del auto que admite la demanda que debe notificarse al o a los demandados y al Ministerio Público, mientras no se notifique a todas las partes, es susceptible de recursos porque es la notificación a todas las partes y su ejecutoria la que precluye dicha etapa procesal.*

*Pese a que la norma demandada agrega un elemento nuevo que no consagra ninguna norma superior, el artículo 3º de la Ley 44 de 1987 autorizó al Gobierno Nacional para determinar los mecanismos de control sin fijarle pautas. La etapa de suspensión provisional no permite a la Corporación definir ese aspecto.*

**REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de la expresión "y entrega material de bienes dentro de dichas zonas" contenida en el artículo 6º del Decreto reglamentario 1889 de 1988, decretada en auto de enero 28 de 1989.

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

**Consejero ponente:** *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

**Referencia:** Expediente número 2367. Actor: Francisco Eladio Gómez G., contra la Nación. Recurso de súplica. Autoridades nacionales. Auto.

El apoderado judicial de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Impuestos Nacionales, en memorial presentado en la Secretaría de la Sección Cuarta de esta Corporación el dos (2) de marzo del año en curso, suplica ante la Sala de Decisión el auto de veintiséis (26) de enero de 1989 (fls. 32/36), mediante el cual el consejero sustanciador admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 13 de septiembre de 1988 en la parte que dice: "y entrega material de bienes dentro de dichas zonas". La súplica se contrae sólo a la expresión suspendida.

*Breve relación procesal:*

1. El actor, profesional de la abogacía, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad, pide que se decrete la nulidad del artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 13 de septiembre de 1988, en la parte que dice: “y entrega material de bienes dentro de dichas zonas”, y, además, la suspensión provisional de los efectos de la citada expresión, por considerarla violatoria del Decreto legislativo 3830 de 27 de diciembre de 1988, por el cual se dictaron medidas temporales de carácter tributario, sobre “donaciones”, impuestos de renta y complementarios, ventas y estímulos a la inversión en las zonas afectadas por la erupción del Volcán Arenas en el Nevado del Ruiz; del artículo 1357 del Código Civil, 1849 *ibidem*, 822 y 905 del Código de Comercio que regulan lo relacionado con la venta de bienes muebles y la transmisión de la propiedad, quedando perfeccionado el contrato por simple consentimiento; 1645, 1646 del C. C., 4º del Decreto-ley 3541 de 1983, sobre régimen de impuesto a las ventas.

2. El veintiséis (26) de enero del año en curso, el consejero sustanciador suspendió la norma acusada con la siguiente argumentación:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Decreto extraordinario 01 de 1984, cuando la acción instaurada es la de simple nulidad, para suspender los efectos del acto demandado, basta que éste aparezca ostensiblemente violatorio de una norma superior y que esa contradicción se perciba en una simple comparación. Es precisamente lo que se observa al primer golpe de vista en el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988 que requiere para determinar la renta exenta a que el mismo decreto se contrae, que los ingresos se originen en la venta ‘y entrega material de bienes dentro de dichas zonas’, pues la frase subrayada y entre apóstrofes, establece un elemento nuevo para perfeccionar el contrato de compraventa, no previsto en los Códigos Civil y de Comercio, ni en las disposiciones que se pretende reglamentar ni en las normas tributarias que regulan los ingresos de los contribuyentes originados en ventas de bienes de cualquier naturaleza, así como en otras normas puntualizadas por el actor en los escritos de sustentación”.

“De manera que como la suspensión pedida está respaldada en abundantes argumentos que merecen amplia dilucidación en el fallo con el cual habrá de culminar este proceso, y tal medida no es de las prohibidas por la ley, resulta procedente porque se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos en el artículo 152 del C. C. A.”.

3. El auto admisorio se notificó personalmente al señor director de Impuestos Nacionales el 24 de febrero de 1989 (fl. 37); el agente del Ministerio Público el 31 de enero de 1989 y por Estado el 2 de marzo.

4. El dos (2) de marzo de 1989 el apoderado de la Nación —Ministerio de Hacienda— Dirección General de Impuestos Nacionales, presenta escrito en el cual interpone el recurso de súplica que ahora se decide, y en él expuso como fundamento del mismo:

Que el “legislador ordinario de la Ley 44 de 1987, consideró necesario dejar en manos del presidente de la República la determinación de las medidas de control que el Gobierno Nacional debía poner en práctica para que los administrados pudieran hacerse acreedores a los beneficios tributarios allí mismo consagrados, cumpliendo, eso sí siempre con propósito que indujo a que se legislara especialmente las inversiones que allí se realicen. Agrega que en desarrollo de ese mandato legal el Ejecutivo expidió el Decreto 1889 de 1988 estableciendo en el artículo 6º como mecanismo de control para que los ingresos provenientes de la venta de bienes no manufacturados o no transformados pudieran ser considerados como exentos”, “que su entrega material se realizara dentro de la zona de desastre previamente determinada”.

“Así las cosas, para el suplicante no hay desbordamiento de la potestad reglamentaria, sino la ‘adopción de mecanismo de control sobre las inversiones de la zona, para lo cual el legislador autorizó al Ejecutivo; fue así como el Ejecutivo consideró que el mecanismo de control fuera la entrega de los bienes objeto de venta dentro de dicha zona, habiendo podido establecer otro cualquiera’”.

5. El actor contradice el memorial del suplicante y solicita que se rechace el recurso por extemporáneo. Al efecto, alega que el señor director de Impuestos Nacionales fue notificado del auto admisorio, que además, decretaba la suspensión provisional, el 24 de febrero de 1989 y que el término que tenía para interpretar el recurso de súplica era de tres (3) días que vencieron el 28 de febrero del mismo año, por cuanto el término no era común, sino individual a cada uno, citando al efecto la opinión del doctor Hernando Devis Echandía (Tomo III, Volumen 1, parte general, 4ª Edición de 1978, págs. 92 y 133), en el cual se dice:

“El traslado consiste en notificarle a cada demandado el auto admisorio de la demanda (no esta), entregándole copia de ella y de todos los anexos. Siendo varios los demandados, el traslado es individual y no común”.

*Se considera:*

Se ha propuesto por el opositor al recurso la existencia de un impedimento procesal que obliga a su desestimación por extemporáneo; por tanto, debe resolverse preferentemente. Funda su petición para que se rechace el recurso por extemporáneo, en que el traslado para contestar la demanda que se dá mediante la notificación del

auto admisorio de la misma, es individual y no colectivo y que salvo este último caso, el término vence cuando se han notificado todos.

Sobre el particular dispone el C. de P. C., artículos 87, 118 y 120, aplicables por disposición del artículo 268 del C. C. A., en su orden:

*“Artículo 87.* Traslado de la demanda. En el auto admisorio de la demanda se ordenará su traslado al demandado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

“El traslado se surtirá mediante la notificación del auto admisorio y la entrega de copia de la demanda y sus anexos”.

“Siendo varios los demandados, el traslado se conferirá a cada cual por el término respectivo; pero si estuvieren representados por la misma persona, el traslado será conjunto”.

*“Artículo 118.* Los términos y oportunidades señalados en este Código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improporables, salvo disposición en contrario”.

*“Artículo 120.* Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que le conceda; *pero si fuere común a varias partes, será menester la notificación de todas.* En caso de traslado para alegar, en que haya de retirarse el expediente, el término empezará a contarse desde la ejecutoria del auto respectivo” (lo subrayado es de la Sala).

En el caso *sub lite* se demanda la declaración judicial de nulidad del artículo 6º del Decreto reglamentario 1889 en el concepto de contrariar disposiciones jurídicas de categoría superior y se pidió la notificación del señor fiscal y del señor director general de Impuestos Nacionales. Al primero, porque de acuerdo con el artículo 127 del C. C. A., en las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico, y, para ello “podrá actuar como parte”, y, además por disposición expresa del numeral 2 del inciso primero del artículo 207 *ibidem*, el cual ordena notificar al agente del Ministerio Público; y, el segundo, por disposición expresa del numeral 1º del inciso 1º del citado artículo 207 el cual ordena notificar a los funcionarios señalados en el artículo 149, que se refiere a la representación de las personas de derecho y en cuyo inciso final se ordena notificarlas en los procesos sobre impuestos en representación de la Nación.

El tratadista de derecho procesal doctor Hernando Morales Molina, en su curso de *Derecho procesal civil*, novena edición, parte general, expresa sobre el particular: “Los términos son individuales cuando se conceden a una sola de las partes”, v. gr., para contestar la demanda, y comunes, cuando se dan para todas las partes, como el de

prueba. Por otro aspecto, los términos son individuales o comunes según que empiecen a correr separado o conjuntamente. Los individuales corren para cada parte desde el día siguiente del auto que los concede, y los comunes comienzan para todos desde el día siguiente a la última notificación.

Como según las constancias procesales el señor director de Impuestos Nacionales fue notificado el 24 de febrero de 1989 (v. fl. 37), y el recurso de súplica se interpuso el dos (2) de marzo de 1989; sin embargo, en el caso del auto que admite la demanda que debe notificarse al o a los demandados y al Ministerio Público, mientras no se notifique a todas las partes, es susceptible de recursos porque es la notificación a todas las partes y su ejecutoria la que precluye dicha etapa procesal; tal sentido se evidencia con la práctica judicial en las demás acciones del Consejo de Estado, se estudiará entonces la solitud de revocatoria de la suspensión provisional.

Para la Sala es evidente que la exigencia del artículo 6º del Decreto reglamentario 1889 de 13 de septiembre de 1988 en el sentido de que para hacerse acreedor a beneficios tributarios por parte de empresas industriales, comerciales o agrícolas, ganaderas o mineras, ubicados en la zona afectada por la avalancha del Volcán del Ruiz, los ingresos deben originarse en la venta *y entrega material de bienes dentro de dichas zonas*, agrega un elemento nuevo que no consagra ninguna norma superior como lo estimó el señor consejero sustanciador en el auto suplicado, pero también es cierto que el artículo 3º de la Ley 44 de 1987, autorizó al Gobierno Nacional para determinar los mecanismos de control sin fijarle pautas, por lo cual si el ejecutivo estimó como mecanismo de control que la entrega se hiciera dentro de la zona, la etapa de suspensión provisional no permite a la Corporación definir ese aspecto. Por tal razón se revocará la suspensión provisional decretada en el auto suplicado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

*Resuelve:*

*Revócase* el auto suplicado en cuanto decretó la suspensión provisional de la expresión "y entrega material de bienes dentro de dichas zonas", contenida en el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988.

Cópiese, notifíquese. Devuélvase al despacho de origen. Cúmplase.

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

*Carmelo Martínez Conn*, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate*, *Consuelo Sarria Olcos*.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

## *TITULO EJECUTIVO-Eficacia*

*La eficacia del acto a ejecutarse es aspecto que debe establecerse por el funcionario executor antes de emitir el mandamiento de pago ya que sin las condiciones legales que le permiten al acto administrativo surtir efectos, carece de fuerza ejecutoria y la obligación contenida en él, por tanto no es exigible.*

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

*Consejero ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.*

**Referencia:** Expediente número 2445. Actor: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, contra IMECIEL Ltda. y Seguros del Estado. Jurisdicción coactiva. Auto.

Solicita el apoderado de la Compañía de Seguros del Estado, que se revoque el mandamiento de pago de fecha 6 de diciembre de 1988, proferido en su contra, ya que no existe título ejecutivo por ser ineficaces las Resoluciones 120 de septiembre 4 de 1986 y 279 de octubre 5 de 1987, proferidas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 68 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, las pólizas de seguro prestan mérito ejecutivo cuando integran título con el acto administrativo de liquidación final del contrato y la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, según el caso.

La Resolución 120 de septiembre 4 de 1986 —que declaró la caducidad del contrato número 4336 y dispuso hacer efectiva la cláusula penal pactada en la póliza 203356— y la Resolución número 279 de octubre 5 de 1987 mediante la cual se aprobó la liquidación unilateral del contrato que arrojó un saldo de anticipo a cargo del contratista, amparado por lo póliza 302585, no tienen carácter ejecutivo por falta de notificación.

Respecto a la Resolución número 120, sostiene que el edicto por el cual se pretendió notificarla carece de valor por ser un medio sub-

sidiario de la notificación personal, para los casos en que ésta no pueda surtir al cabo de cinco días del envío de la citación, la cual en este caso no se envió; la que allegó al expediente la demandante, advierte, carece de dirección, de constancia de haberse remitido al correo y de sello de recibo, por lo cual no puede demostrar que se efectuó la citación. Y la Resolución número 279 de octubre 5 de 1987, por la cual se aprobó la liquidación del contrato, si bien fue notificada personalmente a la representante de la aseguradora, no se cumplieron a cabalidad las formalidades legales ya que no se mencionó en el texto de la notificación los recursos procedentes, la autoridad competente y el término para interponerlos.

Agrega el libelista que Seguros del Estado jamás ha convenido en las citadas resoluciones, ni utilizó los recursos legales por lo cual no pueden producir efecto alguno. En consecuencia, no existe título que sustente la ejecución.

La razón expuesta por el *a quo* para negar la revocatoria solicitada por la vía de reposición y subsidiariamente de apelación, radica en que los argumentos de la impugnante inciden sobre asuntos relacionados con el procedimiento administrativo seguido por la Empresa de Energía Eléctrica para proferir las resoluciones en mención. Y basa el juez su negativa en el ordinal 2º del artículo 561 del C. de P. C., que prohíbe debatir en el proceso de jurisdicción coactiva, cuestiones que debieron ser objeto de recursos en la vía gubernativa.

#### *Consideraciones de la Sección:*

Conforme al artículo 68 del Decreto 01 de 1984, los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, deben cumplir el requisito esencial de que en ellos conste una obligación expresa, clara y actualmente exigible. De manera que el funcionario ejecutor debe establecer, tratándose de actos administrativos, si la obligación contenida en ellos es expresa y clara y si el acto reúne las condiciones de firmeza y ejecutoriedad que lo hacen exigible coactivamente.

Bien es cierto que el juez de la ejecución no lo es de la validez del acto cuyo cumplimiento se trata, la cual se discute por el administrativo a través de los recursos procedentes contra él en la vía gubernativa y si agotada ésta subsiste la controversia, mediante la acción tendiente a que se anulen o modifiquen. Es la correcta aplicación de la ley sustancial, siguiendo el procedimiento debido, la que constituye objeto de tales recursos gubernativos. Y a ello se refiere el inciso 2º del artículo 561 del C. de P. C., cuando impide debatir en el proceso de jurisdicción coactiva cuestiones que debieron alegarse en la instancia de impugnación gubernativa.

Pero la eficacia del acto a ejecutarse es aspecto diferente, que debe establecerse por el funcionario ejecutor antes de emitir el man-

damiento de pago ya que sin las condiciones legales que le permiten al acto administrativo surtir efectos, carece de fuerza ejecutoria y la obligación contenida en él, por lo tanto, no es exigible. Indudablemente la notificación es requisito de la exigibilidad, puesto que mientras ella no se surta debidamente no adquiere firmeza aquél, conforme a las previsiones de los artículos 62 y 64 del Decreto 01 de 1984. Y, la firmeza de tales actos es indispensable para que puedan ejecutarse contra la voluntad de los obligados por ellos.

Por estas razones no comparte la Sala el argumento expuesto por el Juez Octavo de Ejecuciones Fiscales del Distrito Especial de Bogotá, en la providencia apelada.

Ahora bien. Sostiene el litigante que no pueden integrar título ejecutivo con las pólizas que otorgó su apoderada a favor de la entidad pública, las resoluciones administrativas que declararon la caducidad y aprobaron la liquidación final del contrato, porque no fueron notificadas a la compañía en legal forma, planteamiento teórico en el cual la Sala está de acuerdo.

No obstante, el informativo no respalda su afirmación, habida cuenta de las siguientes consideraciones:

A pesar de que la apoderada de la Empresa de Energía, con ocasión del traslado surtido en esta instancia, no controvertió oportunamente las afirmaciones del apoderado de la ejecutada es lo cierto que obra en el informativo (fl. 26) copia de la citación que se le hizo a Seguros del Estado para recibir notificación personal de la resolución, que declaró la caducidad número 120 de septiembre 4 de 1986 (como fue ordenado en el art. 5º) y la copia del edicto de septiembre 23 a octubre 6 de 1986, por la cual debe darse por notificada esta providencia a la aseguradora. Además, también fue citado el representante legal de ésta (fl. 33) para notificarse de la Resolución número 066 de mayo 8 de 1987 con la cual se resolvió el recurso que contra la primera interpuso el contratista. Tampoco concurrió en esta ocasión y fue entonces notificada por edicto entre mayo 10 y junio 16 de 1987.

Pero la señora apoderada de Seguros del Estado el 27 de octubre de 1987 se notificó personalmente y recibió copia de la Resolución 279 de 5 de octubre por la cual se aprobó la liquidación del contrato número 4336 y se determinaron obligaciones líquidas a su cargo. Contra ella no interpuso la compañía recurso alguno, de manera que adquirió firmeza, conforme el numeral 3º del artículo 62 del Decreto 01 de 1984. Y al tenor del artículo 68 *ibidem*, las pólizas de seguro otorgadas a favor de entidades públicas integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, según el caso.

Por lo demás, en el artículo 4º de la citada Resolución 279, se advirtió sobre el recurso precedente, ante quién debía interponerse y dentro de qué término. De manera que no es cierta la información en

la cual pretende ahora fundar la ineficacia de los actos integrantes del título en el presente caso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º Niégase la revocatoria del mandamiento de pago.

2º Una vez en firme, suba al despacho para tramitar las excepciones propuestas.

Notifíquese y cúmplase.

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

*Carmelo Martínez Conn*, presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Olcos*, ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

## SUSTRACCION DE MATERIA/FOCINE

*Resultaría inane cualquier pronunciamiento sobre los artículos acusados del Decreto reglamentario 131 de 1987 por haber sido derogado por el Decreto 1156 de 14 de junio de 1988, artículo 33.*

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expedientes acumulados números 642-736-746. Decretos del Gobierno. Actores: Guiomar Sanín Posada y Pedro Nel Escorcía Castillo.

Ante esta Corporación, y en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 84, 128, 136, 135 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo, se ha demandado la declaratoria de nulidad de los artículos 13, 2º y 1º inciso 2º del Decreto 131 de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se desarrolla la Ley 9ª de 1942 y se reglamenta el artículo 15 de la Ley 55 de 1985.

### *Las demandas:*

En su propio nombre, la abogada Guiomar Sanín Posada, en ejercicio de la acción antedicha en el preámbulo de este proveído, solicita se declare la nulidad del artículo 13 del Decreto 131 de 1987 que reza:

“La Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE, se abstendrá de reconocer y pagar los estímulos de que tratan los artículos 9º y 11 del presente capítulo, a las salas de exhibición cinematográfica que no se encuentren a paz y salvo por concepto del pago de la totalidad del gravamen del 16% establecido por el artículo 15 de la Ley 55 de 1985”.

Bajo el título “*Hechos*”, hace la actora, sin ordinales de ninguna especie, una exposición teórica en la que reúne normas jurídicas y consideraciones sobre las mismas. Verbigracia, comienza diciendo que “El Congreso Nacional expidió la Ley 9ª de 1942 por la cual se fomenta la industria cinematográfica en cuyo artículo 1º dice lo siguiente:

“Artículo 1º Autorízase al Gobierno Nacional para que proceda a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la presente ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana”.

“La mencionada ley, constituye un marcado instrumento intervencionista que debe ejercerse en la forma en que la ley expresamente indique y limitarse al alcance de ella misma”. No estando pues, los fundamentos fácticos claramente determinados en la demanda, se hará alusión a los conceptos allí expresados, en la parte pertinente de esta providencia.

*Normas violadas y concepto sobre las mismas:*

Señala la demandante como violadas las normas superiores siguientes:

1. El artículo 120 numeral 3 en cuanto dice que “Corresponde al presidente de la República, como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa ‘ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes’. Dice al respecto que el gobierno está impedido para ampliar el ámbito de aplicación de la ley, debiendo obedecer siempre el sentido y finalidad que ésta persigue”.

2. La Ley 9ª de 1942 cuyo artículo 1º autoriza al Gobierno Nacional “para que proceda a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la presente ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana”. Manifiesta la accionante que la norma demandada “está imponiendo una carga adicional” no contemplada en esa ley cuando exige a las salas de exhibición el paz y salvo por el pago de la totalidad del gravamen del 16% establecido por la Ley 55 de 1985, norma que también considera violada con el acto demandado.

En la demanda se solicitaba igualmente la suspensión provisional del artículo acusado, petición que no fue atendida por el despacho por considerar que para el efecto no se cumplieron los requisitos exigidos por la ley como quiera que no se aportó la debida sustentación. Notificada que fue la admisión de la demanda al señor ministro de Comunicaciones a quien se le entregaron las copias de la misma y de sus anexos, se venció el término de fijación en lista al igual que el término del traslado para alegar sin que éste funcionario ni nadie que lo representara, hiciera pronunciamiento alguno.

Al entrar el negocio al despacho del señor agente del Ministerio Público para lo de su resorte, éste solicitó que se decretara la acumulación del mismo con otro que, con actoría de la misma demandante, cursaba ante el honorable consejero Luis Antonio Alvarado Pantoja,

señalado con el número 746 y tendiente a obtener la declaración de nulidad del artículo 2º del mismo Decreto 131 de 1987. En auto del veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, la Sala decretó la acumulación de los dos procesos mencionados con el señalado con el que, en una tercera acción, había incoado el abogado Pedro Nel Escorcía contra el artículo 1º inciso 2º de la misma disposición.

Como se ha dicho en el párrafo anterior, se tiene que en una segunda acción, la ciudadana Giomar Sanín Posada, pretende la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto 131 de 1987. La norma demandada dice en su texto:

“Artículo segundo. Los recursos de la cuenta especial denominada Fondo de Desarrollo Cinematográfico, serán destinados por la compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, a los siguientes objetivos:

“a) Concesión de estímulos a los productores de largometrajes colombianos, hasta un sesenta por ciento (60%).

“b) Adquisición y comercialización de cortometrajes colombianos, hasta un veinticinco por ciento (25%).

“c) Concesión de estímulos a las salas de exhibición cinematográfica, que proyecten largometrajes colombianos hasta un siete por ciento (7%).

“d) Concesión de estímulos a las salas de exhibición cinematográfica que proyecten largometrajes de Cine Arte previamente considerados como tales mediante resolución del Ministerio de Comunicaciones, hasta un tres por ciento (3%).

“e) Concesión de otros estímulos e incentivos para el fomento y desarrollo de la industria cinematográfica colombiana, hasta un cinco por ciento (5%).

“La Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE, podrá disponer de ese porcentaje para incrementar uno o más de los señalados en los literales que anteceden”.

Como hechos que fundamentan la acción, señala: “El Congreso Nacional expidió la Ley 55 de 1985 en cuyo artículo crea UN gravamen del 16% del valor neto de la boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica para el fomento de dicha industria. Los incisos 3 y 4 del artículo 15 mencionado fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de septiembre de 1986. El artículo 2º del Decreto 131 de 1987 suple la destinación y el contenido de los incisos derogados ‘desconociendo a mi entender los efectos que produce el fallo de inexequibilidad y las condiciones y características de nuestro sistema tributario’”.

Señala la demandante como violados, en esta nueva acción, varias normas constitucionales a saber: Artículo 43; artículo 76, ordinal 1 y ordinal 13; artículo 78 ordinal 5; artículo 120 ordinal 3; artículos 203 y 206. Afirma, al exponer el concepto de la violación, que "El Congreso Nacional, al expedir la Ley 55 de 1985, en su artículo 15 violó el artículo 78 ordinal 5º de la carga; violación que se puede percibir a través de una sencilla comparación entre ésta y la norma".

Al notificársele la admisión de la demanda al señor ministro de Comunicaciones, éste otorgó poder para que lo representara a la doctora Celia Consuelo Bohórquez cuya actuación termina donde comenzó pues una vez presentado el poder, no volvió a hacerse presente en el proceso.

En escrito presentado el 11 de septiembre de 1987, el abogado Pedro Nel Escorcía Castillo presentó demanda de nulidad contra el artículo 1º, inciso 2º del Decreto 131 de 1987 que reza:

"Créase una cuenta especial denominada Fondo de Desarrollo Cinematográfico, a la cual ingresarán los restantes 7.5 puntos. Esta cuenta será administrada por la Compañía de Fomento Cinematográfico, FOCINE y a ella ingresarán también los rendimientos financieros originados en la inversión de recursos".

La relación de los hechos, presentada como en las demandas referenciadas anteriormente en forma global sin ninguna correlación ordinal, hace similares aserciones sobre la Ley 55 de 1985 y sus posteriores evoluciones, concluyendo con la afirmación de que se había desconocido abiertamente "el Decreto-ley 294 de febrero 28 de 1973, denominado como el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación". Además de esta norma, cita como violados igualmente los artículos 20, 76 numerales 3, 12, 13 y 20; 120 numeral 3; 206; 207 y 208 de la Constitución Nacional; la Ley 55 de 1985, artículo 15; el Decreto-ley 1050 de 1968; el Decreto 129 de 1976 y el Decreto 294 de 1973.

La suspensión provisional de la norma fue igualmente solicitada por el actor, a lo que no accedió el ponente porque la sencilla comparación entre el acto acusado y la norma superior, no permitía vislumbrar la "manifiesta violación" exigida por la ley para que tal medida proceda.

Como en los dos casos anteriores, la demanda, una vez admitida fue notificada al ministro de Comunicaciones quien en esta oportunidad sí fue representado por la abogada designada para el efecto. La apoderada, al descorrer el traslado de la demanda, hizo claros pronunciamientos sobre las pretensiones de la demanda a los que habrá de hacerse referencia, si hubiere lugar, dentro de la parte correspondiente a las consideraciones de esta providencia.

*El concepto fiscal:*

El señor Fiscal Primero de la Corporación ha estimado, al rendir su concepto, que debe prosperar el cargo contra el artículo 2º del Decreto 131 ya que éste reproduce los incisos de la Ley 55 de 1985 que habían sido declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. En cuanto al artículo 13, conceptúa el fiscal que la llamada "carga adicional" o "requisito adicional" desaparece "al desaparecer el artículo 2º aquí solicitado para su abrogación como consecuencia de nuestro concepto de que prospere el primer cargo". Se opone el agente del Ministerio Público a que sea oída la solicitud de nulidad del inciso segundo del artículo 1º de la norma en mención, contenida en la tercera demanda acumulada.

*Consideraciones para decidir:*

Previo al detallado estudio que ameritan los libelos de los deprecentes en los tres procesos que se han acumulado para ser fallados conjuntamente, observa la Sala que reposa en el expediente número 736, a folios 95 al 104 inclusive, el texto del Decreto número 1156 de 14 de junio de 1988 "Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 55 de 1985, el artículo 6º del Decreto-ley 129 de 1976, en relación con el control de asistencia a las salas de exhibición cinematográfica, el registro de las salas de cine y exhibidores, el Fondo de Fomento Cinematográfico y se dictan otras disposiciones".

El artículo 33 de dicho decreto dispone bajo el título "DEROGATORIA: Quedan derogados total o parcialmente, las disposiciones contrarias a este decreto, *especialmente el Decreto reglamentario 131 de 1987* y los artículos 2º y 7º del Decreto 2732 de 1985" (el subrayado es de esta Sala).

El artículo 34 de la misma disposición, dice que ésta regirá a partir de la fecha de su publicación y se ha verificado que la publicación del decreto se efectuó en el *Diario Oficial* número 38.383 de 20 de junio de 1988, página 7.

Por lo antedicho, es de colegirse que nada fructífero para las causas acumuladas podría decirse en esta providencia ya que resultaría inane cualquier pronunciamiento.

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

*Falla:*

1º Se levanta la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto número 131 de 1987 (enero 23) del Ministerio de Comunicacio-

nes que había sido decretada mediante auto de 13 de abril de 1988 en el proceso señalado con el número 746.

2º Declárase inhibido para decidir en el fondo por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese, publíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día trece (13) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**CAPITULO V**

**RESOLUCIONES Y ACTOS MINISTERIALES**



**PRIMA DE ANTIGUEDAD - Reconocimiento y pago / EM-  
PLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL**

*El porcentaje que se le había reconocido al actor de prima de antigüedad no podía ser disminuido, sino que de ahí en adelante, conforme a la reglamentación legal vigente, debían hacerse los incrementos porcentuales en la prima, hasta llegar al máximo del 96% autorizado por el Decreto 306 de 1983. Ello no significaba que el reconocimiento teórico de esos porcentajes autorizara para evadir el límite de remuneración fijado en la ley.*

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2675. Actor: Luis Alfonso Marín Vásquez. Resoluciones ministeriales.

Mediante apoderada y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, Luis Alfonso Marín Vásquez presentó demanda y solicitó hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones y condenas:

“1º Que es nulo, por ser contrario a la ley, el acto administrativo contenido en los siguientes documentos: a) Oficio número 013 de 18 de febrero de 1984, de la Recaudadora de Impuestos Nacionales de Segovia; b) Oficio sin número de fecha 20 de marzo de 1984, del Coordinador de Contabilidad de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín; y, c) Resoluciones números 5580 de 5 de septiembre de 1984, 8078 de 27 de noviembre de 1984 y 1067 y 1068 de marzo 28 de 1985, todas ellas firmadas por la Viceministra de Justicia y la Jefe División de Asistencia Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia, en virtud del cual se produjo a partir de 1º de noviembre de 1982 una considerable rebaja de la prima de antigüedad de mi poderdante.

“2º Que, como consecuencia de la declaración anterior, la Nación colombiana, Ministerio de Justicia, debe pagar al

demandante las primas de antigüedad causadas y no pagadas a partir de 1º de noviembre de 1982 en adelante, conforme a liquidación que se hará siguiendo los ordenamientos del artículo 7º del Decreto-ley 306 de 1983, y sin limitación alguna. Se le reconocerán intereses por la cantidad insoluta.

“3º La Nación deberá dar cumplimiento al respectivo fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del Decreto-ley 01 de 1984. Se aplicará además lo dispuesto en el artículo 177 del mismo decreto-ley”.

De manera por demás extensa expuso los hechos en que fundamentó sus pretensiones (fls. 40 a 48).

Como disposiciones violadas con los actos demandados citó —exponiendo el concepto de la violación— las siguientes: A) Artículos 4º del Decreto 903 de 1969, 13 del Decreto 283 de 1973 y 1º y 2º del Decreto 2157 de 1973; B) Artículos 4º del Decreto 1231 de 1973, 3º del Decreto 542 de 1977, 13 del Decreto 717 de 1978, literal a) y 5º del Decreto 911 de 1978; C) Artículos 12 del Decreto 717 de 1978 y 4º del Decreto 911 de 1978; D) Artículos 16, 17 y 30 de la C. N.

El tribunal accedió parcialmente a lo solicitado. El demandante apeló de esa decisión por considerar que no satisfacía completamente el alcance de sus pretensiones, a) por la limitante aplicada por el tribunal y por la administración en relación con los pagos como Juez del Circuito Penal, por los meses de noviembre y diciembre de 1982, b) por la limitante aplicada por el tribunal al reconocer el 70% de prima de antigüedad desde el 26 de octubre de 1985, pero sólo hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Agrega que está acreditado en el proceso que entre el 21 y el 30 de octubre de 1982 se le pagó una suma líquida de \$ 16.768.77, sobre un sueldo de \$ 68.500.00, discriminado así: \$ 42.500.00 por concepto de asignación básica correspondiente a un Juez de Circuito Penal y \$ 26.000.00 equivalente al 50% de primas de antigüedad, porcentaje que venía percibiendo desde tiempo atrás.

Que está demostrado que desde la primera quincena de 1982, la administración le redujo su prima de antigüedad en \$ 12.000.00, o sea en un 20%.

Con respecto al segundo motivo de inconformidad manifiesta:

Que la limitante puesta por el tribunal al reconocer que desde el 26 de octubre y hasta el 31 de diciembre de 1985 el actor tiene derecho al 70% por concepto de prima de antigüedad obedece a que hasta esa última fecha acreditó servicios, y así no se previó el tiempo de duración del proceso. Que por tal razón se presentarían dificultades en el incidente de regulación de perjuicios.

Solicita entonces que también sea condenada la entidad a pagar las sumas que se establezcan en el incidente por concepto del 70% de primas de antigüedad desde el 26 de octubre de 1985 hasta completar el bienio de servicios el 25 de octubre de 1987, y así sucesivamente cada dos años hasta alcanzar el tope del 96%, declarando además que estas condenas adicionales tienen incidencia salarial y prestacional y que las sumas líquidas sean ajustadas consultando el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado encuentra de recibo los argumentos expuestos por el apelante y en consecuencia solicita acceder a todas sus pretensiones.

Surtido el trámite correspondiente a la segunda instancia, procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

*Consideraciones:*

Sea lo primero anotar, que habiendo sido condenada la Nación, y no encontrándose apelado el fallo por la entidad pública, el Consejo de Estado conoce tanto en apelación como en consulta, por lo cual adquiere plena competencia y no se encuentra limitado por las pretensiones del apelante. La petición de nulidad comprende diversos actos.

Sin embargo, ni el Oficio número 013 de 18 de febrero de 1984 suscrito por la Recaudadora de Impuestos Nacionales de Segovia, ni el suscrito por el Coordinador de Contabilidad de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, fechado el 20 de marzo de 1984, son actos administrativos demandables.

Constituyen simples explicaciones a los reclamos hechos por el doctor Marín Vásquez al habersele pagado a partir de 1º de noviembre de 1982, una asignación menor de la que le había sido reconocida por el lapso comprendido entre el 21 y el 30 de octubre de 1982, como Juez Penal del Circuito de Segovia.

Sabido es que las recaudaciones de impuestos municipales son oficinas pagadoras únicamente, y no toman ninguna decisión acerca de la remuneración de los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, decisiones que se adoptan por el Ministerio de Justicia.

Por tanto, al no contener dichos oficios decisión, sino únicamente la explicación referente al hecho de que una empleada encargada que no conocía exactamente cuál era la remuneración había pagado suma superior a la autorizada, no cabe ningún pronunciamiento sobre ellos.

Ha debido el señor Marín Vásquez dirigirse no a la Recaudación de Impuestos de Segovia sino a la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional para presentar su reclamo, lo que finalmente parece que hizo en 1984, según copia de un memorial que obra a folios 32 a 36, pero que carece de constancia de recibo en algún despacho público.

No se sabe si como respuesta a ese memorial, o independientemente de él, se produjo otro de los actos acusados; la Resolución número 5580 de 5 de septiembre de 1984, mediante la cual se le incrementa su prima de antigüedad en un 40%, por el período comprendido entre el 1º de enero de 1983 y el 30 de diciembre de 1985, según Resolución aclaratoria 1067 de marzo de 1985.

Mediante la Resolución 8078 de 27 de noviembre de 1984 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la número 5580 de 5 de septiembre de 1984, que fue aclarada en cuanto a las fechas del período bienal que se tomaba para efecto de la prima de antigüedad.

Y finalmente, se acusa la Resolución 1068 del mismo 28 de marzo de 1985, y por la cual se le incrementa la prima de antigüedad en un 50%, por el período comprendido entre el 1º de enero de 1985 y el 30 de diciembre de 1986.

El tribunal en la sentencia apelada consideró que ante la prohibición de recibir remuneración superior a la básica de la respectiva autoridad nominadora el actor no tenía ningún derecho adquirido pues hasta el 20 de octubre de 1982, como Juez Promiscuo Municipal de Yalí, su asignación no sobrepasaba la de un magistrado del tribunal. Que la limitante comenzó a operar al pasar al cargo de Juez Penal del Circuito de Segovia, a partir de 21 de octubre de 1982 y se trataba de un nuevo cargo y una nueva remuneración. De manera tal, que su sueldo no fue disminuido sino que se trató de otro diferente.

En cuanto a la prima de antigüedad reconocida en las resoluciones acusadas, encontró el tribunal que el actor tiene derecho, a partir de 26 de octubre de 1983 al 60% por concepto de dicha prima y a partir de 26 de octubre de 1985 al 70%, por estar demostrado que desde el día 26 de octubre de 1981 el doctor Marín Vásquez devengaba el 50%.

Señaló luego el tribunal unas pautas para liquidar mediante incidente las sumas concretas a pagar, así:

“5.2.2. A partir de enero 1º de 1983 no tenía obstáculo legal para devengar *toda* la remuneración por lo siguiente:

“El Decreto 306 (art. 9º) sólo señaló como límite para la prima el 96%.

“El Decreto 297 (ambos de febrero 7 de ese año) trasladó la limitante a ‘la remuneración mensual total de magistrado de la Corte Suprema de Justicia’, artículo 1º (transcrito).

“5.2.3. Está demostrado (numeral 1.2.) que desde el día 26 de octubre de 1981 el doctor Marín Vásquez devengaba el 50% como prima de antigüedad y que continuó prestando sus servicios, en el mismo cargo, hasta el día 31 de diciembre de 1985 (fls. 83, 84 y 85):

“En tales condiciones, consultando las normas legales y el certificado de tiempo servido, a partir de 26 de octubre de 1983 tiene derecho al 60% por concepto de prima de antigüedad y, a partir de 26 de octubre de 1985, al 70%.

“Aunque en la demanda se solicita reconocimiento de intereses ‘sobre la cantidad insoluta’ (fl. 40) para el ajuste de la condena debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

“7. *El monto de la condena:*

“Para establecerlo debe recurrirse al incidente de liquidación previsto en el artículo 308 del C. de P. Civil, conforme a las siguientes bases:

“7.1. Para establecer la suma que se debe por concepto de sueldos y prestaciones se tendrá en cuenta:

“Entre el 1º de enero y el 25 de octubre de 1983 el 50% como prima de antigüedad, que ya devengaba desde el 26 de octubre de 1981.

“Entre el 26 de octubre de 1983 y el 25 de octubre de 1985, el 60%.

“Desde el 26 de octubre hasta el 31 de diciembre de 1985, el 70%.

“Se consultará el factor que corresponde a cada porcentaje, artículo 7º del Decreto 306 de 1983, y la asignación básica señalada para cada año, así:

“1983, Decreto 306 de ese año.

“1984, Decreto 454.

“1985, Decreto 124.

“Para precisar la suma que debe pagarse por cada lapso de tiempo indicado, se descontarán las cantidades pagadas según el certificado (fls. 84, 85).

“7.2. La suma establecida será ajustada consultando lo dispuesto en el artículo 178 del Decreto 01 de 1984:

“La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y en cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”.

Observa la Sala en primer término, que el tribunal no se ciñó en su fallo favorable, ni al *petitum* de la demanda ni al examen de las disposiciones indicadas como violadas.

En efecto, además de la nulidad de las Resoluciones 5580 de 5 de septiembre de 1984, 8078 de 27 de noviembre de 1984, 1067 y 1068 de 28 de marzo de 1985, que sí había sido solicitada, condenó en abstracto, cuestión no pedida ni precedente en esta clase de procesos, cuando la ejercitada es la acción de restablecimiento del derecho, y ordenó un ajuste de la condena, tampoco pedido, al tenor de lo dispuesto por el artículo 178 del C. C. A., teniendo en cuenta los precios al consumidor o al por mayor, cuando la petición de la demanda se refería a la aplicación del artículo 177 del C. C. A., es decir, a los intereses que debe pagar la administración durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y los que debe pagar después de dicho término.

En cuanto a las normas invocadas como violadas, no aparece citado el artículo 1º del Decreto 297 de 1983. El 9º del Decreto 306 de 1983, aun cuando no figura en el capítulo que corresponde a disposiciones violadas, se encuentra mencionado en el hecho 9º del libelo.

Comparte la Sala el análisis que hace el *a quo* en cuanto a que, al pasar el actor a ocupar el cargo de Juez Penal del Circuito, no tenía ningún derecho adquirido a devengar, por concepto de asignación básica y prima de antigüedad, suma superior a la remuneración básica de la autoridad nominadora, es decir, a la de un magistrado del tribunal, en contra de lo dispuesto por numerosas normas, y entre ellas por el artículo 16 del Decreto 717 de 1978. Y no lo tenía por cuanto en el anterior cargo nunca, según su propia aseveración, había devengado suma superior. Y al pasar al nuevo no se podía hablar de disminución del que venía devengando. De manera pues, que el señor Marín Vásquez al ocupar el cargo de Juez Penal del Circuito, debía someterse, como cualquier otro funcionario de la Rama Jurisdiccional, a la limitación establecida en la norma citada.

Para sustentar la apelación se argumenta que durante el período comprendido entre el 21 y el 30 de octubre de 1982, sí recibió suma superior y por tanto adquirió el derecho. Olvida el demandante que los errores no crean derecho. Si equivocadamente, como quedó analizado, se le pagó por concepto de sueldo y prima de antigüedad más de lo mandado por un lapso de 10 días, ello no le da ningún derecho para obviar el límite de remuneración establecido en la ley.

Caso distinto es el de las resoluciones acusadas, mediante las cuales se le incrementó la prima de antigüedad primero en un 40% y luego en un 50%.

Si ya desde el año de 1981, por su permanencia en el servicio desde el año de 1971 se le había reconocido prima de antigüedad del 50%, ese porcentaje no podía ser disminuido, sino que de ahí en adelante, conforme a la reglamentación legal vigente, debían hacerse los incrementos porcentuales en la prima, hasta llegar al máximo del 96% autorizado por el Decreto 306 de 1983.

Ello no significaba, claro está, que el reconocimiento teórico de esos porcentajes autorizara para evadir el límite de remuneración fijado en la ley; tal límite sigue vigente y no permite, así teóricamente un funcionario de la Rama Jurisdiccional tenga el 96% de prima de antigüedad, sobrepasarlo, porque ese 96% no abolió la prohibición establecida, entre otras disposiciones, por el artículo 16 del Decreto 717 de 1978 y por el artículo 1º del Decreto 297 de 1983, que la refirió a la remuneración de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Habiendo los actos acusados reconocido la prima de antigüedad en un 40% y 50% en los años de 1984 y 1985, se infringieron por tal razón las normas invocadas en la demanda.

Resumiendo tenemos:

a) El actor no ha estado en ningún momento exonerado del límite de remuneración que a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional imponen diferentes normas, entre ellas, el Decreto 542 de 1977, el Decreto 717 de 1978 y el 297 de 1983;

b) Las resoluciones acusadas, que le "reajustaron" la prima de antigüedad, con desconocimiento del porcentaje ya obtenido, están viciadas de nulidad;

c) El Ministerio de Justicia debe reconocerle, en los porcentajes correctos, la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que desde 1981 había adquirido el 50% por tal concepto, sin que ello implique desconocimiento al límite legal de remuneración;

d) Si al actor dejó de pagársele la suma que legalmente le correspondía y que, teniendo en cuenta el límite de remuneración a que están sometidos los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional le correspondía por concepto de sueldo básico y prima de anti-

güedad, el Ministerio de Justicia deberá reconocerle y pagarle la suma que le adeude;

e) No siendo ésta una acción de reparación directa y cumplimiento; no hay lugar a incidente de regulación de perjuicios ni a adecuar la condena tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, cuestión que tampoco fue solicitada en la demanda.

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

*Falla:*

1º Confirmase los numerales 1º y 3º de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de marzo de 1987, dentro del proceso iniciado por el señor Luis Alfonso Marín Vásquez.

2: Revócase el numeral 2º de dicha sentencia.

3º En su lugar se dispone:

El Ministerio de Justicia reajustará la prima de antigüedad del señor Luis Alfonso Marín Vásquez, teniendo en cuenta que como funcionario de la Rama Jurisdiccional, desde 1981 había obtenido el 50% por tal concepto.

La Nación - Ministerio de Justicia reconocerá y pagará al señor Luis Alfonso Marín Vásquez las diferencias salariales que resulten de la aplicación de los nuevos porcentajes por prima de antigüedad, teniendo en cuenta los límites de remuneración contemplados en el artículo 16 del Decreto 717 de 1978 y en el artículo 1º del Decreto 297 de 1983.

El Ministerio de Justicia deberá observar lo dispuesto, en cuanto a intereses, por el artículo 177 del C. C. A.

4º Declárase inhibida la Sala para pronunciarse sobre la legalidad de los oficios 013 de 18 de febrero de 1984, suscrito por la Recaudadora de Impuestos Nacionales de Segovia (Antioquia) y el oficio sin número de 20 de marzo de 1984 firmado por el Coordinador de Contabilidad de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

## *CODIGO DE PETROLEOS - Sanciones / MULTA*

*Cuando el artículo 67 del Código de Petróleos habla, para fines de la multa en él contemplada, que hay lugar a ella cuando se incumplan obligaciones consagradas en el Código de Petróleos, éste lo será no sólo el estatuto de 1953 (Decreto 1056) sino también toda la normatividad que lo complementa, cual es en el evento sub lite la Ley 10 de 1961 y su Decreto reglamentario 1348 de 1961.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Referencia: Proceso número 822. Demandante: Sociedad Petróleos Colombianos Limited.*

La Sociedad Petróleos Colombianos Limited, por intermedio de apoderado debidamente constituido, en acción de restablecimiento del derecho, regulada por el artículo 85 del C. C. A., solicitó de esta Corporación la declaración de nulidad de la Resolución 525, proferida el día 4 de agosto de 1986, por el Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Asuntos Legales, División de Hidrocarburos, y por medio de la cual se impuso a la sociedad una multa de un mil dólares (US\$ 1.000), o su equivalente en moneda colombiana a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Energía. La demanda de nulidad incluyó la de la Resolución 1956, de 27 de julio de 1987, proferida por la misma dependencia del Ministerio de Minas y Energía, confirmatoria de la resolución anterior.

A lo anterior agregó se ordenara al Fondo Rotatorio del Ministerio de Minas y Energía la restitución de la suma de doscientos cincuenta y ocho mil seiscientos ochenta (\$ 258.680) pesos moneda corriente, con sus intereses comerciales corrientes, que fue consignada por la actora en favor del mencionado Fondo.

### *Fundamento de la demanda:*

Las peticiones formuladas por la sociedad actora se basaron en los hechos que, en síntesis, se presentan a continuación:

1. Con base en un posible incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, el Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Asuntos Legales, División de Hidrocarburos, impuso a la sociedad actora una multa de un mil dólares (US\$ 1.000), o su equivalente en moneda colombiana en favor del Fondo Rotatorio del mismo Ministerio. La obligación se relaciona con las personas dedicadas a la industria del petróleo, quienes deben informar a los Ministerios del Trabajo y Minas y Energía, antes de 1º de marzo correspondiente, los datos de nómina, número de empleados nacionales y extranjeros, asignación mensual, moneda en que se paga, etc.

2. La sociedad actora estimó que la obligación no se hallaba vigente y que por lo mismo el acto administrativo expedido carecía de fundamento legal. Con todo, el ministerio desatendió lo alegado por la sociedad y confirmó la resolución recurrida en la vía gubernativa. Con lo anterior se produjo el correspondiente agotamiento.

#### *Los actos acusados:*

La resolución acusada en primer lugar basa su decisión en el hecho de que la División de Exploración y Contratos de la Dirección General de Hidrocarburos comunicó, el día 11 de abril de 1986, a la Dirección General de Asuntos Legales que la actora no había dado cumplimiento a la disposición mencionada en los hechos. Que en tales circunstancias cabía imponer multas hasta de cinco mil dólares (US\$ 5.000), pues la actora había dado motivos para ello. De ahí surgió la sanción señalada.

Para hacer efectiva la sanción el acto administrativo acusado dispuso que la actora consignara el valor de la multa en la cuenta número 080-00117-5 Banco Popular-CAN, Fondo Rotatorio de MINMINAS, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del acto.

Interpuesto oportunamente el recurso de reposición fue desatado desfavorablemente por la administración para la actora con base en las siguientes consideraciones:

a) La actora incumplió la obligación impuesta por el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, pues debía llevarse a cabo la exigencia sin requerimiento especial de la administración al respecto;

b) La administración ha garantizado en todo momento, respecto de la actora, el derecho de defensa;

c) La legislación sobre hidrocarburos contiene numerosas disposiciones entre las que se halla el Decreto 1056 de 1953, norma fundamental sobre los aspectos básicos de la exploración y la explotación de hidrocarburos. Dentro del concepto de integración de las normas

sobre la materia, el artículo 67 del Código de Petróleos se aplica plenamente a cualquier exploración o explotación petrolíferas que se lleve a cabo en el país. Que las normas anteriores han sido modificadas por la Ley 10 de 1961 y el Decreto 1348 del mismo año. De ahí concluye que no es posible la reposición y confirma la decisión anterior.

*Normas violadas:*

La demanda la basó el actor en las siguientes normas violadas:

1. Artículo 28 del C. C. A.

Según el actor esta norma imponía al Ministerio de Minas y Energía la obligación de "notificar por medio de un oficio a la compañía sobre la existencia de un hecho constitutivo de pena pecuniaria a fin de darle la oportunidad de ejercer el elemental derecho y luego de surtida la actuación previa, proceder a imponer la sanción, si por otra parte ésta estaba justificada" (fl. 19).

2. Artículos 14, 34 y 35 *ibídem*.

El primero, afirma el actor, impone a la administración el deber de citar a las personas que puedan estar directamente interesadas en la decisión para que hagan valer sus derechos.

Por su parte, el artículo 34 señala la facultad de practicar pruebas tanto por la decisión administrativa como por petición del particular interesado. El artículo siguiente se relaciona con el derecho del administrado.

3. Artículo 26 de la Constitución Política.

El actor acusa quebranto de la arriba citada norma constitucional con los siguientes argumentos:

a) La decisión administrativa acusada no permitió la defensa de la compañía; "fue un acto unilateral, casi arbitrario (subraya la Sala Unitaria) de la administración";

b) Pretermitió un procedimiento previo;

c) La decisión acusada quebranta los preceptos atrás invocados.

Respecto de la Resolución 1956 de 1987, por la cual se negó la reposición del acto administrativo anterior, alega el actor que se pretermitieron las normas a que antes hizo alusión. Y que el derecho de defensa no se garantiza en forma plena dando curso a los recursos que proceden contra la decisión administrativa.

Por otra parte, afirma que la disposición del Código de Petróleos (art. 67) que impone la multa se refiere a violaciones del propio có-

digo, dentro de las cuales no se encuentra la falta de información de que trata el acto acusado.

### *Contestación de la demanda:*

El Ministerio de Minas y Energía, por apoderada debidamente constituida, contestó la demanda en los siguientes sucintos términos:

1. Las declaraciones y peticiones de la demanda carecen de fundamento jurídico.

2. El contenido de la Resolución 525 de 1986 es legal y por ello la administración no encontró mérito para reponerla.

3. Las disposiciones del C. C. A., citadas por el actor son inaplicables al caso de autos pues los procedimientos en materia de petróleos se rigen por la Ley 10 de 1961 y su Decreto reglamentario 1348 del mismo año, excepción prevista en el Código Contencioso Administrativo, según el cual (art. 1º) "los procedimientos regulados por leyes especiales se regirán por éstos"; de aquí la entidad demandada infiere la inaplicabilidad de las disposiciones procedimentales del Código Contencioso Administrativo.

4. En cuanto al cargo de haberse pretermitido el derecho de defensa que garantiza el artículo 26 de la C. N., estima la entidad demandada que tampoco se configura pues, se sabe, que la parte interesada, en el momento de interponer el recurso de reposición, pudo haber solicitado pruebas y allegado documentos necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa; por el contrario, la actora se abstuvo de desvirtuar el cargo de incumplimiento de sus obligaciones que dio lugar a la sanción; tampoco suministró prueba que justificara la revocación del acto acusado.

5. Respecto al cargo de que trata el artículo 67 del Código de Petróleos, según el cual se impuso la sanción, no era aplicable al caso de autos por cuanto la obligación se contenía en norma muy posterior, responde que la legislación sobre hidrocarburos no se limita al Código de Petróleos, ya que en el presente se adicionó con las disposiciones de la Ley 10 de 1961 y su decreto reglamentario.

Con base en las anteriores consideraciones, para la parte demandada no hay mérito para la anulación de los actos acusados. Concluye la contestación formulando la siguiente excepción:

### *Caducidad de la acción:*

Según la entidad demandada, la acción se intentó después de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto acusado. La notificación personal de la resolución que negó la reposición tuvo lugar

el día 4 de septiembre de 1987, de donde el término de caducidad de la acción ocurrió después del día 4 de enero de 1988. La demanda se presentó el 12 de enero siguiente: De aquí infiere que la decisión final ha de ser inhibitoria.

*Alegatos de conclusión:*

La parte demandada sintetizó sus conclusiones en los siguientes términos:

1. Las cuestiones relativas a la industria del petróleo constituyen régimen especial, excepción prevista por el Código Contencioso Administrativo artículo 1º, por lo que las disposiciones de éste no son aplicables en la expedición de la Resolución 525 de 1986.

2. La obligación de información, incumplida por la actora, se refiere a los asuntos con que debe entender toda persona dedicada a la industria del petróleo en las diversas ramas que la integran.

3. La norma que establece la sanción no fija término para el cumplimiento de la obligación, lo que faculta a la administración para aplicar las normas sobre incumplimiento de que trata el Código de Petróleos.

4. Para el caso de autos, el ordenamiento jurídico aplicable se halla constituido esencialmente, por el Decreto 1056 de 1953, la Ley 10 de 1961 y el Decreto 1348 de este mismo año.

5. Respecto del cargo de la violación del derecho de defensa, afirma la entidad demandada, no debe desconocerse que las empresas y personas dedicadas a la industria del petróleo deben conocer las disposiciones que la regulan y las obligaciones que impone. Por otra parte, la actora hizo uso del recurso que tenía a la mano, la administración consideró sus razones pero no accedió al pedimento por no encontrar viables las explicaciones dadas.

La parte actora se abstuvo de alegar de conclusión.

*Vista fiscal:*

El señor Agente del Ministerio Público participa de la opinión de la entidad demandada en cuanto la excepción de caducidad de la acción, para cuyo fin efectúa el mismo conteo y llega a idénticas conclusiones.

*Consideraciones de la Sala:*

I

La Sala, a fin de agotar las cuestiones propuestas por las partes, procede en primer lugar a decidir respecto de la excepción propuesta

tanto por la entidad pública demandada como por el señor agente del Ministerio Público.

Para la Sala es indiscutible que no se dan los elementos para la excepción de caducidad de la acción.

En efecto:

Es evidente que entre el 4 de septiembre de 1987 y el 12 de enero de 1988 transcurrieron más de cuatro meses justos. De acuerdo con el artículo 67 del C. C., cuyo inciso primero fue modificado por el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, por *mes* debe entenderse el del calendario común. El inciso segundo *ibidem* agrega que el primero y último día de un plazo de meses deberán tener un mismo número en los respectivos meses; de donde al 4 de septiembre de 1987 corresponde el 4 de enero de 1988, en un plazo de cuatro meses, como tan tinosamente lo apuntó el señor agente del Ministerio Público.

Pero lo anterior debe conformarse a las disposiciones sobre vacancia judicial. De esta forma se tiene que la Ley 31 de 1971, reformativa del Decreto 546 de ese mismo año, señaló, entre otros, como de vacancia judicial los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero de 1988 siguiente (art. 1º, literal a), que en el caso de autos viene a ser el 10 de enero de 1988. Pero ocurre, además, que en virtud de la ley Emiliani, el lunes 11 de enero fue festivo (el 10 cayó domingo), de donde resulta que el primer día hábil fue el martes 12 de enero de 1988, fecha en la cual el actor presentó su demanda.

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 70 del C. C. subrogado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal en el sentido de que si el último día del plazo de meses fuere feriado o de vacancia "*se extenderá el plazo hasta el primer día hábil*" (subraya la Sala Unitaria).

Lo expuesto es suficiente para decidir que no ha tenido lugar la caducidad de la acción; por consiguiente la demanda se presentó en la oportunidad debida.

## II

a) El primer cargo que plantea la parte actora consiste en considerar que las disposiciones sobre las cuales se basó la sanción no se hallan vigentes.

Al respecto observa la Sala:

De acuerdo con los antecedentes administrativos remitidos por el Ministerio de Minas y Energía para los fines del proceso, el día 11 de

abril de 1986 el Jefe de la División de Exploración y Contratos remitió a la Directora General de Asuntos Legales del Ministerio de Minas una relación de las compañías que no habían presentado la información legal, como lo ordena el artículo 36 del Decreto 1348 de 1961, correspondiente al año de 1985. Entre aquéllas aparece la actora Petróleos Colombianos Limited (Bahamas).

La norma en referencia es del siguiente tenor:

*“Artículo 36 del Decreto 1348 de 1961.*

“Toda persona dedicada a la industria del petróleo en las diversas ramas que la integran, incluyendo la prestación de servicios técnicos, está en la obligación de suministrar a los Ministerios de Trabajo y Minas y Petróleos, antes del primero de marzo siguiente al año calendario, una relación con los siguientes datos:

“a) Nómina de empleados, con especificación de funciones, nacionalidad, tiempo de permanencia en Colombia si fueren extranjeros, estado civil, nombre, nacionalidad del cónyuge, asignación mensual y moneda en que se paga”.

Dentro de este contexto el artículo 67 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) previene que el Gobierno podrá imponer administrativamente multas hasta de cinco mil pesos (\$ 5.000) en cada caso, “...para penar el incumplimiento de las obligaciones que este código se establecen...”.

La Ley 10 de 1961 “por la cual se dictan disposiciones en el ramo de petróleos” en su artículo 21 dispuso que “las multas de que trata el artículo 67 del Código de Petróleos serán hasta de cinco mil dólares (US\$ 5.000) y podrán convertirse a moneda legal al tipo de cambio fijado para la industria del petróleo”.

Sin mayores esfuerzos de interpretación se entiende que cuando el antedicho artículo 67 habla, para fines de la multa en él contemplada, que hay lugar a ella cuando se incumplan obligaciones consagradas en el Código de Petróleos, éste lo será no sólo el estatuto de 1953 (Decreto 1056) sino también toda la normatividad que lo complementa, cual es en el vanto *sub lite* la Ley 10 de 1961 y su Decreto reglamentario 1348 de 1961.

Es así entonces que hallándose consagrada expresamente en el Decreto 1348 de 1961 la exigencia de información de índole laboral a cargo de las empresas petroleras, y de cuya insatisfacción se derivó la multa que se hizo recaer sobre la sociedad demandante, a dicha norma habrá de estarse, pues como acto administrativo que es goza de la presunción de legalidad y habrá de observarse mientras no se

anule por la jurisdicción contencioso administrativo (art. 216, C. N. y 82 del C. C. A.).

De acuerdo con la integración de las normas jurídicas, sin importar realmente las nociones de *anterioridad* y *posterioridad*, todas las disposiciones legales sobre una misma materia *de aúnan* en un mismo ordenamiento jurídico que permite la formación material de un "código", salvo únicamente la regla de vigencia legal, según la cual la norma posterior, si es contraria, prevalece sobre la anterior. Pero todas ellas, aunque no hayan sido organizadas, o "codificadas", constituyen el mismo *régimen jurídico*. Adaptando la expresión del Diccionario de Uso del español se puede afirmar que *régimen jurídico* viene a ser "conjunto de normas jurídicas que establecen reglas sobre la existencia, función y finalidad de una cosa determinada". De conformidad con lo anterior, entre las normas de petróleos examinadas se halla la mencionada integración.

No prospera el cargo.

b) Como segunda acusación está la de que al proferirse los actos cuestionados la administración pretermitió precisas reglas de procedimiento gubernativo que condujo al desconocimiento del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El artículo 28 del C. C. A. es del siguiente tenor:

"Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se le comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

"En estas actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35".

La disposición transcrita se relaciona con el deber de la administración de dar a conocer la existencia de un procedimiento administrativo cuya decisión pueda afectar la situación jurídica concreta de un particular que en derecho se conoce como tercero. Respecto de este punto la Sala habrá de examinar si realmente la sociedad actora era un particular, o tercero, o si por el contrario se trataba de un administrado que estaba en mora de cumplir una precisa obligación de informar a las autoridades correspondientes.

Las otras disposiciones del actor se relacionan (art. 14) con lo expresado antes por la Sala en sentido de que la comunicación tiene que ver con terceros determinados directamente interesados en las resultas de la decisión a fin de que puedan hacer valer sus derechos. Por su parte la siguiente norma señalada (art. 34) alude a la amplitud probatoria que reconoce la ley a la administración en bien de la función pública. Según lo preceptuado, habrá lugar, en toda actuación

administrativa a la práctica de pruebas y al suministro de informaciones sin trámites de ninguna naturaleza.

Finalmente el artículo 35 señala la exigencia para la toma de decisiones por parte de la entidad administrativa correspondiente. Se decidirá, advierte el precepto en mención, una vez que se haya dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, con base en las pruebas que obren en el expediente y se motivará al menos en forma sumaria si lo decidido afecta a terceros.

Así las cosas a la falta de intimación del Ministerio de Minas y Energía sobre la intención de aplicar la sanción responde la Sala:

Aunque la entidad demandada ha dicho que las sanciones en el campo de petróleos hacen parte de un procedimiento administrativo especial, por ninguna parte se encuentra que esta sanción tuviera una tramitación diferente de la que señala el Código Contencioso Administrativo. Tampoco la entidad interesada tuvo cuidado de precisar tal régimen especial. Para la Sala resulta, entonces evidente, que la decisión administrativa objeto de la demanda sencillamente se produjo dentro de los lineamientos generales que el código en su primera parte determina para las actuaciones administrativas. Además, la entidad actora no era "particular", como se ha empeñado en sostenerlo, sino simplemente el administrado que incumple una obligación legal sufre, en consecuencia, el efecto dañoso pero lícito por su inactividad. El caso de autos es sencillamente manifestación de una *actuación administrativa iniciada de oficio*, pero de ninguna manera se puede admitir que la sociedad actora fuera un particular, es decir, "un tercero" ya que su conducta negativa era la causa de la decisión.

Peca de ingenuidad la actora, por otra parte, se pretende justificar que la administración debía apremiarla a que cumpliera su obligación y la amenazara terminantemente con la imposición de la multa. Precisamente, una de las manifestaciones sustanciales de la vigencia de la ley es la de tener *efecto general inmediato* (se subraya), institución por la cual se sabe (o debe saberse) que una norma es de inmediato cumplimiento, a condición de que haya sido *promulgada*. No terminaría la administración pública de advertir a cada administrado acerca de las obligaciones que le corresponden dentro del orden jurídico. En síntesis, ni debía mediar apremio ni la actora es un particular cuya situación jurídica se veía revocada, modificada o afectada por la decisión, dentro de una actuación administrativa en que tenía la calidad de tercero.

No prospera el cargo

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

*Resuelve:*

1. Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

2. Deniéganse las súplicas de la demanda, instaurada por la Sociedad Petróleos Colombianos Limited, contra la Resolución 525, expedida el día 4 de agosto de 1986, por el Ministerio de Minas y Energía, Dirección General de Asuntos Legales, División de Hidrocarburos y por medio de la cual se impuso a la actora una multa de un mil dólares (US\$ 1.000) en favor del Fondo Rotatorio del mismo Ministerio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

*ACTO SEPARABLE-Inexistencia/DERECHO INTERNACIONAL-Invitaciones*

*La Sala no encuentra en las "invitaciones" la connotación de acto administrativo separable que den lugar a la acción instaurada, en tanto no son decisión o actuaciones que puedan considerarse integrantes del proceso contractual. Tales "invitaciones" usuales en la práctica del comercio internacional y diplomático no tienen otro objetivo que el despertar el interés de los gobiernos o naciones a los cuales se dirige, pero sin ninguna consecuencia vinculante respecto a la futura contratación dado el carácter unilateral amistoso empleado en las notas respectivas.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Expediente número 1020. Actor: Alvaro Escobar Henríquez.*

Se decide el recurso de súplica interpuesto contra el auto dictado por el consejero ponente, mediante el cual se inadmitió la demanda formulada por el doctor Alvaro Escobar Henríquez para que se declarara la nulidad de los que considera actos separables previos a la celebración de un contrato tendiente a la recuperación del Galeón San José.

*I. El auto suplicado:*

En la parte sustancial la providencia atacada dice:

"Es cierto que el actual Código Contencioso Administrativo en el inciso final de su artículo 87 prescribió que 'los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código', esto es, las distintas a las acciones contractuales propiamente dichas. Y cuáles son los actos separables? Son aquellos que conforme la doctrina y la jurisprudencia contribuyen a la formación del contrato mismo. Son los actos unilaterales que concurren a la formación de un contrato, pues en el proceso contractual y más concretamente en las etapas previas, es corriente que se pro-

duzcan actos administrativos tendientes a la formación del contrato, actos susceptibles de control jurisdiccional contencioso administrativo diferente del control jurisdiccional relativo a contratos previstos en el mismo artículo 87 del C. C. A.

“Pero los actos que se reputan como separables previos a la celebración de un contrato en el presente caso, ciertamente que no revisten el carácter de tales. No pueden tener ese carácter unas simples invitaciones que formula el Ministerio de Relaciones Exteriores a las representaciones diplomáticas de algunos países para que formulen propuestas en torno al interés del gobierno colombiano en contratar la búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón ‘San José’, que de acuerdo con la documentación histórica realizada, naufragó el 8 de junio de 1708 cuando transportaba un tesoro de excepcional valor e importancia. Tampoco puede tenerlo el acta de 4 de julio de 1988 que narra lo sucedido en la reunión del Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos, como tampoco puede tenerlo la adhesión de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional y de Educación Nacional, lo mismo que la del Gerente General del Banco de la República al acta en mención.

“Y es que entre otras cosas, las actas no son actos administrativos sino una relación que se hace de lo acontecido en una reunión; un relato del desarrollo de la misma. Por eso mal puede pedirse se declare la nulidad del contenido de un acta porque los actos de una corporación o entidad tienen todos y cada uno de ellos vida independiente y nacen uno por uno a la vida jurídica con las características que le son propias. Pedir la nulidad del contenido del acta significa pedir la nulidad de la historia de los actos, lo que no es técnico ni jurídico.

“Ahora bien, si en gracia de discusión aceptamos que los actos cuestionados son separables de un contrato, pues a términos del inciso octavo del artículo 136 del C. C. A., ‘los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación *sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato*’ (Se subraya).

“Por consiguiente, como no se han impugnado actos que tengan el carácter de administrativos susceptibles de control jurisdiccional, la demanda será inadmitida”.

## II. El recurso:

El demandante en su escrito sustentatorio del recurso fundamenta su censura considerando que las “invitaciones hechas por el Ministerio de Relaciones a las representaciones diplomáticas de algunos países para que formularan propuestas en orden a la recuperación del Galeón San José tienen el carácter de actos separables previos a la celebra-

ción de un contrato” y contribuyen a su formación pues “concurrieron y ayudaron a adelantar los trámites previos a la firma del proyectado contrato”, mediante el establecimiento del límite de responsabilidad del gobierno; el señalamiento de labores sobre las cuales se desea recibir propuestas, la solicitud de cotizaciones por precios unitarios; la indicación de la contratación entre gobiernos y la fecha límite para participar en el proceso.

Afirma que con tales invitaciones a ocho gobiernos se inicia el proceso de selección del contratista con lo cual se desconoce el artículo 28 del Decreto 222 de 1983.

Luego se extiende el recurrente en el concepto de acto administrativo para concluir que “no hay duda de que las invitaciones son desarrollo de una típica conducta administrativa del Estado capaces de producir efectos jurídicos”. Y alrededor de una cita jurisprudencial, insiste en su punto de vista reseñado que le dan a las invitaciones el alcance de actos administrativos y actos separables, susceptibles de la acción de nulidad.

En la otra parte del escrito contentivo del recurso en estudio se detiene a criticar el aparte del auto controvertido en cuanto sostuvo que las actas no son actos administrativos propiamente dichos por lo cual pedir la nulidad del contenido del acta equivale a pedir la nulidad de la historia de los actos. Trae al efecto la referencia de varios expedientes del Consejo de Estado en los cuales se anularon total o parcialmente actas y cita los artículos 223 y 226 del C. C. A. sobre actos electorales para deducir que los actos sí son demandables. Se detiene más adelante el libelista en la adhesión de tres ministros y el Gerente del Banco de la República como típico acto administrativo.

Por último el escrito en comento se extiende a la interpretación que el auto recurrido le da al artículo 136 del C. C. A. Apoyándose en algunas providencias de esta Corporación considera incomprensible el que la demanda de nulidad “contra el acta o acto de adjudicación irregular del contrato sólo pueda presentarse después de liquidado el contrato. Dice que esa tesis “es contraria a la reiterada doctrina del Consejo de Estado” “y afectaría de ser válida, únicamente la pretensión relativa a la anulación de las invitaciones mas no a las otras pretensiones que buscan anular el acta donde se efectuó una adjudicación irregular de un contrato que debió someterse a licitación pero no se licitó”.

Para resolver se considera:

Los actos cuya nulidad se demanda, son los siguientes:

1. Las invitaciones a los Gobiernos de Gran Bretaña, Japón, Canadá, Noruega, Italia, República Federal Alemana, Francia, Estados Unidos y Suecia por conducto de las respectivas embajadas para

“contratar la búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón San José”.

2. El acta de la sesión 04 del Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos de 18 de julio de 1988.

3. La adhesión de los Ministros de Hacienda, Defensa y Educación Nacional y el Gerente del Banco de la República, a lo decidido en dicha sesión.

En cuanto al primero de los actos demandados, o sea, las invitaciones, esta Sala no le encuentra las connotaciones de actos administrativos separables que den lugar a la acción instaurada, en tanto no son decisión o actuaciones que puedan considerarse integrantes del proceso contractual. Se trata de simples “invitaciones” como su nombre lo indica muy usuales en la práctica del comercio internacional y diplomático sin otro objeto distinto que el despertar el interés de los gobiernos o naciones a los cuales se dirige pero sin ninguna consecuencia vinculante respecto a la futura contratación dado el carácter unilateral amistoso empleado en las notas respectivas. De convertir estas invitaciones en actos administrativos demandables ante esta jurisdicción se harían imposibles las prácticas empleadas en todas las relaciones comerciales que se susciten entre los gobiernos por los canales diplomáticos, lo cual constituye cuando menos un contrasentido so pretexto de extender a esas manifestaciones el control de legalidad.

Por lo que hace al segundo acto demandado, la nulidad de “la sesión del 04 Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos celebrada el 18 de julio de 1988 lo mismo que el acta respectiva”, como lo expresa el auto recurrido, la formulación de esta pretensión envuelve antitécnicamente todo el contenido de dicha acta, pues como bien lo dijo “no son actos administrativos sino una relación que se hace de lo acontecido en una reunión; un relato del desarrollo de la misma. Por eso mal puede pedirse se declare la nulidad del contenido de un acta porque los actos de una corporación o entidad tienen todos y cada uno de ellos vida independiente y nacen uno por uno a la vida jurídica con las características que le son propias. Pedir la nulidad del contenido del acta significa pedir la nulidad de la historia de los actos, lo que no es técnico ni jurídico”.

Sin embargo la Sala encuentra otra razón más para inadmitir la demanda: De aceptarse que las actuaciones impugnables son actos de la administración, los mismos no podían conformar más que algunos de los conocidos como actos de mero trámite. Para el caso que ocupa la atención de la Sala serían actuaciones preliminares en orden a llegar a un posible acuerdo contractual.

Igual cosa puede decirse de la adhesión de los ministros y el Gerente del Banco de la República a lo expresado en el acta, lo cual como es obvio tiene el valor que se le dé al acto al cual se adhieren.

De otro lado, y aún admitiendo, en gracia de discusión, la existencia de algún acto administrativo separable entre los demandados, se trataría en todo caso de un asunto contractual que requeriría de parte interesada, lo cual no aparece en la acción popular instaurada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión,

*Resuelve:*

*Confirma el auto suplicado.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, aclaró el voto; Simón Rodríguez Rodríguez, con salvamento de voto.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**ACTO ADMINISTRATIVO - Determinación / ACTO SEPARABLE (Salvamento de voto)**

*Los actos acusados son actos administrativos, expresión de voluntad administrativa, por contener afirmaciones sencillas y absolutas encaminadas a producir determinados efectos jurídicos. En efecto, las invitaciones a distintos países contienen actos administrativos pues la decisión correspondió al Gobierno nacional; en ella se expresa el interés del Gobierno en el rescate y se señalan condiciones para proponer, lo mismo que se precisan los términos dentro de los cuales deberán entregarse las propuestas, fuera de los cuales serían inadmisibles contra el acto de adjudicación de un contrato —acto separable— no celebrado aún procede la acción de nulidad, en su carácter de acción pública, por cualquier persona y sin restricciones en el tiempo. El acto de adjudicación está exento de ser controlado en la terminación o liquidación del contrato.*

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Referencia: Proceso número 1020. Actor: Alvaro Escobar Henríquez.  
Auto.

Considera el suscrito consejero que el auto suplicado debió revocarse y, en su lugar, admitirse la demanda. Por ello disiente de la confirmación del auto inadmisorio de 31 de agosto de 1989, respecto de la demanda de nulidad contra algunas actuaciones del Gobierno nacional, calificadas de actos separables, previos a un contrato de gobierno a gobierno, para la recuperación y conservación de las antigüedades y valores náufragos del Galeón "San José", proferido por la Sala de Decisión, de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera.

Las razones jurídicas que a continuación presento fueron las expresadas en el proyecto que puse a consideración de los restantes miembros de la Sala de Decisión y que no fueron acogidas.

*I. Antecedentes:*

1º Entre el señor Presidente de la República y el señor Robert Panero, se iniciaron conversaciones encaminadas a contratar el rescate del Galeón "San José", en las cuales hubo intercambio de opiniones y señalamiento de condiciones para la celebración de un convenio con tales fines. Las incidencias de la negociación tuvieron, en síntesis, el siguiente desarrollo:

a) El señor Panero viajó a Suecia "para activar y orientar el difuso y descordinado (sic) interés que en dicho país existía sobre el asunto, provocando por este medio una activación de negociaciones directas con Suecia y el Banco Sueco de Inversiones" (fl. 196);

b) El 5 de febrero de 1987 el señor Panero comunica por escrito al señor Presidente de la República que en Suecia existe muy poco interés en la negociación pero que sería "posible asegurar el acuerdo que Colombia desea, negociando directamente con el Banco Sueco de Inversiones, que pertenece totalmente al gobierno sueco". En la misma comunicación sugiere la necesidad de que sea invitado al país el Presidente del Banco Sueco de Inversiones (fl. 96);

c) De acuerdo con tal sugerencia, el señor Presidente de la República se reúne en la ciudad de Cartagena, los días 27 y 28 de marzo de 1988, con el Presidente del Banco Sueco;

d) Como se deduce de los documentos aportados, en tales reuniones se acordó contratar el rescate del Galeón "San José", mediante la modalidad de un contrato de gobierno a gobierno entre Colombia y Suecia, "ligado a otro entre el gobierno sueco con el Banco Sueco de Exportaciones y finalmente a otro con los verdaderos contratistas que harían las labores de recuperación de las antigüedades y valores náufragos" (fl. 97);

e) Posteriormente, y por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Gobierno nacional cursó invitaciones a algunos países a fin de que hicieran conocer sus propuestas de la forma y condiciones en que estarían dispuestos a llevar a cabo la recuperación. En respuesta a las invitaciones, se recibieron algunas propuestas que fueron analizadas y seleccionadas en un procedimiento subsiguiente;

f) A un comité de funcionarios de la Empresa Colombiana de Petróleos —ECOPETROL— se le asignó la responsabilidad del estudio de las propuestas y para ello presentó el informe: "Evaluación técnica y económica de las propuestas" (fl. 1 del cuaderno de demanda);

g) Con los resultados del informe a que alude el literal anterior, deliberó, en la Secretaría General de la Presidencia de la República, un consejo presidido por el Secretario General "como si realmente constituyera el Comité de Adjudicación a que se refiere el artículo

6º de la Ley 26 de 1986...”, según lo afirmado en los hechos de la demanda;

h) Después, los Ministros de Hacienda, Defensa y Educación, lo mismo que el Gerente General del Banco de la República adhieren expresamente a lo decidido por el consejo del literal anterior, por haber estado ausentes de sus deliberaciones.

El 13 de septiembre de 1988, el actor demandó la nulidad y consiguiente suspensión provisional de (1) las invitaciones a varios gobiernos extranjeros para presentar propuestas, (2) de la sesión 04 del Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos, y del acta que la contiene y (3) de la adhesión de los Ministros de Hacienda, Defensa Nacional y Educación y del Gerente del Banco de la República a lo decidido en la sesión 04.

Para el actor, los motivos de inconformidad con la actuación del Gobierno nacional se sintetizan así:

a) Por regla general, los contratos de la administración pública se rigen por el Decreto-ley 222 de 1983. En el caso particular de autos, existe una disposición de especial aplicación, la Ley 26 de 1986 que faculta al Gobierno nacional para celebrar contratos administrativos de investigación histórica y para la conservación de antigüedades y valores náufragos;

b) El Gobierno nacional, desconociendo precisas disposiciones legales sobre licitación y adjudicación de contratos, tomó la iniciativa para convenir la recuperación del Galeón “San José” y para ello adelantó numerosas conversaciones y cruce de correspondencia para lograr un acuerdo;

c) En tales comunicaciones y conversaciones, y en el acuerdo final logrado, el Gobierno nacional renunció a su derecho, comprometió al país y quebrantó los preceptos legales que rigen los procedimientos de selección de los contratistas;

d) Posteriormente, el Gobierno nacional decide invitar a otros países y para ello dirige, a través de las embajadas acreditadas en la ciudad de Bogotá, comunicaciones oficiales a fin de que hagan llegar sus propuestas sobre las condiciones en que efectuarían las labores de recuperación;

e) Viene a continuación el procedimiento de evaluación de las propuestas las cuales, en concepto del actor, tienen el carácter de “extrañas”.

1. Se admitieron reformas a las propuestas que ya habían sido presentadas.

2. Fue designado ECOPETROL como entidad operadora del proyecto.

3. Se designó un comité de funcionarios de la misma empresa para evaluar y negociar con los proponentes.

4. Se prorrogó nuevamente el término para presentar propuestas;

f) El 21 de julio de 1988, el Ministerio de Relaciones Exteriores comunica oficialmente a la Embajada de Suecia, que la propuesta presentada por ese país ha sido escogida y que, en consecuencia, se firmará el contrato principal y todos los demás contratos con los ejecutores del proyecto;

g) La pretermisión del procedimiento de licitación pública constituye infracción directa del Decreto-ley 222 de 1983 y un quebranto manifiesto de las disposiciones de la Ley 26 de 1986;

h) Los actos demandados constituyen verdaderos actos administrativos con el carácter de *separables*, razón por la cual su legalidad puede ser enjuiciada ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

2º En su momento, el consejero sustanciador estima que por el contenido de la demanda y los hechos alegados, no procede admitirla, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

a) La demanda ofrece desaciertos que hacen imposible su admisión;

b) El contrato administrativo es un acuerdo libre de las voluntades de las partes que crea obligaciones. El contrato no puede ser entendido como un acto unilateral;

c) El caso de autos no constituye un contrato porque no fue adjudicado, ni licitado sino "negociado" con el gobierno de Suecia;

d) En ninguna parte de la demanda se adivina siquiera la existencia de un contrato para la búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón San José. Lo que sí aparece claro es que el Gobierno nacional adelanta gestiones para recibir propuestas con esos fines y ha realizado concretamente conversaciones con representantes del Gobierno de Suecia con el que ha tenido más puntos de convergencia para un posible acuerdo de voluntades, "pero sin que hasta la fecha exista algo en concreto" (fls. 127 y 128 del cuaderno de demanda);

e) Se trata de solicitar la nulidad de unos actos con el carácter de separables y por lo mismo previos a un contrato, respecto de los cuales la ley establece el control de legalidad, diferente del que reconoce sobre los contratos mismos. Pero, unas simples invitaciones no son actos administrativos, como tampoco el acta que contiene lo decidido en una reunión. "Pedir la nulidad del contenido del acta significa pedir la nulidad de la historia de los actos, lo que no es técnico ni jurídico" (fl. 129 del cuaderno de demanda);

f) Si, en gracia de discusión, se acepta que los escritos demandados son actos administrativos separables, tampoco procede la admisión de la demanda, a términos del artículo 136 del C. C. A., pues ello sólo podría impugnarse una vez terminado o liquidado el contrato.

3º En el escrito de súplica a la decisión del consejero sustanciador, el actor insiste en que su demanda sea admitida en los siguientes términos:

a) Es irrelevante, para los fines de la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, que exista o no contrato escrito, pues su formalización no es lo que les atribuye categoría de actos separables; el Consejo de Estado ha admitido numerosas demandas contra actos separables de contratos no celebrados aún, y decretado la correspondiente suspensión provisional;

b) Las invitaciones son actos administrativos pues en ellas se establecen límites a la responsabilidad del país, se señalan condiciones para la presentación de propuestas, se adopta la modalidad de precios unitarios y, en fin, se determinan otras condiciones para la celebración del contrato futuro;

c) En lo relativo a la sesión 04, un consejo *ad hoc* deliberó el día 18 de julio de 1988, como si efectivamente se tratara del Comité de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos, cuya decisión central se redactó en los siguientes términos:

“Con fundamento en las anteriores consideraciones, las cuales fueron analizadas cuidadosamente por los miembros del Consejo, éste escogió al Gobierno de Suecia para continuar una nueva etapa de conversaciones, con el fin de entrar a definir las cláusulas de los convenios que deberán suscribirse entre las partes, si hay un acuerdo final para el desarrollo del proyecto de búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón San José” (fl. 29 del cuaderno de demanda);

d) En fecha posterior los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Defensa Nacional, Educación Nacional y el Gerente del Banco de la República adhirieron a lo acordado en el acta de la sesión 04 en los siguientes términos:

“Ausentes en (sic) la sesión, adhieren a lo decidido los siguientes miembros del Consejo...” (fl. 31);

e) De acuerdo con el artículo 6º de la Ley 26 de 1986 fue ilegal la sesión 04 pues la disposición señala cuidadosamente cómo debe integrarse el Consejo de Adjudicación; de paso se quebrantaron los preceptos sobre delegación de funciones. La consecuencia de todo lo anterior es que la adjudicación del contrato hecha en favor del Banco

Sueco de Inversiones debe ser declarada nula pues el Gobierno nacional aplicó indebidamente la disposición del Decreto-ley 222 de 1983 (art. 247) sobre contratos especiales, supuesto que difiere del caso de autos;

f) Los efectos jurídicos (condición necesaria del acto administrativo) de las invitaciones se resumen así:

1. Otorgan a los países invitados el derecho de presentar propuestas.
2. Ese derecho fue únicamente para los países invitados.
3. Señalan condiciones de presentación de las propuestas.
4. Expresan, en forma enfática, que el contrato se celebrará sin licitación previa.
5. Constituyen apertura de un procedimiento *ad hoc* de contratación directa.
6. A causa de ellas, hubo varias propuestas, que fueron evaluadas y de las cuales se escogió la de Suecia.

“...Acatando la definición legal de acto administrativo establecida en el artículo 83 del C. C. A., hemos también concluido que las controvertidas invitaciones son actos administrativos preparatorios de un contrato y por ende actos separables” (fl. 140);

g) “(Respecto del acta 04) me parece casi innecesario recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera consideran en la actualidad que los actos administrativos son tales por su contenido y no por su forma. Tanta fuerza tiene este principio que común y reiteradamente se acepta la existencia de actos administrativos verbales” (fl. 144);

h) “El acto de adhesión es un típico acto administrativo pues equivale a un acto voluntario de los cuatro funcionarios y produce efectos jurídicos: El efecto jurídico de este acto es ostensible y evidente pues se decidió continuar negociaciones únicamente con los proponentes suecos. La decisión fue, además, comunicada lo cual supone que produjo efectos reales, tangibles y prácticos” (fls. 147 y 148);

i) Respecto de la oportunidad de la demanda no es aceptable la tesis del consejero ponente pues la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha manifestado que el control de los actos separables puede llevarse a cabo antes del plazo alegado por el ponente, para lo cual vale recordar el caso del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, entidad pública que resolvió no suscribir el contrato jamás.

## II. Los actos acusados:

Fueron los siguientes:

1. Las invitaciones a los Gobiernos de Gran Bretaña, Japón, Canadá, Noruega, Italia, República Federal Alemana, Francia, Estados Unidos de América y Suecia, cursadas a sus respectivas embajadas en Colombia por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, con fecha 15 de junio de 1987 para "contratar la búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón San José".

2. La sesión 04 del "Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos celebrada el 18 de julio de 1988, lo mismo que el acta respectiva".

3. La adhesión de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional y de Educación Nacional, lo mismo que la del Gerente del Banco de la República, a lo decidido en la sesión 04 de 18 de julio de 1988.

## III. Teoría del acto administrativo:

Para mí es evidente que la controversia se hallaba circunscrita a la teoría del acto administrativo. Como en forma reiterada lo ha enseñado esta Corporación, en el acto administrativo se aprecian ciertos elementos esenciales para su validez y eficacia: Organó competente, voluntad administrativa, contenido legal, motivos, finalidad y forma.

La demanda alegaba que las conductas acusadas tenían el carácter de actos administrativos (en los cuales observaba algunos visos de irregularidad), que tenían estrecha relación entre sí y que constituían entre todos la expresión deliberada de la administración para la obtención de un resultado preciso y efectivo. De esta forma, el actor se apoyaba en la *presunción de la legalidad*, acometía un examen muy puntual de las irregularidades advertidas como presupuesto para que la jurisdicción declarara que, ciertamente, los vicios que pesaban sobre ellos constituían motivos de ilegalidad, que los sustraía del *orden jurídico* por ser extraños a éste.

La técnica discursiva de la anulación es análoga a la *reductio ad absurdum* filosófica. Corresponde ésta a un modo de razonamiento en el cual se prueba una proposición P, presumiendo la falsedad de P y demostrando que, de la falsedad de P, surge una proposición contradictoria con P. De esta forma, en el proceso de anulación se acusa una apariencia de acto (pues se halla amparado por la *presunción de legalidad*) y se llega al término procesal demostrando que tal acto es nulo. Expresado de otra forma, se da por supuesto un acto administrativo (aun cuando carezca de un elemento esencial para serlo) para que el juez administrativo lo elimine efectivamente del *orden*

*jurídico*. Cuando el actor no procede con tal rigor, el juez contencioso administrativo no le da curso a la demanda con el motivo legal de carecer de *objeto y pretensión*. En forma que coincide con lo anterior, el artículo 83 del C. C. A. define *acto administrativo como conducta o abstención capaz de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen, de modo directo e inmediato, la voluntad o la inteligencia*.

#### IV. *Las conductas acusadas son actos administrativos:*

De acuerdo con la definición anterior, hay acto administrativo si (1) existe una conducta o abstención; (2) si se produce un efecto jurídico; y (3) si se manifiesta la voluntad o la inteligencia de una autoridad. Por mi parte, estimo que las conductas, de cuya ilegalidad se trataba, coinciden con los anteriores elementos (de donde proviene mi convicción de que se estaba en presencia de actos administrativos innegables). Como se sabe, el acto administrativo es ante todo una *decisión*; y toda *decisión* es el resultado de dos operaciones intelectuales previas: *Reflexión y elección*. De las tres conductas demandadas (invitaciones para proponer, acta de la sesión 04 y acta de adhesión de los funcionarios inasistentes), ofrezco, a manera de ejemplo, la estructura del acta de la sesión 04:

Parte motiva: Folios 8 a 29.

Parte resolutive: Acápites VII (conclusiones).

Ciertamente, el acta registra la historia de lo acontecido en la sesión 04 del Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos pero no es menos cierto que llega mucho más lejos. Para el *Diccionario del Uso del Español* (teniendo en cuenta que la decisión jurisdiccional de la que me aparto reiteró la idea de que “no son actos administrativos —el acta de la sesión 04— *sino una relación que se hace de lo acontecido en una reunión; un relato de desarrollo de la misma...*”), relato es “narración de algo que ha ocurrido” (vocablo *relación*, 4ª aceptación). En mi concepto, el acta en mención no se limita a narrar lo acontecido pues en ella se registra que el Consejo de Adjudicación “escogió al Gobierno de Suecia para continuar una nueva etapa de conversaciones, con el fin de entrar a definir las cláusulas de los convenios que deberían suscribirse entre las partes, si hay acuerdo final para el desarrollo del proyecto de búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón ‘San José’”.

Se trata del Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos, creado por la Ley 26 de 1986 e integrado por los miembros que ésta señala, a través de delegados suyos (salvo el caso del señor Secretario General de la Presidencia de la República).

Los miembros titulares del consejo adhieren a la decisión posteriormente.

Conviene en seguida entrar en el examen cuidadoso de lo que ha de entenderse por *efecto jurídico*, noción que si bien no posee una definición legal hace parte del bagaje intelectual de la ciencia del derecho.

El Diccionario de la Real Academia Española define *efecto* así:

(1ª acepción): "Lo que se sigue por virtud de una causa".

(3ª acepción): "Fin para que se hace una cosa".

El mismo diccionario, en cuanto *jurídico*, conceptúa así:

"Lo que atañe al derecho".

"Jurídicamente (3ª acepción): Con arreglo a lo dispuesto por la ley".

El acto administrativo, en fin, tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica general, o particular y concreta. Si la conducta administrativa no causa el efecto de crear, modificar o extinguir una situación jurídica, no es acto administrativo.

Para mí tengo que las actuaciones acusadas son actos administrativos que preceden, en el asunto de autos, a uno o varios contratos futuros. Por ello, me aparto rotundamente de esta constancia incorporada en la inadmisión:

"En el presente caso se habla en la demanda de un contrato que no fue adjudicado, ni licitado dentro de los términos de la ley, sino 'negociado' con el Gobierno de Suecia. Pero es evidente que en ninguna parte de la documentación aportada con la demanda se vislumbra siquiera la existencia de contrato alguno que tenga por objeto la búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón 'San José' (fl. 127).

Con todo, de este texto cabe inferir que para el consejero ponente, del auto suplicado, fue claro que había circunstancias según las cuales:

1º Hubo negociaciones alrededor de un contrato.

2º Hubo un procedimiento que el propio consejero ponente considera que no se hizo "...dentro de los términos de la ley".

3º En la actualidad no existe contrato (pero hubo, negociación).

Pienso, además, que, desde el punto de vista gramatical, los actos demandados constituyen decisiones eficaces, carácter típico de todo acto administrativo.

El verbo gramatical se define como "*palabra que expresa la acción realizada o sufrida por el sujeto; o estado en que se halla el sujeto y que recibe la fuerza del predicado*".

Los verbos, a su vez, se modifican por el *modo gramatical*, que el Diccionario de la Real Academia define: "Cada una de las distintas maneras generales de manifestarse la significación del verbo". Para los fines propuestos, examino sólo dos: El modo indicativo y el modo potencial.

El mismo diccionario define el modo indicativo:

"El del verbo, con que se indica o denota afirmación sencilla y absoluta". A su vez, modo potencial es:

"El que expresa la acción del verbo como posible".

Las "decisiones" que contienen en los escritos demandados se expresan en modo indicativo. Véanse algunos ejemplos tomados al azar:

"El Ministerio de Relaciones Exteriores *tiene* el honor de poner en conocimiento..." (fl. 58).

"Es interés del gobierno recibir propuestas..." (fl. 59).

"Los proponentes *deberán* cotizar..." (fl. 59).

"Se *desea* escoger un sistema de contratación entre gobierno..." (fl. 60).

Por el contrario, el *modo potencial* no constituye o representa una decisión, sino sólo un deseo o una posibilidad futuros. Véanse otros ejemplos, tomados igualmente de los escritos demandados:

"El Galeón *podría* encontrarse en cercanías de las Islas del Rosario..." (fl. 58).

"Sin embargo, en caso de resultar infructuoso el proyecto, (el Gobierno nacional) *daría* prioridad al contratista..." (fl. 58).

Con el mismo criterio de examen, nótese algunas afirmaciones y supuestos contenidos en el acta de la sesión 04:

(*Modo indicativo*: Afirmación sencilla y absoluta).

"El Gobierno nacional *constituyó* la Comisión Asesora de antigüedades náufragas, con el fin..." (fl. 15).

"Dicha comisión analizó detenidamente la evaluación practicada concluyendo que sólo las propuestas presentadas por Suecia, Francia e Italia *cumplían* el requisito..." (fl. 18).

"Colombia *recibirá* el 50%..." (fl. 28).

"Colombia y Suecia *tendrán* conjuntamente..." (fl. 28).

(*Modo potencial*. Posibilidades sujetas a posterior acuerdo).

"El Gobierno colombiano *reconocería*..." (fl. 24).

"Suecia *donaría*..." (fl. 29).

En fin, los acusados son actos administrativos, expresión de voluntad administrativa por contener *afirmaciones sencillas y absolutas encaminadas a producir determinados efectos jurídicos*. En efecto, las invitaciones a distintos países, contienen actos administrativos pues la decisión correspondió al Gobierno nacional, a través del Ministro de Relaciones Exteriores, que las suscribió; en ella se expresa el interés del Gobierno en el rescate y se señalan condiciones para proponer, lo mismo que se precisan los términos dentro de los cuales deberán entregarse las propuestas, fuera de los cuales serían inadmisibles.

También es administrativo el acto de adhesión de los funcionarios ausentes a la sesión de adjudicación (Acta número 004). Su manifestación de voluntad estuvo encaminada a darle validez a la reunión llevada a cabo por subalternos suyos y a aprobar cuanto en la reunión se había decidido.

Pero sobre los anteriores descuella el acta de la sesión 04 como acto administrativo, instituto jurídico autónomo de adjudicación del contrato. Y en el procedimiento mismo de la adjudicación se aplicó (aunque en forma indebida), la Ley 26 de 1986 y se perfeccionó con la comunicación al proponente escogido que es, en lo pertinente, del siguiente tenor:

“A la honorable Embajada de Suecia...

“...se escogió a su gobierno para continuar una nueva etapas de negociaciones con el fin de entrar a definir las cláusulas de los contratos que deberían suscribirse entre las partes, y si hay un acuerdo final, para el desarrollo del proyecto” (fls. 133 y 134).

Lo anterior me lleva a disentir, plenamente, de lo expuesto por el señor consejero sustanciador del auto objeto de súplica, para quien la tantas veces nombrada acta de la sesión 04 no es “sino una relación que se hace de lo acontecido en una reunión; un relato del desarrollo de la misma”.

Por su tenor literal, el acta de la sesión 04 ofrece todas las características de un acto de adjudicación de contrato: Contiene la ponderación de las propuestas; desestima algunas; rechaza otras; prefiere al Banco Sueco de Inversiones, entidad que había escogido desde el comienzo el Gobierno nacional mucho antes que decidiera llamar a otros países.

La selección consiste en escoger al Gobierno de Suecia y descartar a todos los demás.

Por el tenor del texto que se analiza y sus antecedentes, se observa una distinción entre el acuerdo de voluntades que se perfecciona en el acta (en ella se llega, incluso, a determinar los porcentajes de

participación en el tesoro rescatado) y de otro lado, las cláusulas de los demás convenios que se suscribirán en desarrollo del "proyecto de búsqueda, identificación y eventual recuperación del Galeón 'San José'".

De argüirse que no hay adjudicación sino el ofrecimiento de acuerdo futuro, replico lo siguiente:

1º Es evidente que el Gobierno nacional tiene interés en el rescate.

2º Hay preferencia sólo respecto del Banco Sueco de Inversiones; de fracasar las negociaciones con éste, ningún otro país podría ser adjudicatario.

#### V. Teoría del acto separable:

Si bien la jurisprudencia y doctrina nacionales, a imitación de las francesas, habían usado de la expresión *acto separable*, existía un vacío legal que fue remediado por el Decreto-ley 01 de 1984, artículo 87, inciso 3.

En la actualidad, constituye una institución precisa y, en relación con ella, ha sentenciado esta Corporación en los siguientes términos:

"... Actos separables del contrato, una de cuyas notas características (...) es la de que el control de su legalidad se cumple, en casos como el *sub lite*, no a través de las denominadas acciones contractuales, sino mediante las otras acciones que el nuevo C. C. A. regula y que sólo puede ser, si bien se miran las cosas, la de simple nulidad (art. 84). o la de restablecimiento del derecho (art. 85) y ello de manera inmediata, esto es, sin necesidad de esperar hasta la terminación o liquidación del contrato.

"... el famoso fallo *Martín*, de 4 de agosto de 1905. (...) vino a abrir la puerta a la noción del acto separable del contrato; desde entonces, dicha noción comenzó a perfilarse como un valioso instrumento para robustecer el control de la legalidad del obrar administrativo mediante el recurso por exceso de poder, *al poner dicho mecanismo a disposición de terceros, ajenos obviamente a la relación contractual* y, particularmente, para evitar los inconvenientes que la teoría del todo 'indivisible' implicaba especialmente para los proponentes irregularmente descartados en un proceso licitatorio".

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Proceso 4925 —184—; Actor: Gustavo Castaño Loaiza. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Sentencia, julio 25 de 1988).

El acto separable es una institución legalmente regulada que ofrece estas características:

1º Su régimen legal son los preceptos correspondientes del Código Contencioso Administrativo.

2º La jurisprudencia anterior sólo es útil si coincide con los términos de la ley pero no si la contradice.

3º A las disposiciones del código no se les puede imponer sino las limitaciones que él mismo impone y la interpretación de las nuevas normas no tiene por qué acomodarse con la jurisprudencia del Consejo de Estado, anterior a la expedición del Código Contencioso Administrativo.

Si bien en ninguna parte de las normas en mención se define qué se debe entender por "acto separable", la forma como se ha reglado la institución permite deducir sus características más notables. A este respecto vale hacer una observación importante: Aunque la teoría del acto separable es indudablemente francesa, poco o nada aportan las decisiones de la jurisprudencia y doctrina francesas. El análisis que sigue se circunscribe a los artículos correspondientes del código y a la jurisprudencia posterior a la expedición del código.

*Primero.* Artículo 87 del C. C. A.

El artículo determina cuáles son las acciones relativas a contratos; el inciso segundo agrega que podrá pedirse la *nulidad absoluta del contrato*, por quien demuestre interés directo en el contrato o por el Ministerio Público.

El tercer inciso es del siguiente tenor:

"Los actos separables del contrato serán controlables *por medio de las otras acciones previstas en este código*" (subrayo).

Este precepto permite las siguientes inferencias:

a) El código establece las acciones siguientes, en tratándose de un contrato:

Acciones relativas a contratos: Incisos 1 y 2 del artículo 87 del C. C. A.

Acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho;

b) Para el ejercicio de las acciones relativas a contratos de los incisos 1 y 2 del artículo 87 del C. C. A., pueden actuar:

1. Las partes del contrato.
2. El Ministerio Público.
3. Cualquier persona que demuestre interés directo en el contrato;

c) Para el ejercicio de las demás acciones se siguen las reglas generales. De donde la acción de nulidad contra un acto separable podrá ser intentada por cualquiera en defensa del orden jurídico.

*Segundo.* Artículo 128, numeral 1.

De lo anterior se infiere que compete al Consejo de Estado en única instancia el conocimiento de los procesos de nulidad de los actos administrativos del orden nacional.

*Tercero.* Artículo 136, inciso 8.

La interpretación clara de esta disposición lleva a las siguientes consecuencias:

1. La adjudicación del contrato es un acto separable del mismo.
2. Puede demandarse en cualquier momento después de producirse, en acción de nulidad.

*Cuarto.* Artículo 217 del C. C. A.

Para la doctrina, si bien la ley contencioso administrativa prevé dos clases de acciones, todas son relativas a contratos; por esta razón, se debe aplicar el procedimiento especial que se reduce a lo siguiente:

Auto admisorio de la demanda.

Se debe notificar a:

- la parte demandada.
- al Agente del Ministerio Público.

Fijación en lista:

Para que la parte demandada o el Agente del Ministerio Público.

- contesten la demanda.
- denuncien el pleito.
- realicen el llamamiento en garantía.
- presenten demanda de reconvención.

Término probatorio:

Hasta de sesenta (60) días.

Pruebas de oficio:

Hasta por veinte (20) días.

Si no hubiere término adicional de pruebas.

Traslados a las partes.

En caso de que el ponente no estime necesaria la práctica de pruebas de oficio, se ordenará correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días, que se surtirá en la Secretaría.

Sentencia.

Vencido el término anterior el proceso entrará al despacho para sentencia.

Paso a presentar una selección de decisiones de esta Corporación relativas a la institución en estudio:

1º Auto admisorio de la demanda, septiembre 13 de 1985, Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, Sección Tercera.

Contenido:

Menciona la teoría del acto separable del contrato y afirma que "el acto que se limita a imponer una multa o hacer efectiva una cláusula penal, por fuera del acto que declara la caducidad, es una decisión ejecutoria *que podría calificarse como separable del contrato, susceptible de ser demandada como los demás actos administrativos, vale decir, mediante una acción de restablecimiento y dentro de los lineamientos trazados en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. De allí que pese a ser un acto administrativo contractual no esté sujeto al régimen general de las acciones contractuales propiamente tales (art. 87 del C. C. A.)*".

De lo anterior se deduce:

- a) Se admite la teoría del acto separable;
- b) Las acciones contra el acto separable son distintas de las contractuales propiamente dichas;
- c) No se descarta la posibilidad de que sea la acción de nulidad.

2º Auto en que no se da curso a la demanda, septiembre 17 de 1985, Consejero ponente Julio César Uribe Acosta.

Contenido:

El auto cita textualmente un concepto del profesor Carlos Betancur Jaramillo, no sin olvidar que corresponde a su obra de derecho procesal administrativo, de 1985 y que es del siguiente tenor:

“Aunque en la ley colombiana no existe definición del acto separable, entendemos por tal, en *sentido lato*, cualquier decisión unilateral tomada por la entidad contratante (subrayo) en las etapas precontractuales o de ejecución y cumplimiento del contrato y en ejercicio de un poder legal.

“Como se ve, la noción de acto separable excepciona el principio de la bilateralidad que es la nota característica del contrato y muestra a la administración en ejercicio de facultades autónomas no susceptibles de convenio alguno” (subrayo).

De lo anterior se infieren las siguientes consecuencias:

1. Existe el acto separable del contrato.
2. El acto separable es unilateral.
3. Compete a la administración la expedición del acto separable, y por ser unilateral no puede ser materia de convenio alguno.

3º Auto inadmisorio de la demanda, de agosto 21 de 1986, Consejo ponente Jorge Valencia Arango.

Contenido:

Textualmente en algunos apartes se lee:

“El contencioso de exceso de poder es entera y exclusivamente un contencioso de legalidad del acto jurídico (la subraya corresponde al consejero). Tal carácter se manifiesta en la situación contenciosa, en la impugnación que en él constituye la *causa petendi*. De otro lado, por el contenido del acto jurisdiccional en cuanto a la decisión, se presenta como un contencioso de anulación.

“En efecto, en un contencioso de legalidad, el debate no puede recaer sino sobre la legalidad de un acto administrativo, hecha abstracción de los derechos subjetivos que puedan dimanar de este acto. La causa petendi se limita estrictamente a la cuestión de la legalidad del acto. La demanda no puede contener una solicitud de reconocimiento de los derechos subjetivos originados del acto, y debe limitarse a una petición de comprobación en lo relativo a la legalidad del acto”.

Más adelante afirma lo que sigue:

“d) Lo cierto es, tanto por el origen francés de la institución de los ‘actos separables’, de donde se trajo, como por las escasas previsiones que sobre ellos hace el C. C. A. (arts. 87 y 136 del C. C. A.), que no cabe duda que por tales sólo pueden tenerse aquellos actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato aunque la existencia o validez de éste no pueda afirmarse sin la de aquellos” (subrayo).

Y continúa:

“Es decir, ‘actos separables’ no pueden ser sino los precontractuales, la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, *actos transcendentales en el proceso de contratación administrativa pero que, por su propia naturaleza, existen antes del contrato y aunque éste nunca llegue a existir* y que, por lo mismo, pueden ser ‘controlables por medio de las otras acciones previstas en este código’, como dice el artículo 87 *in fine* y que *no son otras que las de simple nulidad y restablecimiento del derecho*, o de plena jurisdicción, *sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica*.”

“Vale la pena recordar que en firme la resolución de adjudicación, hay convención pero aún no hay contrato, pero sí hay una situación jurídica concreta *que no puede afectar jurídicamente sino a los licitantes quienes, por lo mismo, son los únicos (?) con interés jurídico para impugnar tal decisión administrativa*”.

El anterior párrafo constituye una inconsecuencia que vale la pena aclarar en el siguiente examen de textos:

1º Anteriormente admitió que contra los actos administrativos procede el recurso por exceso de poder que corresponde a la acción de nulidad.

2º En la larga transcripción que hace el auto del salvamento de voto de primero de diciembre de 1959, del Consejero Carlos Gustavo Arrieta, se hace énfasis en la finalidad de la acción de nulidad que no es otro que el restablecimiento del orden jurídico y no la búsqueda de un interés particular que es el que tienen los licitantes no adjudicatarios del contrato.

3º El artículo 87 habla de las otras acciones, lo que equivale entender que la ley se refiere a la de nulidad y de restablecimiento del derecho. La acción de nulidad no tiene limitaciones en su ejercicio.

4º En la reglamentación de la acción de nulidad la ley por ninguna parte establece restricciones para su ejercicio por cualquier persona y en cualquier tiempo.

5º Claro que a la larga, debe interpretarse lo que dice el auto pues su autor tenía en mente sólo lo relativo al interés particular de los licitantes no adjudicatarios; pero habla de aquellos que tienen interés jurídico. Luego todo el que tenga interés jurídico está habilitado para intentar acción de nulidad. No se debe olvidar que en ésta debe existir interés jurídico público para proteger la legalidad.

6º Debe recordarse que la Ley 50 de 1936 establecía la posibilidad de intentar la nulidad absoluta del contrato bien por una de las partes, por quien tuviera interés directo en el contrato, por el Ministerio Público, o ser declarada oficiosamente por el juez del contrato.

Esta ley quedó subrogada por el Código Contencioso Administrativo, desapareció la posibilidad de ser declarada la nulidad por el juez de oficio y en lo relativo al acto separable de adjudicación se admitió la posibilidad de intentar la acción de nulidad por cualquiera en defensa del orden jurídico.

4º Auto de octubre 9 de 1986, del Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.

**Contenido:**

En las consideraciones del auto se lee, entre otras cosas, lo siguiente:

“a) La acción pública de simple nulidad (art. 84 del C. C. A.) procede no sólo contra los actos de contenido general o abstracto, sino también contra los de contenido particular pero, en algunos eventos, sin excepción, únicamente con fines del mantenimiento del orden jurídico” (subrayo).

5º Auto de junio 3 de 1987, del Consejero ponente Julio César Uribe Acosta.

**Contenido:**

La línea conceptual del auto es la de que el acto de adjudicación de una licitación no es unilateral sino bilateral y por lo mismo no es impugnabile mediante la acción de nulidad. Al respecto afirma el auto:

“Y el carácter bilateral que muestra el acto mencionado (el acto de adjudicación del contrato) impide que su régimen sea el mismo establecido para los estrictamente unilaterales, que son los únicos que pueden impugnarse mediante las acciones de nulidad o plena jurisdicción reguladas en el Código Administrativo” (la subraya es mía).

A lo anterior pregunto:

De acuerdo con lo anterior, ¿no proceden contra la adjudicación de contrato las acciones ordinarias del Código Contencioso?

Si se contesta que no, lo anterior contradice el inciso 3 del artículo 87 del C. C. A., que dice que contra los actos separables proceden *las otras acciones*.

Si se contesta que sí, se está reconociendo que el acto de adjudicación de contrato no es bilateral como entusiásticamente se afirma, sino estrictamente unilateral porque en contra suya proceden las acciones ordinarias.

En lo anterior se manifiesta una evidente contradicción.

6º Sentencia de noviembre 10 de 1987, Consejero ponente Jorge Valencia Arango.

*Contenido:*

En lo pertinente se dice:

1º Conforme al artículo 87 del C. C. A., *in fine*, los actos separables del contrato son impugnados mediante las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho (He subrayado).

“Los actos inseparables del contrato y toda otra controversia originada en el proceso contractual, se ventilan mediante el ejercicio de las acciones contractuales del primero y del segundo inciso del artículo 87, citado.

“2º Pero unas y otras, tanto las originadas en un acto separable como las nacidas en un acto inseparable del contrato o del contrato mismo, son controversias contractuales (comprendiendo en ellas todo el proceso contractual administrativo, precontrato, contrato y post-contrato) y, por lo mismo deben tramitarse y decidirse por el procedimiento del juicio especial del Capítulo II del Título XXVI, que trata ‘De los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento’”.

7º Sentencia de julio 25 de 1988, Consejero ponente Antonio José de Irisarri Restrepo.

*Contenido:*

En lo pertinente se afirma:

“... Es absolutamente claro, a juicio de la Sala, que el período que se deja destacado está significando que *el acto mediante el cual la administración pública adjudica una licitación es, por expresa definición legal, uno de los ‘actos separables’ del contrato, una de cuyas notas características, según se verá, es la de que el control de su legalidad se cumple, en casos como el sub lite, no a través de las denominadas ‘acciones contractuales’, sino mediante las otras acciones que el nuevo C. C. A. regula y que sólo puede ser, si bien se miran las cosas, la de simple nulidad (art. 84) o la de restablecimiento del derecho (art. 85) y ello de manera inmediata, esto es, sin necesidad de esperar hasta la terminación o liquidación del contrato*” (los subrayados son míos).

Se concluye entonces lo siguiente:

Contra el acto de adjudicación de un contrato no celebrado aún procede la acción de nulidad en los términos del artículo 84 del C. C. A.,

en su carácter de acción pública, por cualquier persona y sin restricciones en el tiempo. No sobra advertir, además, que según el artículo 136 del C. C. A., el acto de adjudicación está exento de ser controlado en la terminación o liquidación del contrato.

Es esta y visto el desenvolvimiento cronológico de las providencias que antes se han señalado sobre actos reparables, la tesis vigente del Consejo de Estado que a su vez rectifica las anteriores al respecto.

De toda la reflexión anteriormente presentada, ofrezco la siguiente síntesis:

a) El régimen de los contratos de la administración pública es bien claro como que se halla contenido en el Decreto-ley 222 de 1983 y, para el caso particular de autos, en la Ley 26 de 1986;

b) Directamente, entre el señor Presidente de la República y un intermediario del Banco Sueco de Inversiones se llevó a cabo una serie de conversaciones, a través de las cuales mostró interés por que la entidad bancaria de ese país llevara a buen término la recuperación de los tesoros del Galeón San José;

c) Con posterioridad a tales conversaciones, se cursaron invitaciones a varios países con el mismo propósito, en respuesta de las cuales algunos de ellos presentaron sus propuestas y consideradas en su debida oportunidad por el órgano administrativo determinado por la Ley 26 de 1986;

d) El día 18 de julio de 1988, se reunieron en el Despacho de la Secretaría de la Presidencia de la República unos funcionarios con el carácter de "Consejo de Adjudicación de contratos sobre antigüedades y valores náufragos".

Con tales antecedentes el actor solicitó la declaración de nulidad de las invitaciones a proponer, de la sesión 04 de 1988 en que se hizo la adjudicación del contrato y del acta de adhesión de funcionarios que no concurrieron a las deliberaciones y adjudicación de la anterior sesión.

En forma sintética la Sala ha fundado la inadmisión de la demanda en los siguientes términos:

1º Las invitaciones a diferentes países para que presentaran propuestas encaminadas a la contratación del rescate del tesoro, no son actos administrativos separables,

"...en tanto no son decisión (sic) o actuaciones (sic) que puedan considerarse integrantes del proceso contractual. Se trata de simple 'invitaciones' como su nombre lo indica muy usuales en la práctica del comercio internacional y diplomático sin otro objeto distinto (sic) que despertar el in-

terés de los gobiernos o naciones a los cuales se dirige pero sin ninguna consecuencia vinculante respecto a la futura contratación dado el carácter unilateral amistoso empleado en las notas respectivas...".

Lo anterior no es cierto si se tienen en cuenta dos consideraciones: La "connotación" del vocablo "invitación"; la vinculación efectiva de tales "invitaciones" a un procedimiento licitatorio más o menos irregular.

De acuerdo con la primera, vale la pena resaltar que bien distinta sería una invitación social promovida por el gobierno y la invitación a proponer condiciones para el rescate de los tesoros. Obsérvese si no el tenor literal del artículo 27 del Decreto-ley 222 de 1983:

*"Licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que proponga mejores condiciones para contratar".*

La mayoría de la Sala ha visto en las mentadas invitaciones únicamente el propósito de "despertar el interés de los gobiernos" (¿Qué tipo de interés?). Pero ignora el tenor literal de las invitaciones pues ella se encaminan a la celebración de un contrato de recuperación por cuanto "es interés del gobierno recibir propuestas para adelantar las siguientes labores: a) identificación; ...

*"los proponentes deberán cotizar sus servicios con base en los precios unitarios de cada una de las operaciones relativas al estudio histórico y arqueológico, el rescate del naufragio y la conservación de los valores recuperados. El contrato será a precios unitarios. Por consiguiente la remuneración del contratista provendrá..."*

La Sala quiere ver en estos términos una invitación inocua con lo cual pretende ir más allá del sentido que los propios funcionarios de la Presidencia de la República quisieron darle.

El segundo término, las invitaciones hacen parte de un procedimiento licitatorio ya que el acta 04 hace un estudio pormenorizado de las propuestas presentadas al gobierno.

2º El otro motivo de la Sala de Decisión ofrece tres aspectos distintos:

a) "...de aceptarse que las actuaciones impugnables (sic) son actos de la administración, los mismos no podían (sic) conformar más que algunos de los conocidos como actos de mero trámite. Para el caso que ocupa la atención de la Sala serían actuaciones preliminares en orden a llegar a un posible acuerdo contractual".

Antes de examinar esta afirmación, un comentario terminológico: No debe hablarse de "actuaciones impugnables" porque lo impugnabile

es lo susceptible de ser impugnado, y en el presente caso la Sala no lo ha considerado así pues ha inadmitido la demanda. Ha debido hablarse de actuaciones impugnadas, porque fueron efectivamente acusadas por el actor.

Por otra parte, y si se examina cuidadosa y desprevenidamente el contenido de la parte resolutive del acta correspondiente a la sesión 04, se tiene que allí hay una conducta inequívoca de adjudicar el contrato, esto es, que la decisión tomada corresponde al acto administrativo de la adjudicación, lo que significa que no se trata de un mero acto de trámite como lo califica la Sala. Dentro de la interpretación, autorizada por demás debido a la teoría de la especialización, llevada a cabo por la Sección Tercera de la Corporación, la adjudicación del contrato ha tenido una consideración respetable: Un sector ha considerado que *la adjudicación del contrato equivale al contrato mismo*. Otro estima que corresponde a la convención (formación del acuerdo de voluntades) pero distinta del contrato. Con todo, las dos tendencias, con fundamento en las precisas disposiciones legales le atribuyen un carácter muy distinto a la pobre consideración de que el acto de adjudicación es un mero acto de trámite;

b) El acto de adhesión de los ministros que no asistieron a las deliberaciones y decisión de la sesión 04 es calificada, también, como acto de trámite por la Sala de Decisión, con los mismos argumentos señalados antes.

Al respecto considero que se trata de un acto definitivo, con lo cual discrepo de la Sala, porque a través de tal adhesión, se contribuyó a consolidar la decisión tomada en la sesión 04 con la cual aquella conforma una unidad;

c) La Sala de Decisión fundamenta el tercer argumento en los siguientes términos:

“De otro lado, y aún admitiendo, en gracia de discusión, la existencia de algún acto administrativo separable entre los demandados, *se trataría en todo caso de un asunto contractual que requeriría de parte interesada, lo cual no aparece en la acción popular (sic) instaurada*”.

En mi concepto no existe duda alguna de que se trata efectivamente de “actos separables”, tal como lo expliqué anteriormente. Ellos son enjuiciables, no a través de las acciones contractuales propiamente dichas, sino de las ordinarias de “nulidad” y “restablecimiento del derecho”. Con base en lo anterior, estimo que el actor utilizó, en debida forma, la de *nulidad* en el caso *sub lite*. Cabe deducir además, que la interpretación de la Sala de Decisión no corresponde al espíritu del nuevo Código Contencioso Administrativo. Encuentro, en la transcripción antes hecha, dos contradicciones evidentes: Por una parte, se hace alusión al *acto administrativo separable*, pero ¿sabé exactamente

la Sala que significa la institución? Por otra, asevera, adicionalmente, que, por tratarse de un asunto contractual "requeriría de parte interesada", con lo cual pretende que la demanda hubiera sido admitida de haberse intentado sólo por alguno de los destinatarios de "unas invitaciones puramente amistosas". Pero en el auto confirmatorio reconoce que se trató del ejercicio de una "acción popular" que, por definición, exime de actor calificado (todas las subrayas son mías).

Atentamente,

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

**ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Término / ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecución**

*La ley determina específicamente los casos en los cuales la administración debe adoptar decisiones que atañen al cumplimiento de esas funciones, las que han de ejecutarse inmediatamente, de tal suerte que los administrados no pueden obstaculizar esa determinación so pretexto de una presunta defensa de derechos subjetivos.*

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

*Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 4481. Apelación interlocutorias. Actor: José Francisco Monroy Mesa.

Procédese a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de fecha cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió el libelo que presentara para impetrar la nulidad de las Resoluciones números 230 de 1988 —25 de enero— y 1242 de 1988 —8 de abril—, emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, amén del correspondiente restablecimiento del derecho, por estimar el *a quo* que la acción se halla caducada. Quepa anotar, además, que el demandante impetró también la suspensión provisional de los efectos de los mencionados actos, y que el recurso se endereza tanto a la revocatoria del proveído para que en su lugar se admita la demanda, como a la dictación de la medida precautelar solicitada.

El Tribunal, pues, fundamentó su determinación en la circunstancia de que el acto contenido en la Resolución número 230 de 1988, cuya fecha, como se ha visto, es de 25 de enero de 1988, es de *ejecución inmediata*, dado que el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo así lo establece en cuanto hace la declaratoria de ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo, y que, por ende, es esa calenda el punto de partida para que el interesado pueda ocurrir para ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal modo que transcurrido el lapso de cuatro meses de que habla el artículo 136 del C.

C. A. sin que se haya incoado la demanda del caso, la acción habrá caducado, como sucede en el caso *sub lite*, puesto que el escrito correspondiente fue presentado el 28 de mayo de 1988.

También argumenta el tribunal que el término de caducidad no puede calcularse a partir de 8 de abril de 1988, fecha del segundo acto acusado y mediante el cual se negó la *revocatoria directa* solicitada en lo que atañe a la resolución anterior, teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 72 del C. C. A., que señala cómo la petición de revocatoria directa de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga, revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación de la figura del silencio administrativo.

El recurrente estima, a su turno, que las tesis del tribunal son erradas, porque, por una parte, fue la comunicación el medio por el que tanto la empresa SIDEMUNA como el señor José Francisco Monroy Mesa (demandante) se enteraron de la declaratoria de ilegalidad de la huelga y de la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo "por haber participado e intervenido en el cese colectivo, y debido a eso, es desde el día 28 de enero de 1988 (fecha de la tal comunicación) cuando empieza a contarse el término para ocurrir para ante la jurisdicción, y que como la demanda fue presentada el 28 de mayo de 1988, es de concluir que fue incoada en tiempo. Por otra parte, recalca cómo la Resolución 1242 de 1988 —8 de abril— que decidió acerca de la solicitud de revocatoria directa, forma con la anterior resolución (con la 230 de 1988) un acto complejo interno, por la unidad de contenido y fin, porque entre ellas hay fusión de las voluntades de los órganos que concurren en su formación, porque son el producto de la intervención de dos o más funcionarios u órganos, los cuales pueden estar colocados en un plano de igualdad o competencia y que pueden pertenecer a una misma entidad o a varias distintas, y porque la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. De allí que solicite la revocación del auto inadmisorio para que se proceda en consecuencia y, seguidamente se analice lo que fuere pertinente en torno a la suspensión provisional que igualmente impetró.

*Para resolver, se considera:*

Uno de los requisitos precisados en el Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 1 de 1984) para que los particulares puedan ocurrir en demanda ante la jurisdicción del ramo consiste en la circunstancia de que se acuda a ésta en tiempo, o sea, sin que haya acontecido el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, si para ella la ley ha indicado un lapso para su presentación.

Tratándose de la acción de restablecimiento del derecho (art. 85, C. C. A.) que es la que se pretende ejercer por el demandante en el

caso en examen, la caducidad se produce "al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso" (art. 136, segundo inciso). En otras palabras, la norma distingue cuatro situaciones diferentes según la clase de actos cuya nulidad se impetire, dado que hay unos que requieren de la publicación; unos de comunicación; otros de notificación y algunos más, de *ejecución*.

Así, los actos administrativos de carácter general han de ser publicados cumpliendo un cierto ritual (art. 43, C. C. A.); los que pongan fin a una actuación administrativa de interés particular necesitan de notificación personal o por edicto, si aquella no pudiera hacerse al cabo de cinco días del envío de la citación (arts. 44 y 45 *ibidem*); los que finalicen una actuación administrativa petición de interés general, "se comunicarán por cualquier medio hábil" (art. 43, tercer inciso); los que excepcionalmente señala la ley como de ejecución inmediata, no precisan de ninguno de los requisitos anteriores para que comiencen a producir plenos efectos.

Y ciertamente por razones superiores de interés general, la ley ha determinado que ciertas decisiones suyas no deben ser obstaculizadas por la oposición en vía administrativa de los particulares o administrados, dado que por sus fines públicos no pueden ser diferidos; como afirma la doctrina, "la administración pública goza de atribuciones jurídicas *especiales* que le son otorgadas en mérito a que debe cumplir múltiples funciones que atienden intereses de carácter general". La ley entonces determina específicamente los casos en los cuales debe adoptar decisiones que atañen al cumplimiento de esas funciones, las que han de *ejecutarse inmediatamente*, de tal suerte que los administrados no pueden obstaculizar esa determinación so pretexto de una presunta defensa de derechos subjetivos.

Tal es el caso que aquí se contempla; el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo es muy claro al respecto. Dice: "1. La ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada administrativamente por el Ministerio de Trabajo. *La providencia respectiva deberá cumplirse inmediatamente y contra ella sólo procederán las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado*" (Subrayas fuera del texto). Para decirlo de un modo equivalente, la providencia que a tal materia se refiera, no necesita de coadyuvante alguno; no necesita de publicación, notificación o comunicación para que entre a hacerse efectiva "su operatividad ejecutoria". Es más: En la vía gubernativa no cabe recurso alguno contra dicha providencia por mandato expreso de la ley.

Es por ello entonces que el artículo 136 del C. C. A. distingue, según el caso, entre la publicación, comunicación, notificación o *ejecución* del acto como puntos de partida para contar el tiempo en que opera el fenómeno de la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho, y por ello hizo bien el auto recurrido en tener fecha

inicial del mismo el 25 de enero de 1988, por lo que es palmar que el fenómeno de la caducidad de la acción operose en este asunto.

No cabe sostener tampoco que el término de la caducidad ha de jugar teniendo de presente la fecha de la notificación de la Resolución número 1242 de 1988, que no accedió a la revocatoria directa. La revocatoria directa de los actos administrativos no es un recurso en vía gubernativa. "Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo", dice claramente el artículo 72 del código de la materia. Contrariamente a lo que supone el recurrente, esa resolución no forma con la 230 de 25 de enero un acto complejo pues lo característico del mismo "es que la declaración de voluntad administrativa se forma mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquélla. Esto permite distinguir el acto complejo de otros en los cuales puede confundirse. Zanolini, citado por Sayagués Laso, anota que los órganos pueden pertenecer a la misma persona pública, como ocurre con los actos del Poder Ejecutivo, o a distintas personas, tal como sucede con ciertos actos de las directivas de entes autónomos, que deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo; esa distinta situación es clasificada por algunos autores como complejidad interna y externa, respectivamente..." (Ver Gustavo Penagos, "El Acto Administrativo", tercera edición, Librería del Profesional, 1981, pág. 307). Y a la verdad esas características no se observan en lo que atañe a las dos resoluciones acusadas, por lo cual las razones que llevaron al tribunal a no admitir la demanda, se refuerzan, máxime que, como se vio, la que no accedió a revocar directamente la primera, no tuvo la virtualidad de revivir los términos.

Habrà pues, que confirmar el auto recurrido.

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

*Confirma la providencia de cinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— que inadmitió la demanda por caducidad de la acción.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de agosto de 1988.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*

*ACTO POLITICO-Relaciones internacionales/CONTROL JURIS-DICCIONAL-Acto político*

*Los actos jurídicos internacionales de la administración pública, no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno, que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo.*

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

Expediente número 1144. Actor: Germán Cavelier.

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores contra el auto de 27 de marzo de 1989, por medio del cual se admitió y ordenó dar trámite a la demanda de nulidad propuesta contra la nota número 747 de 29 de marzo de 1979 del mencionado ministerio.

Solicita el recurrente en su escrito la revocatoria del auto impugnado o en su defecto la negativa de curso a la demanda. Fundamenta el anterior pedido en el supuesto que el acto demandado no es propiamente uno de aquéllos que habilita a la jurisdicción contencioso administrativa para actuar. La nota 747 de 29 de marzo de 1979, proferida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, sostiene el apoderado, no es acto administrativo. Naturalísticamente la nota en comento, configura un acto político, específicamente, un acto jurídico internacional de la administración pública.

Los actos relativos a las relaciones exteriores, agrega, no pueden calificarse con los mismos criterios de los tradicionales actos administrativos. La naturaleza de los actos relativos a las relaciones internacionales, debe determinarse en razón "...de los elementos que la caracterizan como lo sería el órgano que lo expide, el ordenamiento jurídico que le sirve de marco y, sobre todo el ámbito dentro del cual tendrá eficacia...". Apoya igualmente su exposición, en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la materia, en los cuales expresamente se aceptaba la imposibilidad de que un acto calificado como político o de gobierno (los referentes a las relaciones internacionales son casos típicos de esta clasificación), fueren objeto de controversia por la jurisdicción contencioso administrativa.

Para resolver el Despacho considera indispensable hacer las siguientes observaciones de carácter jurídico:

a) Como respuesta histórica al ejercicio arbitrario e incontrolado del poder que negaba la paz y la seguridad jurídica de los asociados, se consolida modernamente el estado constitucional o de derecho. El poder institucionalizado. El ejercicio reglado de la actividad pública. El reconocimiento a una legalidad preestablecida. En líneas generales se estructuran principios encaminados a impedir la expansión del totalitarismo. El Estado jurídicamente organizado procura mediante la interrelación de sus elementos, la libertad individual y la restricción al abuso del poder. Dentro de este contexto y como fundamental garantía para el logro de estas finalidades, el mismo sistema propone la limitación del poder mediante el derecho. El Estado, sus organismos, al igual que sus funcionarios, se encuentran sometidos al derecho. Deben actuar conforme a la legalidad. En este orden de ideas, compete a la jurisdicción asumir el conocimiento de sus presuntas violaciones;

b) Colombia no es ajena al anterior contexto ideológico. Nuestro régimen constitucional sitúa al Estado precisamente en esta esfera prescriptiva. Instrumenta un amplio control jurisdiccional sobre los actos de la administración. Funda este control, en la naturaleza reglada de la totalidad de la administración pública. Precisamente, el artículo 20 constitucional, impide la posibilidad de que la voluntad individual de los servidores públicos se imponga sobre la general de la ley. Igualmente, la regla del artículo 216 constitucional, le otorga a la jurisdicción contenciosa control de constitucionalidad sobre la generalidad de los actos administrativos. Así mismo, el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, le atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de controversias originadas en actos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas, incluso reitera esta norma, podrá juzgar las que se originen en los denominados actos políticos o de gobierno. Esta aclaración legislativa rompe con las especulaciones doctrinarias y jurisprudenciales que negaban a los actos políticos o de gobierno su control jurisdiccional. Se reconoce por lo tanto, que la teoría del no control para estos actos administrativos, carecía de valor jurídico y de base constitucional;

c) La única nota característica de esta clasificación era la de excluir por razones diferentes a las jurídicas, a estos actos, del control jurisdiccional. Permitía por lo tanto sustraer importantes actos administrativos de las premisas básicas del estado constitucional moderno. Del control garante de la legalidad. La aceptación de esta teoría implicaba admitir en la práctica, que el régimen constitucional no obligaba a los funcionarios públicos que se ocupasen de aquellos asuntos calificados como políticos o de gobierno. Inadmisibles quiebres a la legalidad. Paso indubitable a la arbitrariedad;

d) La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984, con ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano, al

pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto 01 de 1984, acogió la anterior tesis. Expresó la Corporación en dicha oportunidad que: "...frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos de gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carecen de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitirá concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos. La Constitución pues, no establece diferencia alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional. Basta mencionar lo dispuesto por el artículo 193 de aquella, según el cual: 'La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley'...";

e) En este orden de ideas, los actos jurídicos internacionales de la administración pública, que invoca el recurrente, no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno, que como se expuso, la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo. Por otra parte, formal y materialmente la nota número 747 de 29 de marzo de 1979, constituye un acto administrativo, el cual por razones extrajurídicas se pretende sustraer del control jurisdiccional. El acto en cuestión fue proferido por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de la época y mediante el mismo se están creando situaciones jurídicas. No encuentra pues, razones valederas el Despacho para descartar su juzgamiento con el fin de determinar si se ha violado nuestro reglamento jurídico;

f) En lo que se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado que aceptaba el no control de los actos políticos, es digno destacar que la misma en razón a los fundamentos antes invocados ha variado. En su época ya contaban con serios detractores. En providencia de 28 de enero de 1976, de la que fue ponente el doctor Carlos Galindo Pinilla (Sección Primera), el entonces consejero de dicha sección doctor Humberto Mora Osejo, produjo importante salvamento de voto en el que demuestra cómo esta clasificación de actos políticos, "...ha sido paulatinamente desechada por la doctrina y la jurisprudencia con el fin de someter los mismos al control jurisdiccional...". Agregó el disidente en aquella oportunidad lo siguiente (Invocando al tratadista Sayaguez Lasso): "...de lo expuesto se deduce que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de

actos de gobierno. Pero esta circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos, con todas las consecuencias que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos o jurisdiccionales, o de reclamar la reparación patrimonial si fuesen legales y lesionen derechos subjetivos conforme a las normas generales...”;

g) En reciente providencia de magistrado de esta misma Sección, doctor Simón Rodríguez, al resolver sobre la demanda de nulidad propuesta contra la nota GM-542 de noviembre 22 de 1952, del mismo Ministerio de Relaciones Exteriores, admitió el control jurisdiccional de este acto “político” y dio curso legal a la misma (auto de 25 de marzo de 1988).

En mérito de lo expuesto, *niéguese* la revocatoria del acto impugnado al igual que la negativa de curso a la demanda presentada contra la nota 747 de 29 de marzo de 1979 del Ministerio de Relaciones Exteriores,

Notifíquese.

*Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**SINDICATOS - Asamblea General / MINISTERIO DE TRABAJO - Competencia**

*En el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 no se sustrae del ámbito de competencia del Ministro de Trabajo, la atribución de someter a votación a la Asamblea General para que decida entre declarar la huelga o convocar un tribunal de arbitramento.*

*En el numeral 2 del artículo 2º de la Ley 48 de 1968 se ubica en la posibilidad de un doble momento (ANTES O DESPUES de la declaratoria de huelga), el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 se coloca en el instante de la conclusión del término señalado para la etapa de mediación sino se hubiere logrado acuerdo total, en esta eventual posibilidad se realizará una asamblea general de los trabajadores comprometidos en el conflicto para que decida entre declarar la huelga o convocar un tribunal de arbitramento.*

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

**Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.**

**Referencia: Expediente número 1826. Resoluciones ministeriales. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo.**

El ciudadano Adalberto Carvajal Salcedo, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., impugna la Resolución número 01192 de 1986-18 de abril, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se convoca a los trabajadores de la sociedad Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A., a una votación.

En la demanda, se reseñan los siguientes,

**Hechos:**

*“Primero: Como es de conocimiento público, hoy se vive un conflicto colectivo de trabajo entre los trabajadores y la empresa CARACOL S. A. Primera Cadena Radial Colombiana.*

“Segundo: En desarrollo de este conflicto el día 7 de marzo de 1986, se inició una huelga en CARACOL.

“Tercero: Después de numerosas gestiones de la empresa, del Gobierno, y de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado el día 16 de abril de 1986, según Resolución número 001154 de abril 16 de 1986, se reconoció la legalidad de la huelga que se desarrolla en CARACOL S. A.

“Cuarto: La huelga fue votada por la Asamblea Nacional de Delegados, que es el organismo estatutariamente previsto en el Sindicato Nacional de Trabajadores de Caracol S. A. ‘SINTRACARACOL’.

“Quinto: El día viernes 18 de abril de 1986, se expidió el acto administrativo que estoy impugnando” (fl. 10).

Como normas violadas por el acto acusado, se indican en la demanda, las siguientes: 17, 18 y 44 de la C. N.; 12, 353, 354 y siguientes del C. S. T.; 3º de la Ley 48 de 1968; 9º de la Ley 39 de 1985; 50, 51, 62 y demás disposiciones adicionales y complementarias del C. C. A.

En el desarrollo del concepto de violación el accionante, entre otras cosas, afirma lo siguiente:

“La Ley 39 de 1985 es posterior a la Ley 48 de 1968 que sirvió de fundamento a la resolución que estoy impugnando y por lo tanto prima sobre ella, porque según principios jurídicos desarrollados en la Ley 153 de 1887 que enseña cómo interpretar la ley en su artículo 2º, ‘LA LEY POSTERIOR PREVALECE SOBRE LA LEY ANTERIOR. EN CASO DE QUE UNA LEY POSTERIOR SEA CONTRARIA A OTRA ANTERIOR, Y AMBAS PREEXISTENTES AL HECHO QUE SE JUZGA, SE APLICARA LA LEY POSTERIOR’. La norma vigente, expresa con toda claridad que es ‘UNA ASAMBLEA GENERAL DE LOS TRABAJADORES DIRECTAMENTE COMPROMETIDOS EN EL CONFLICTO’ la ‘QUE DEBERA TOMAR LA DECISION DE OPTAR ENTRE LA DECLARATORIA DE HUELGA O LA CONVOCATORIA DE UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO’ (Subrayé) indica la norma mencionada en su segundo párrafo que ‘la huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría de los trabajadores que deban integrar la Asamblea’ (Subrayé). Ni los patronos ni los no sindicalizados pueden formar parte de dicha Asamblea. Y es esta la ley que sigue gobernando el conflicto.

“4º La resolución impugnada invoca el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 para convocar la Asamblea General. Leamos su texto: ‘Artículo 3º. Numeral 2º En cualquier momento,

antes de la declaración de la huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores o en defecto de estos, los trabajadores en Asamblea General, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directivo y de conciliación (contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo), sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

“El Ministerio del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos o *en defecto* de éstos, de los trabajadores, en Asamblea General someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se llegare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo...” (Subrayado en la copia) (El texto transcrito entre paréntesis fue declarado inconstitucional).

“Como puede verse con absoluta claridad la ley prevé dos clases de negociación colectiva: La primera CUANDO HAY SINDICATO; la segunda CUANDO NO HAY SINDICATO. En la primera situación la Asamblea General que aprueba el pliego, nombra los negociadores y decide entre huelga o arbitramento es la sindical prevista en los estatutos de la respectiva organización. En la segunda situación, cuando no hay sindicato, quienes aprueban el pliego de peticiones, nombran negociadores, y deciden entre huelga o arbitramento son “LOS TRABAJADORES DE LA EMPRESA”. La ley colombiana ha arreglado esto en el artículo 481 del C. S. del T. para la firma de pactos colectivos. Esto se entiende mejor si se leen los artículos 429, 432, 438, 439, 444, 445, 446 y 447 del Código Sustantivo del Trabajo. En este conflicto estamos frente a un pliego de peticiones presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de CARACOL S. A. ‘SINTRACARACOL’, el cual debe culminar con una convención colectiva de trabajo y no con un pacto colectivo.

“5º El término ‘los trabajadores de la empresa’ y pacto colectivo, se oponen a los ‘trabajadores sindicalizados, sindicatos y convención colectiva’. Es natural: Los primeros corresponden al viejo concepto de coalición y los segundos simplemente desarrollan los postulados del actual estado

jurídico sobre garantías al libre ejercicio del derecho de asociación sindical.

"6º La COALICION es del siglo pasado; tuvo plena vigencia dentro del Estado monárquico y en los albores del Estado de Derecho actual. El derecho de asociación sindical es una conquista de los trabajadores en su confrontación histórica con los patronos y ha sido consignado en todas las Constituciones del mundo después de la primera guerra mundial, a partir del Tratado de Versalles y ha adquirido plena vigencia después de la segunda guerra mundial por los tratados, convenios y recomendaciones de la O.I.T. los cuales se reflejan en lo que hoy se denomina la Constitucionalización del derecho de trabajo.

"7º Una huelga triunfante como la de 'SINTRACARACOL' que ya es un patrimonio de toda la clase obrera no puede ni constitucional, ni legal, ni moralmente, establecer el precedente grave para el país de que la huelga de los trabajadores que no pudo ser derrotada ni con maniobras, ni dentro de la Constitución, ni dentro de la ley, deje la secuela para futuras situaciones de que los patronos y los esquirols cambien las leyes del trabajo, como lo han pretendido hacer los dueños de la empresa CARACOL S. A. con los doctores Alfonso López Michelsen y Fernando Londoño Henao a la cabeza al abrir una cadena paralela de emisoras para romper la huelga legal de los trabajadores y el distinguido jefe de esquirols Yamid Amat con su grupo de 'Periodistas' según la declaración que publica el diario El Tiempo en su página 2A el día sábado 19 de abril de 1986.

"8º Nos hacemos presentes en los términos de ley a atender la situación hecha por la Ministra de Trabajo *ad hoc* doctora Liliam Suárez Melo, para hacer uso de los recursos que nos permitimos presentar y sustentar según las normas legales vigentes.

"9º Recordamos que de conformidad con el artículo 50 del C. C. A., del recurso de reposición frente a los actos administrativos se puede hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión y que sólo queda en firme el acto administrativo cuando se hayan surtido esos recursos y decidido según lo determinan los artículos 51 y 62 del C. C. A.

"10. Coincidimos con los asesores jurídicos de la empresa que opinaron en el diario El Tiempo página 9A del domingo 20 de abril de 1986, cuando señala que la resolución por la cual se negó la ilegalidad de la huelga, aún no se encuentra en firme. Para 'SINTRACARACOL' sólo queda

ejecutoriada el día martes 22 de abril a las 6:00 p.m. por cuanto nos notificamos el día 16 de abril en las horas de la noche. Para la empresa CARACOL S. A. dicha resolución quedará ejecutoriada cinco (5) días después de su notificación. Y si se interponen recursos. El acto administrativo sólo quedará ejecutoriado cuando se desaten los recursos interpuestos.

“11. En las anteriores condiciones, mientras no quede en firme la resolución que negó la ilegalidad, no se pueden tomar nuevas decisiones, sobre la base de que la huelga es legal. El Gobierno debe esperar a que la resolución quede ejecutoriada y cuando haga la convocatoria, debe hacerla en forma legal, como se dijo atrás, ‘a los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto’.

“12. CUAL ES LA ASAMBLEA GENERAL QUE LEGALMENTE DEBE SER CONVOCADA? Lo dijo la misma ministra *ad hoc* doctora Liliam Suárez Melo, en su Resolución número 1154 de 16 de abril de 1986 en los siguientes términos:

“3. *Forma de declaratoria de la huelga.*

“El planteamiento básico de CARACOL, en este aparte de sus peticiones, radica en que la huelga fue votada por una asamblea de delegatarios sindicales y no por los trabajadores directamente, lo cual la haría ilegal por corresponder al evento del literal d) del artículo 450 del C. S. del T. según el cual es ilícita la huelga cuando haya sido declarada con violación de lo dispuesto en el artículo 44 del mismo código.

“El inciso 2º del artículo 444 del C. S. del T. subrogado por el 9º de la Ley 39 de 1985, atribuye la decisión sobre la huelga o la solicitud del arbitramento a la ‘mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la asamblea’. Por su parte, el artículo 387 del mismo código faculta a los sindicatos para establecer en sus estatutos sistemas que garanticen la representación de los afiliados cuando, por las razones allí mismo expresadas, resulte impracticable la presencia real del número mínimo de afiliados requerido para completar el *quórum* estatutario. A su vez el artículo 376 (*ibidem*) establece como atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos, entre otras ‘...la votación de la huelga en los casos de la ley...’.

“Los estatutos de la organización sindical ciertamente no asignan en forma expresa a órgano alguno del sindicato la facultad de declarar la huelga o la de solicitar la convoca-

toria del tribunal de arbitramento. Pero el literal o) de su artículo 18 —según versión vigente que reposa en el Ministerio de Trabajo— atribuye a la asamblea general de delegados (organismo estatutariamente consignado) el ejercicio de ‘...otras funciones no previstas en estos estatutos y que estén acordes con la ley y tiendan al provecho de la organización’.

“Sobre el esquema propuesto, deben considerarse entonces los siguientes aspectos:

“a) A qué asamblea se refiere el artículo 444 del C. S. del T.?”

“b) Es la asamblea de delegatarios de SINTRACARACOL el organismo componente para declarar la huelga?”

“En cuanto al primer interrogante debe decirse que esa asamblea está determinada por el origen de presentación del correspondiente pliego de peticiones, pues si él fue presentado por los trabajadores no agrupados en sindicato serán éstos los que constituyen tal asamblea. Pero si el pliego fue adoptado y presentado por un sindicato, la respuesta se halla, para afirmar que la facultad la tiene la asamblea sindical, en el siguiente inciso del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986:

“La huelga o la solicitud de tribunal de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles a la terminación de la etapa de mediación en votación secreta y por la mayoría absoluta de los trabajadores *sindicalizados* que deban integrar tal asamblea, en su condición de directamente comprometidos en el conflicto’ (Se subraya).

“En lo que se refiere al segundo cuestionamiento, basta indicar que la ley laboral brinda a los sindicatos la posibilidad de organizar la mejor manera de reunirse en asamblea superando dificultades de ubicación o de dispersión de sus miembros y si SINTRACARACOL así lo previó en sus estatutos, con la homologación —mediante la aprobación del estatuto— por parte de la autoridad administrativa del trabajo, no hay duda (sic) de que la asamblea de delegatarios es el cuerpo idóneo para tomar la decisión que sería de competencia de una asamblea ordinaria de afiliados si no existiera aquella. Dicho de otra manera, la asamblea de delegados sustituye a la asamblea de afiliados en el caso concreto de SINTRACARACOL y cumple las funciones que exclusivamente la ley atribuye a las asambleas (como la de declarar la huelga), así como las que expresamente le asignan los estatutos. Tales estatutos, por lo demás, no prevén una asamblea general de afiliados; no existe tal organismo

en SINTRACARACOL y las funciones que la ley de manera general atribuye a las asambleas generales y que por costumbre los estatutos de los sindicatos le asignan a esa asamblea general, están radicados, en este caso, en cabeza de la Asamblea Nacional de Delegados. Y si se cuestiona se la facultada de ésta para declarar la huelga, habría de concluir que por no existir un órgano estatutario que pueda hacerlo, SINTRACARACOL carecería de ese derecho, lo cual repugna al origen constitucional y a la dimensión social de semejante prerrogativa.

“Consiguientemente, a juicio de este Despacho, la huelga de los trabajadores de CARACOL fue votada por órgano apto para hacerlo y no es, tampoco, procedente por este aspecto acceder a la solicitud que se resuelve.

“13. Según la resolución que hace esta convocatoria de asamblea general, los trabajadores deberán votar ‘... si desean o no sujetar las diferencias que persistan entre las partes, a fallo arbitral’. Pero la resolución no señala cuales son las diferencias que persistan entre CARACOL S. A. y SINTRACARACOL.

“Si nos atenemos a las actas de arreglo directo y mediación no hay ningún acuerdo. Pero si nos apoyamos en la seriedad y honestidad del doctor Diego Fernando Londoño Henao y su asesor doctor Oscar Serna, en más del 90% del pliego hay acuerdos cuyos borradores poseen los negociadores de las partes, la doctora Lilian Suárez Melo Ministra del Trabajo *ad hoc*, su asesor jurídico doctor Miguel Botia y algunos diligentes periodistas que así lo pueden atestiguar.

“14. Si el tribunal de arbitramento que eventualmente se convocare tiene que fallar sobre todo el pliego de peticiones, carecería completamente de competencia, porque según la jurisprudencia vigente, los tribunales de arbitramento no pueden fallar sobre las cláusulas normativas consideradas puntos de derecho. Ni puede ir más allá del término de (8) meses fijados por SINTRACARACOL en el pliego, circunstancia que tampoco le sirve a la empresa, porque en julio de 1986 estaríamos iniciando otro conflicto” (fls. de 11 a 15).

Corrido el traslado al Agente del Ministerio Público, éste se expresa así en su concepto:

“La presente contención consiste en dilucidar si el acto acusado (fl. 1), plasmado en la Resolución número 01191 de abril 18 de 1986, proferida por la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social (*ad hoc*), se ajusta a derecho.

“Por medio del acto acusado, se convocó a los trabajadores de la sociedad Caracol Primera Cadena Radial S. A., a una votación con base en el artículo 3º, numeral 2º de la Ley 48 de 1968, y en el Decreto 971 de 1986. El primero de los citados señala:

“En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos los trabajadores, en asamblea general, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación (contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores, como proyecto de convenio colectivo o de pacto colectivo del trabajo) sean sometidos al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio, constituido en la forma que se determina más adelante.

“El Ministro de Trabajo de oficio, o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores en asamblea general, someterán a votación la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo’ (Entre paréntesis no rige).

“El Decreto 0971 de 1986 (marzo 25), nombró Ministro de Trabajo y Seguridad Social *ad hoc* a la doctora Liliam Suárez Melo, actual titular del Despacho del Ministerio de Educación Nacional, para que conozca todo lo relacionado con el conflicto laboral que se ha presentado entre la sociedad Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A. y el Sindicato de Trabajadores de CARACOL S. A. ‘SINTRACARACOL’.

“SINTRACARACOL decretó una huelga en la sociedad Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A., que se hizo efectiva a partir de la una de la tarde de 7 de marzo de 1986. A raíz de esta situación la Ministra del Trabajo *ad hoc* de la época, consideró conveniente consultar a los trabajadores sobre la adopción de otros medios legales que permitieran dirimir el conflicto colectivo de trabajo y apoyándose en el artículo 3º.2 de la Ley 48 de 1968, resolvió ‘convocar a la totalidad de los trabajadores de la sociedad Caracol Primera Cadena Radial S. A., para que, en asambleas

generales que deberán reunirse en las oficinas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social, a partir de las 10:00 horas y hasta las 18 horas, del veintiuno (21) de abril de 1986, decidan mediante votación secreta y en papeleta escrita si desean sujetar a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio, las diferencias respecto de las cuales no hubo acuerdo en las etapas de arreglo directo y mediación, dentro de las cuales se discutió el pliego de peticiones, presentado por el Sindicato de Trabajadores S. A. «SINTRACARACOL» (art. 1º, acto acusado). Las demás disposiciones del acto acusado, se refieren al *modus operandi* como se deben llevar a cabo las asambleas generales.

“No encuentra la Fiscalía violados los artículos 9º de la Ley 39 de 1985 y 3º, numeral 2º de la Ley 48 de 1968 por las siguientes razones:

“La huelga de la sociedad arriba mencionada, había sido declarada, y se hizo efectiva a partir de 7 de marzo de 1986, antes de proferirse el acto acusado, 18 de abril del mismo año, de conformidad con las pruebas traídas a los autos, tales como la Resolución 01154 de 1986 (fl. 13), la parte considerativa del acto acusado y la afirmación de la demanda en el hecho 4 de la misma.

“Ante este hecho cumplido, ya no era aplicable a la situación que se presentaba, el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 por referirse éste exclusivamente a una etapa anterior a la declaratoria de la huelga.

“En estas circunstancias se considera que el acto acusado se mantiene, por cuanto el ataque legal con base en la norma antes señalada no lo hace anulable.

“En relación con la transgresión del artículo 3º, numeral 2º de la Ley 48 de 1968, se tiene que el Ministerio se fundamentó en la normatividad señalada en el inciso 2º de la misma, que le permite de oficio a la asamblea general someter a votación de los trabajadores de la empresa si lo desean las diferencias a fallo arbitral.

“Considera la Fiscalía que esta facultad dada al Ministerio del Trabajo es de aplicación general, en el sentido de que puede llamar a convocar en asamblea a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados y existan o no sindicatos en la misma.

“Es una autorización dada por la ley al ministerio para que ante una situación tan grave como la del caso de autos, pueda saber en un momento dado la voluntad de la mayoría

de los trabajadores de la empresa en relación con las diferencias que se presentan.

“No es cierto como lo afirma el demandante que los términos ‘los trabajadores’ de la empresa, se oponen a los de ‘trabajadores sindicalizados’. La norma no está haciendo distinción alguna entre éstos. Dentro de la terminología ‘trabajadores de la empresa’ cabe tanto los sindicalizados como los que no lo son, en efecto el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo al dar la definición de empresa señala que tengan trabajadores a su servicio’, luego no sería dable hacer la distinción hecha por el actor, teniendo en cuenta la norma antes mencionada. Vale la pena denotar que todos los trabajadores sindicalizados son trabajadores de la empresa, pero no todos son sindicalizados. En lo que sí está de acuerdo la Fiscalía con el actor en este proceso, es que los términos de ‘pacto colectivo’ y convención colectiva son diferentes.

“En lo referente con la argumentación del actor de que en el acto acusado no se señalaron expresamente cuáles eran las discrepancias que se presentaron entre CARACOL y SIN-TRACARACOL, se tiene que éste sí lo hizo al referirse a las diferencias respecto de las cuales no hubo acuerdo en las etapas de arreglo directo y mediación, dentro de las cuales se discutió el pliego de peticiones presentado por el Sindicato Nacional de Trabajadores de CARACOL S.A. ‘SINTRACARACOL’. Si bien es cierto, que la resolución acusada no está señalando discrepancias una a una, sí lo hace en forma tal que es posible su conocimiento por las partes interesadas.

“Respecto de la argumentación dada por el actor, de que no se había ejecutoriado la Resolución 01154 de 16 de abril de 1986, y que por lo mismo el gobierno no podía tomar nuevas decisiones mediante el acto acusado, se tiene que aquella se notificó personalmente al presidente del sindicato, persona interesada, el día 16 de abril, sin que conste en el expediente que se hubiere interpuesto el recurso de reposición contra la misma, quedando por lo tanto en firme. Ahora, si en gracia de discusión, lo anterior no fuere aceptable, esta resolución no está *sub judice* y por lo mismo, no es objeto de revisión de legalidad por esta jurisdicción.

“En relación con otro argumento de la demanda sobre convocatoria de la Asamblea General. Si bien es cierto que el artículo 3º, numeral 2º, hace relación a una asamblea y que el artículo 1º del acto acusado convoca a los trabajadores en *asambleas* generales, que se requieran en las Divisiones Departamentales del Trabajo y Seguridad Social, no encuentra la Fiscalía ninguna violación, por considerar tal

como lo sostuvo el honorable Consejero ponente en este proceso que 'tratándose de trabajadores que cumplen sus contratos de trabajo en diferentes sitios del país, ubicados en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Caldas, Cundinamarca, Norte de Santander, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca (fls. 1 y 2) no se ve manifiesta la violación de aquellas normas, cuando las asambleas se desarrollarían simultáneamente a partir de las 10 horas y hasta las 18 horas del mismo día 21 de abril de 1986, siendo, válido considerar que aunque físicamente eran varias jurídicamente constituirían una sola asamblea' (fl. 34).

"De acuerdo con lo expuesto, el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, en consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público conceptúa solicitando se denieguen las súplicas de la demanda" (fls. 57 a 61).

La Nación —Ministerio de Trabajo y Seguridad Social— dio contestación a la demanda a través de apoderado, y después de negar los hechos, dijo entre otras cosas, las siguientes:

"Considero que la facultad del Ministerio, es alternativa: 'El Ministro de Trabajo, ... de oficio... o en defecto de estos, de los trabajadores, en asamblea general someterá a votación de la *totalidad de los trabajadores de la empresa...*' (Subraya fuera del texto).

"Es clara, la facultad del Ministerio y quienes deben participar en la votación.

"Así se hizo en el acto acusado, convocar la totalidad de trabajadores de la empresa, con qué propósito?

"Con el de solucionar el conflicto.

"Téngase en cuenta, que este conflicto laboral se estaba extendiendo en el tiempo, y, especialmente las repercusiones de índole social. En la norma citada, tiene el gobierno una herramienta para la solución de los conflictos.

"Una situación, bien diferente, es que no se haya hecho uso de ella, o que su uso no sea frecuente, pero no por ello, deja de estar vigente. Igual circunstancia sucede con el numeral 3º del artículo 448 del C. S. del T., de muy poca o casi nunca aplicación, pero de todas maneras, son mecanismos que existen, independientemente, que se usen o no.

"La norma citada, numeral 3º, artículo 3º de la Ley 48 de 1968, está vigente, tiene la presunción de legalidad, y por

ello las decisiones que con base en ella se tomen, como la Resolución 01191 de 18 de abril de 1986, tiene la misma característica. Por ello, la decisión adoptada, está ajustada a derecho y debe mantenerse como respetuosamente le solicito al honorable Consejo de Estado, mantener la decisión y por lo tanto no acceder a las súplicas de la demanda" (fls. 47 a 48).

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, pasa la Sala a decidir de fondo el asunto, previas las siguientes

*Consideraciones:*

El argumento de fondo esgrimido en la demanda se refiere a la circunstancia de que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no tenía competencia para, con base en el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, de oficio o a solicitud del sindicato o de los sindicatos, o, en defecto de éstos, de los trabajadores en asamblea general, haber sometido a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa, si deseaban o no sujetar las diferencias sobre las cuales no se había producido acuerdo entre las partes, a un tribunal de arbitramento obligatorio, porque, según el libelo, la norma a seguir para el caso era la Ley 39 de 1985, dado que ésta es posterior a la invocada por el Ministerio como fundamento legal del acto acusado. La disposición que afirma la demanda estaba vigente (art. 9º de la Ley 39 de 1985) es del siguiente tenor:

*"Decisión de los trabajadores.*

"Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiese logrado acuerdo total, se realizará una asamblea general de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto, que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un tribunal de arbitramento".

En cambio la norma que aplicó el acto impugnado (la Resolución número 01192 de 1986 —18 de abril—), o sea, el numeral 2 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, dice a la letra:

"En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, los trabajadores, en Asamblea General, podrá solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación (contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores, como proyecto de convenio colectivo o de pacto colectivo del trabajo) sean

sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio, constituido en la forma que se determina más adelante.

“El Ministro de Trabajo de oficio, o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores en asamblea general, someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo”.

En criterio de la Sala, no se vislumbra contradicción alguna entre las dos normas ni que sean excluyentes. Es más, no ve que en el artículo 9º de la Ley 39 de 1985, se sustraiga del ámbito de competencia del Ministro de Trabajo, la atribución de someter a votación entre las dos opciones en asamblea general, o sea, entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

En efecto, las dos normas contemplan dos situaciones en el tiempo, evidentemente distintas. Mientras en el numeral 2 del artículo 2º de la Ley 48 de 1968 se ubica en la posibilidad de un doble momento (*ANTES o DESPUES de la declaratoria de huelga*), el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 se coloca en el instante de la conclusión del término señalado para la etapa de mediación si no se hubiese logrado acuerdo total; en esta eventual posibilidad, se realizará una asamblea general de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto, para que ella (la asamblea) decida entre declarar la huelga o convocar un tribunal de arbitramento.

En el caso *sub judice* se aprecia (fls. 3 a 6) que cuando se dictó la resolución acusada, no sólo se había superado la etapa de mediación —sin éxito—, sino que ya se había declarado la huelga. En otras palabras, que la convocatoria de la asamblea tuvo lugar ya concluida la etapa de mediación y cuando la huelga se desarrollaba a plenitud. Por tanto, el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 no era aplicable a la situación dada, sino la norma contemplada en el numeral 2 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, pues es ésta la que permite al Ministro aún de oficio, hacer la convocatoria *antes* o *después* de encontrarse el conflicto laboral en la etapa de huelga.

Por estas apreciaciones, la Sala concluye en el sentido de que el acto acusado se ajustó a derecho, puesto que aplicó la norma aplicable (el numeral 2 del art. 3º de la Ley 48 de 1968) y, por lo mismo, no quebrantó las normas superiores reseñadas en la demanda, razón por la cual, manteniendo dicho acto, incólume la presunción de legalidad que lo ampara, no se decretará su anulación.

En cuanto a los demás argumentos de la demanda, la Sala se remite a lo expuesto por la Fiscalía y tiene sus argumentos como parte integrante de las presentes consideraciones.

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

*Falla:*

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de septiembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*

**SENTENCIA - Cumplimiento / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*En razón de que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda (C. P. C., art. 305), forzoso es concurrir que en la sentencia al acceder a las súplicas de la demanda, lo hizo en consonancia con el restablecimiento del derecho pedido en el libelo, que por cierto es bien diferente del que se formuló en la segunda demanda de que ahora conoce esta Corporación por vía de apelación de la sentencia del a quo.*

**PERSONAL DOCENTE - Traslado**

*El traslado presupone la existencia de una relación laboral vigente, el reintegro en cambio presupone una situación de separación del servicio que así se subsana.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Referencia: Expediente número 136. Reconstrucción. Apelación sentencia. Actor: Julio César Patiño Montaña.*

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de 30 de septiembre de 1983, por la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca despachó favorablemente las súplicas de la demanda.

**Antecedentes:**

El señor Julio César Patiño Montaña, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción entonces llamada de plena jurisdicción, demandó la nulidad de la Resolución número 7288 de 12 de junio de

1981, por la cual el Ministro de Educación Nacional, para dar cumplimiento a sentencia firme proferida en esta jurisdicción, ordenó reintegrar al demandante "al cargo de Rector ... en el Liceo Nacional Mixto 'Alejandro de Humboldt' de Popayán, Cauca" (fls. 77-81 y 90-91).

Se adicionó posteriormente la demanda (fl. 82), para hacer extensiva la nulidad a la Resolución número 18553 Bis de 4 de noviembre de 1981, que confirmó en todas sus partes la resolución inicialmente acusada (fls. 21-22).

Sustenta el tribunal la decisión favorable a las pretensiones en que, con los actos acusados, se lesionó al actor "en su organización laboral y familiar, como que ello le alteraba todas sus condiciones socialmente vitales (trabajo, hogar, protección a los hijos, etc.) a más de que tal manera se muestra como un esguince dañino a la ley, movido —es obvio deducirlo— por motivos que no quieren decir su nombre, y que, naturalmente, desdicen de una correcta administración pública y del estado de derecho que nos rige" (fls. 42-52).

El *a quo* transcribe, como parte integrante de la sentencia, el concepto de su colaboradora Fiscal quien, entre otras cosas, expresa:

"Del haz probatorio recaudado es fácil concluir, que la entidad demandada al ordenar el reintegro del actor a un cargo de 'Rector' en un Liceo Nacional ubicado en la ciudad de Popayán (Cauca) burló sutilmente el acatamiento a los fallos de la autoridad jurisdiccional, ya que dada la antigüedad o antigua vinculación del actor al Ministerio demandado (1956 a 1977) era muy fácil establecer que el domicilio del señor Julio César Patiño Montala (sic), es desde hace muchos años la ciudad de Bogotá..." (fls. 49-50).

Por su parte, la apoderada del Ministerio de Educación Nacional sustenta el recurso de apelación con la transcripción de disposiciones del Decreto-ley 2277 de 1979 que versan sobre traslados (art. 61), deberes de los docentes (art. 44), prohibiciones (art. 45), causales de mala conducta (art. 46), abandono de cargo (art. 47) y, luego de traer a colación jurisprudencia de esta Corporación, concluye así:

"Con fundamento en las normas anteriormente mencionadas, me permito solicitar al señor consejero no acceder a las peticiones de la demanda y revocar la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, dentro del proceso de la referencia, toda vez que compruebo que el actor Julio César Patiño Montaña no se posesionó del cargo de Rector en el Liceo Nacional Mixto Alejandro Humboldt de Popayán Cauca, conforme a telegrama y certificado anexo del Rector ordenador del Liceo.

“Igualmente el actor Julio César Patiño Montaña incumplió sus deberes docentes y violó las prohibiciones establecidas en el actual estatuto docente Decreto-ley 2277 de 1979 que ordena: ‘A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente sin autorización previa’” (fls. 9-17).

El Ministerio Público acoge, como también lo hizo el *a quo*, el concepto de la Fiscal Quinta del Tribunal de Cundinamarca, para pedir que se confirme la sentencia apelada (fls. 112-114).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

Una vez en firme, las decisiones judiciales se deben cumplir en los términos precisos del correspondiente pronunciamiento.

No otra cosa se desprende, en efecto, del texto del artículo 176 del C. C. A. que expresa:

“Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento”.

Ahora bien, los actos enjuiciados se expidieron para la ejecución de las sentencias de agosto 10 de 1979 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de diciembre 10 del mismo año, por la que el Consejo de Estado confirmó la primera.

En la sentencia de primer grado se pronunció el tribunal en la siguiente forma:

“Primero. Declárase la nulidad de la Resolución número 7868 de 8 de agosto de 1977, proferida por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor Julio César Patiño Montaña del cargo de Rector del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta de Bogotá, jornada nocturna.

“Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, el Ministerio de Educación Nacional, dentro del término del artículo 121 del C. C. A., procederá a reintegrar al señor Julio César Patiño Montaña, al cargo de Rector del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta de Bogotá, jornada nocturna, o a otro de igual o superior categoría y remuneración; a pagarle todos los sueldos, compensaciones económi-

cas, primas, vacaciones y demás prestaciones dejadas de percibir desde cuando se le declaró insubsistente y hasta cuando sea reintegrado, considerándose que para todos los fines prestacionales, no ha existido solución de continuidad, en el ejercicio del cargo..." (fls. 60-68).

Por su parte, el Consejo de Estado se limitó a confirmar el fallo del tribunal expresando:

"Confirmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha diez (10) de agosto de mil novecientos setenta y nueve (1979)" (fls. 69-76).

Cabe advertir que en estos fallos se acogieron las pretensiones del actor, concebidas, en cuanto al restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

"Segunda. Que el Estado colombiano, Ministerio de Educación, le pague en consecuencia de la anterior declaración, las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, consistentes en los sueldos dejados de percibir, teniendo en cuenta los aumentos que se hayan originado durante el tiempo en que dejó de ocupar el cargo de Rector del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta, de Bogotá.

"Tercera. Que se le restituya al cargo de Rector del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta de Bogotá, o otro empleo de igual o superior categoría, teniendo en cuenta sus condiciones profesionales y económicas" (fls. 60-61 y 69-70).

Fue justamente lo que hizo el Ministerio de Educación Nacional a través de los actos que en el *sub lite* se enjuiciaron. En la Resolución 7288 de junio 12 de 1981 se lee:

"Ordénase el reintegro a partir de la fecha de la presente resolución al señor Julio César Patiño Montaña al cargo de Rector, con asignación mensual de acuerdo al grado del Escalafón Nacional Docente que acredite en el momento del reintegro, más el 30% y primas legales, en el Liceo Nacional Mixto 'Alejandro de Humboldt' de Popayán, Cauca. Reemplaza a Emiro Antonio Cajas Pabón, quien renunció' (fls. 18-19).

La Resolución 18553 de noviembre 4 de 1981 confirma la anterior (fls. 21-22).

Se advierte en los hechos de la demanda que dio origen a los fallos citados, que el actor concentró su alegación en los derechos derivados de su condición de docente escalafonado e impugnó la insubsistencia por falsa motivación y por carencia de competencia por parte del Ministerio de Educación Nacional.

Dice, en efecto:

“Mi representado... fue escalafonado en la primera categoría especial del escalafón de enseñanza primaria.

“En razón de su carácter de escalafonado en la carrera docente, desempeñó varios cargos en el Ministerio de Educación Nacional, entre ellos, Rector de Establecimiento de Educación Media del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta de Bogotá...

“.....

“De acuerdo a lo expresado en la Resolución acusada dicha insubsistencia se basó en el hecho de presumir de que mi representado desempeñaba otro empleo en el Departamento de Cundinamarca como profesor de tiempo completo en el Colegio Departamental de la Merced en Mosquera.

“El Estado colombiano, Ministerio de Educación, declaró insubsistente el nombramiento de mi representado valiéndose de una apreciación falsa, por cuanto éste no comprobó previamente y mediante prueba idónea los hechos motivos de la expedición de dicha providencia.

“En el evento de que fuera cierto de que mi representado ocupara los cargos de Rector del Liceo Nacional ‘Policarpa Salavarrieta’ de Bogotá y profesor del Colegio Departamental de la Merced de Mosquera, dependiente de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, por tratarse estos empleos de tener jornadas totalmente diferentes e intensidades horarias inferiores a ocho horas diarias de trabajo, pueden ser desempeñados de acuerdo con el literal a) del artículo primero del Decreto 1713 de 1960.

“El señor Ministro de Educación Nacional no tenía ninguna facultad para expedir la resolución acusada... pues el señor Presidente se reservó el derecho de nombrar y remover a esta clase de empleados nacionales.

“Igualmente dicho señor Ministro de Educación Nacional carecía de facultad legal para dictar la providencia acusada en razón de que mi representado desempeñaba un empleo perteneciente a la carrera docente y para separarlo del servicio no se llenaron los procedimientos legales establecidos en el Estatuto de dicha carrera docente y en los Decreto 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973, en el sentido de excluirlo del escalafón y en consecuencia destituirlo del cargo” (fls. 61-62).

No es razón principal de la impugnación, como se observa, la compatibilidad legal de los dos cargos que desempeñaba el actor y a los que se refirió la decisión del Ministerio de Educación, pues, al contrario, aquel factor se presenta como "una apreciación falsa" o como "el hecho de presumir", vale decir, como una presunción cuyo fundamento no aparecía acreditado. Es el propio actor quien menciona dicho factor con la connotación de algo eventual: "En el evento de que fuera cierto..." (fl. 62).

Se afirma en la vista fiscal que "la administración, al decretar el reintegro que en el presente proceso se impugna, habilidosamente se aparta del sentido y alcance de la sentencia que dice cumplir al crear un escollo geográfico que le impidiera al actor servir el otro cargo docente cuyo desempeño le permitía la ley y, tanto, que el Consejo de Estado así lo ratificó. Esta maniobra está muy bien descrita y calificada por la distinguida Fiscal Quinta del Tribunal de Cundinamarca cuando dice:..." (fls. 112-114).

Conviene observar que el "escollo geográfico" no fue materia de examen de fondo en la sentencia cuyo cumplimiento se llevó a cabo mediante los actos acusados, justamente porque el debate no se orientó por este único sendero.

Según atrás se señaló, la forma alternativa prevista en la sentencia para restablecer el derecho constituye ajustada respuesta a la forma igualmente alternativa de pedirlo en la demanda.

Si, por otra parte, tal modo de restablecimiento no satisfacía adecuadamente la pretensión del actor, éste debió recurrir contra la sentencia, pero no lo hizo, lo cual sugiere su acuerdo con ella. La providencia vino al Consejo de Estado en consulta.

Sólo en este segundo proceso, cuya sentencia se revisa por apelación del Ministerio de Educación Nacional, rectifica el accionante su inicial planteamiento y solicita, a título de restablecimiento del derecho:

"Que el Estado colombiano, Ministerio de Educación Nacional, lo restituya al cargo de Rector del Liceo Nacional 'Policarpa Salavarrieta' de Bogotá, jornada nocturna, o a otro empleo de igual o superior categoría de la jornada nocturna y *con sede en Bogotá, D. E.*" (fl. 77).

Si en estos términos se hubiera formulado la petición de reintegro en el proceso anterior, sería acertado el pronunciamiento del Tribunal de Cundinamarca formulado en este segundo proceso en los siguientes términos:

"En cuanto a la litis propiamente, consistente, en general, en que la administración —Ministerio de Educación Nacional— no dio cabal cumplimiento a las sentencias del

tribunal y del honorable Consejo de Estado, como que optó, mediante las resoluciones que aquí se acusan, por reintegrar al demandante al cargo de Rector de uno de los Liceos Nacionales, pero en la ciudad de Popayán, la Sala estima, acorde con lo planteado en el libelo demandatorio y en primer término, que la administración, en efecto, estaba obligada a cumplir estrictamente, después de anulado su acto objeto de la contención administrativa, las providencias pertinentes, para lo cual debía de haber reintegrado al actor a uno de los Liceos Nacionales, pero en la jornada nocturna y en la ciudad de Bogotá; y en segundo término, que la mencionada forma en que la administración obedeció las sentencias referidas, implicó, ciertamente, un traslado en contra de norma vigente, concretamente, del artículo 61 —citado como infringido en la demanda— del Decreto-ley 2277 de 1979.

“.....

“Conviene señalar, por otra parte, que la manera como el Ministerio de Educación cumplió las sentencias de esta jurisdicción, si bien no afectó al demandante en cuanto a la remuneración y categoría, pues, como dice el texto mismo de la providencia que lo reintegró, se le designó como rector y con asignación mensual acorde con su escalafón, en un Colegio Nacional, sí lo lesionó en su organización laboral y familiar, como que ello le alteraba todas sus condiciones socialmente vitales (trabajo, hogar, protección a los hijos, etc.) a más de que tal manera se muestra como un esguince dañino a la ley, movido —es obvio deducirlo— por motivos que no quieren decir su nombre, y que, naturalmente, desdican de una correcta administración pública y del Estado de Derecho que nos rige” (fls. 42-52).

Pues bien, en razón de que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda (C. de P. C., art. 305), forzoso es concluir que en la sentencia de 10 de agosto de 1979 que el Consejo de Estado confirmó, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al acceder a las súplicas de la demanda, lo hizo *en consonancia* con el restablecimiento del derecho pedido en el libelo, que por cierto es bien diferente del que se formuló en la segunda demanda de que ahora conoce esta Corporación por vía de apelación de la sentencia del *a quo*.

No puede el tribunal, a la hora de ahora, alterar lo que es cosa juzgada en otro proceso basándose en consideraciones y circunstancias personales que el demandante de ayer y de hoy no esgrimió en esa oportunidad y que ahora tardíamente invoca.

Claro es que, si en la sentencia de 1979 se hubiera ordenado el reintegro del actor al antiguo cargo o a otro de igual o superior cate-

goría de la jornada nocturna y con sede en Bogotá, D.E., el obediencia del Ministerio de Educación Nacional a través de la Resolución 7288 de 1981 que ahora se enjuicia, habría sido ciertamente inadecuado. Pero no es tal el caso.

También es pertinente censurar el segundo argumento del *a quo* de que "la mencionada forma en que la administración obedeció las sentencias referidas implicó, ciertamente, un traslado", pues la disposición legal en que encuentra respaldo implica un supuesto diferente: El traslado presupone la existencia de una relación laboral vigente, que no es el caso, pues el reintegro, en cambio, presupone una situación de separación del servicio que así se subsana.

Así pues, no anduvo acertado el *a quo* al confundir las situaciones que se plantearon en los dos procesos atribuyendo a una lo que correspondía a la otra. La claridad y precisión respecto de la jornada y el lugar a que se concreta la solicitud de restablecimiento del derecho en este proceso no se comunican al proceso terminado que dio lugar a la expedición de los actos ahora enjuiciados, los que, guardando estricta correspondencia con el pronunciamiento judicial anterior, mantienen incólume la presunción de legalidad que los ampara.

En tal virtud, habrá de revocarse la sentencia apelada, para desestimar las pretensiones del accionante.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia de setiembre treinta (30) de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de setiembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

## CONTROL DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA

*La facultad de control disciplinario sobre los funcionarios no enerva la prerrogativa de la autoridad nominadora para remover libremente a sus subalternos, así como tampoco el ejercicio de esta impide el de las atribuciones disciplinarias, no existiendo entre las dos ninguna relación.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 1008. Reconstrucción. Apelación. Sentencia. Actor Bernardo Alonso Claro.

Bernardo Alonso Claro Torrado, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 5 de mayo de 1982, impetrando la declaración de nulidad de la Resolución número 01114 de 22 de marzo de 1982, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Aforador 5035-13 de la División de Arancel de la Subdirección General de Aduanas del citado Ministerio.

Como consecuencia, igualmente solicita se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones y demás emolumentos dejados de devengar y se declare que no existió solución de continuidad en los servicios prestados.

Estas pretensiones se apoyaron en los siguientes fundamentos fácticos y de derecho:

El demandante ingresó al servicio de la Dirección General de Aduanas desde el 15 de octubre de 1981, después de haber cursado y aprobado en la Escuela de Aduanas, durante un año, un curso para aforadores y fue destinado para trabajar en la Administración de Aduanas de Buenaventura, en donde desempeñó sus funciones con competencia y honorabilidad, sin que en su hoja de vida existan quejas ni llamadas de atención, salvo una investigación administrativa iniciada

a raíz de un anónimo, conforme al cual, se decía que el actor carecía del título de bachiller.

La Dirección General de Aduanas, sin que la investigación a que se hizo referencia hubiera culminado, declaró la insubsistencia del nombramiento del actor, desconociendo su derecho a permanecer en el servicio, irrogándole mengua de su honra, por cuanto su remoción "coincidió con una de las numerosísimas destituciones y depuraciones de personal, de usanza por cada nuevo Director de Aduanas" (fl. 22).

En la demanda se indicaron como violados los artículos 16, 17, 20 y 62 de la Constitución Nacional; artículos 62 a 65 y 67 del C. C. A. vigente en esa época; artículos 7º y 27 del Decreto-ley 2400 de 1968; artículos 107 y 125 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 y disposiciones concordantes.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió la controversia planteada, en sentencia de 21 de octubre de 1983, accediendo a las súplicas de la demanda, con base en varias consideraciones, que se resumen así:

De las pruebas arrojadas al proceso se establece que contra el demandante se adelantó una investigación administrativa por la comisión de un supuesto delito de contrabando, que originó su detención en la ciudad de San Cristóbal, Venezuela y "por haber comprado el diploma de bachiller en un colegio de Bogotá" (fl. 37).

Dentro del proceso disciplinario se demostró que el actor obtuvo legalmente su diploma que lo acredita como bachiller del colegio "Ciudad de Barcelona" de Bogotá y, además, se concluyó que el denunciante de las supuestas irregularidades, fue una persona anónima y que "la actividad probatoria fue suficiente para demostrar la mendacidad del escrito, porque los documentos allegados son precisos y desvirtúan por completo la acusación" (fl. 38).

No obstante, sin que concluyera la investigación administrativa, se procedió a declarar insubsistente su nombramiento, de donde el fallador de primera instancia infiere una relación de causalidad entre la investigación adelantada por la Dirección General de Aduanas y el acto administrativo demandado. Esta circunstancia según la sentencia impugnada originó un quebranto de la legalidad "por haberse desvinculado al demandante de la administración, sin haberse concluido la citada investigación administrativa" lo cual afectó de nulidad la resolución acusada, por cuanto en su expedición hubo desviación de poder.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia citada, originando la segunda instancia que se tramitaba en esta Corporación cuando el expediente respectivo resultó destruido en los trágicos hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985.

Reconstruido el expediente, se determinó que el proceso quedaba para concepto del Ministerio Público.

La señora Fiscal Quinta de esta Corporación, en su concepto de fondo fechado el 4 de septiembre de 1987, solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

*Consideraciones:*

Asiste razón a la colaboradora fiscal, en cuanto sostiene en su concepto que la existencia de un trámite administrativo disciplinario, no inhibe en forma alguna la potestad discrecional de la administración para separar libremente sus empleados, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen. En este caso, como ella misma lo analiza, no existió una relación de causalidad entre los motivos que originaron la investigación y de que dan cuenta los autos, con la decisión discrecional de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de declarar insubsistente el nombramiento del actor, quien por otra parte no demostró encontrarse amparado por ningún fuero de inamovilidad.

Para el demandante, la administración no podía desvincularlo del servicio, mientras estuviera pendiente una investigación adelantada en su contra; apreciación carente de fundamento legal.

Si la anterior aseveración fuera válida, bastaría que, aún con la anuencia del funcionario público, cualquiera persona lo acusara ante la entidad a la cual presta sus servicios o ante la Procuraduría y se abriera la correspondiente investigación, para garantizar al denunciado su permanencia en el cargo. Con este criterio se llegaría al contrasentido de que a un funcionario por el hecho de endilgársele la comisión de faltas disciplinarias, se le colocaría en una situación de privilegio en cuanto hace a la garantía de su permanencia en el cargo, sin existir relación mutua de causalidad.

En el presente caso, la formulación de cargos al demandante por una persona anónima, no es suficiente para inferir que entre ella y la resolución de insubsistencia existe un nexo causal, más aún si se tiene en cuenta que en la investigación que en virtud de la denuncia se abrió, no se cuestionó su conducta como funcionario público, sino que sólo se persiguió hacer claridad sobre sus antecedentes, como lo puntualizó la colaboradora fiscal en el concepto de fondo.

Por manera que no es óbice para desvincular a un funcionario no escalafonado, como lo es el demandante en este proceso según se desprende del acervo probatorio, que exista una investigación en su contra. En efecto, la facultad de control disciplinario sobre los funcio-

narios no enerva la prerrogativa de la autoridad nominadora para remover libremente a sus subalternos, así como tampoco el ejercicio de ésta impide el de las atribuciones disciplinarias, no existiendo entre las dos ninguna relación.

Los anteriores criterios han sido reiterados por esta Corporación en varias oportunidades, entre ellas en las sentencias proferidas por la Sección Segunda, Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello, el 22 de septiembre de 1984 y 9 de julio de 1985, expedientes números 6061, 6108, 6010 y 7775.

No apareciendo probadas las afirmaciones de la demanda de que el acto acusado adolece de vicios por violación de las normas constitucionales y legales citadas y por desviación de poder, toda vez que no se acreditó fehacientemente que la resolución de insubsistencia del nombramiento del actor tuviera nexo causal con la investigación que la administración adelantó en su contra, se tiene que el acto continúa amparado por la presunción de legalidad y por consiguiente, debe revocarse la sentencia apelada para denegar las súplicas de la demanda.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintiuno (21) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 29 de septiembre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Julio César Obando Correa, Conjuéz.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR / IMPORTACION DE VEHICULOS**

*Si por alguna circunstancia no se cumplen los requisitos, exigidos en el Decreto 3518 de 1980 resulta ilegal autorizar la importación directamente de otro país, cuando ya terminó la vinculación del funcionario. Ni el Ministro de Relaciones Exteriores, ni ningún funcionario de esa dependencia, está facultado para exonerar del cumplimiento de requisitos previstos en normas superiores, ni para obligar a otras entidades a infringir la ley.*

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 1673. Actor Gamaliel Franco Loaiza.

Gamaliel Franco Loaiza, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación impetrando la declaración de nulidad de las comunicaciones del Ministro de Relaciones Exteriores número J-00105 de 10 de enero de 1983 y del Jefe de Personal de este Ministerio número AP-05379 de 8 de noviembre de 1982, en las que se decidieron las peticiones del demandante sobre importación de un vehículo bajo el régimen del Decreto 3518 de 1980, en su calidad de Excónsul de Colombia en Ciudad Bolívar de Venezuela. Como consecuencia de estas nulidades, se pidió:

*“Segunda. Como consecuencia de la petición que antecede, se declare el restablecimiento del derecho de mi patrocinado y, consecuentemente se disponga la modificación de la parte resolutive de la Resolución número 3014 de 1º de diciembre de 1981 expedida por el Ministro de Relaciones Exteriores (E) cambiando los artículos 1º y 2º de la susodicha resolución por el texto que a continuación se expresa: Artículo 1º Autorizar al Jefe de la Sección de Personal para que expida al señor Gamaliel Franco Loaiza, Excónsul de Segunda Clase de Colombia en Ciudad Bolívar, Venezuela, los certificados de que trata el artículo 5º del Decreto 3518*

de 1980, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los ordinales 2 y 3 del artículo 3º del mismo decreto; Artículo 2º El señor Gamaliel Franco Loaiza podrá importar un vehículo marca Mercedes Benz de cualquier tipo de los que esté produciendo a la sazón la empresa correspondiente que no sobrepase el límite del valor establecido en el Decreto número 3518 de 26 de diciembre de 1980, esto es, US\$ 17.000.

*“Tercera.* Declarar que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia está obligado a dar cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución 3014 de 1º de diciembre de 1981 suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores (E), la que se encuentra vigente, con las modificaciones introducidas en el numeral anterior y decretadas por la jurisdicción contenciosa administrativa; o, en su defecto, con la declaración del honorable Consejo de Estado de que el Jefe de la Sección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir al señor Gamaliel Franco Loaiza, Excónsul de Segunda Clase de Colombia en Ciudad Bolívar, Venezuela, los certificados de que trata el artículo 5º del Decreto 3518 de 1980, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los ordinales 2º y 3º del artículo 3º del mismo decreto, por razones de fuerza mayor o caso fortuito y, además, de que el señor Gamaliel Franco Loaiza podrá importar un vehículo Mercedes Benz de cualquier tipo de los que esté produciendo a la sazón la empresa correspondiente que no sobrepase el límite del valor establecido en el Decreto 3518 de 26 de diciembre de 1980, esto es, US\$ 17.000.

*“Cuarta.* Como consecuencia de lo anterior, declarar que el Jefe de la Sección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir al señor Gamaliel Franco Loaiza, Excónsul de Segunda Clase de Colombia en Ciudad Bolívar, Venezuela, los certificados de que trata el artículo 5º del Decreto 3518 de 1980, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los ordinales 2º y 3º del artículo 3º del mismo decreto y, además, disponer que la importación del vehículo de la referencia se haga bajo el régimen cambiario y arancelario que existía el 1º de diciembre de 1981, fecha de la Resolución 3014 del Ministro de Relaciones Exteriores (E), como quiera que desde la fecha de esta resolución procedía haberse permitido la importación del vehículo en cuestión por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, pues que desde esta fecha entró a regir la resolución en cuestión” (fl. 4).

Los hechos fundamentales de la acción se relacionaron en la demanda a los folios 5 a 15.

Se invocaron como normas violadas, con el concepto de su violación, los artículos 17 y 30 de la C. N.; 1º de la Ley 95 de 1890; 24 del Decreto 2733 de 1959; el Decreto 3518 de 1980; la Resolución número 3014 de 1º de diciembre de 1981 del Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, encargado de este Ministerio (fls. 15 a 24).

A su turno, la parte opositora hace notar que, por haber sido extemporánea la solicitud según las leyes de Venezuela, la Cancillería de este país "no podía expedir la autorización requerida por el señor Franco Loaiza para introducir un automóvil a dicho país" (fl. 110).

Y agrega:

"De otro lado, si el señor Franco Loaiza estaba interesado en introducir un vehículo a Colombia y no había logrado autorización de las autoridades venezolanas para importarlo, ha debido comprarlo directamente en dicho país y proceder a matricularlo antes de cesar en sus funciones conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 3518 de 1980 que a la letra dice:

"*Artículo 3º* Para que los funcionarios previstos en el artículo anterior puedan acogerse a lo dispuesto en el presente decreto, deben reunir los siguientes requisitos:

".....

"2º Presentar al Ministerio de Relaciones Exteriores un certificado expedido por las autoridades competentes del país donde hubiere ejercido el cargo, debidamente autenticado por el Cónsul colombiano, en el cual conste que el automóvil que se pretende importar ha sido matriculado o registrado en dicho país a nombre del interesado, antes de cesar en sus funciones'.

"El demandante no cumplió con los requisitos contemplados en el decreto ya citado y valiéndose de un sinnúmero de argumentos como el de la fuerza mayor logró que el Secretario General (E) de este Ministerio y el Jefe de Gabinete, expidieran la Resolución número 3014 de 1º de diciembre de 1981, mediante la cual se autorizaba al Jefe de Personal para que emitiera los certificados de que trata el artículo 5º del precitado decreto, sin el cumplimiento de los requisitos legales y también se indicaba que el señor Franco Loaiza podía importar un vehículo *MERCEDES BENZ tipo 280 en una fecha anterior a la terminación de sus funciones y de un precio FOB que no sobrepase el límite preestablecido en dicho decreto.*

“Sobre este punto conviene anotar que una simple resolución ministerial no puede desconocer las exigencias de un decreto de carácter general” (fl. 110).

Líneas adelante, hace el reparo de que no es esta Sección la competente sino la Sección Primera, porque “en el presente caso se está ventilando el aparente derecho a importar un *vehículo* y no el reconocimiento de salarios, prestaciones, ascensos, etc.” (fl. 112).

La señora Fiscal Quinta de la Corporación estima que se deben negar las súplicas de la demanda y, respecto de la competencia de la Sección Segunda, manifiesta que si bien no puede considerarse como una prestación social la importación de un vehículo en circunstancias de favorabilidad, por un funcionario consular, este derecho sí se deriva de la vinculación laboral que tuvo y es una de las prerrogativas concedidas a este personal” (fls. 99-108).

Reconstruido el expediente conforme a los términos del Decreto 3825 de 1985 y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

*Consideraciones:*

En su vista reglamentaria la Fiscalía Quinta de esta Corporación analiza a fondo la situación planteada en este proceso y concluye que deben desestimarse las pretensiones, infundadas ciertamente conforme a los razonamientos que a continuación se transcriben.

“El asunto controvertido es el derecho que pueda tener el actor, quien ocupó el cargo de Cónsul de Segunda Categoría en Venezuela, hasta el 18 de julio de 1981, a beneficiarse del régimen especial para importación de vehículos, de que trata el Decreto 3518 de 1980.

“El artículo 3º de este decreto reza:

“Para que los funcionarios previstos en el artículo anterior puedan acogerse a lo dispuesto en el presente decreto, deben reunir los siguientes requisitos:

“1º Haber desempeñado en el exterior el cargo por un tiempo mínimo de un año consecutivo.

“2º Presentar al Ministerio de Relaciones Exteriores un certificado expedido por las autoridades competentes del país donde hubiere ejercido el cargo, debidamente autenticado por el Cónsul colombiano, en el cual conste que el automóvil que se pretende importar ha sido matriculado o registrado en dicho país a nombre del interesado, antes de cesar en sus funciones.

“3º Presentar la solicitud de licencia de importación ante el Instituto Colombiano de Comercio Exterior dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de funciones’.

“De los elementos de juicio que obran en el proceso se deduce lo siguiente:

“a) Con fecha 31 de enero de 1981, se le envió al señor Franco Loaiza copia del Decreto 3518 de 26 de diciembre de 1980, por el cual se dictan normas arancelarias para la nacionalización de vehículos de propiedad de funcionarios diplomáticos y consulares colombianos;

“b) El 11 de agosto de 1981 solicitó el señor Franco al Ministerio de Relaciones de Colombia, colaboración para cumplir los trámites pertinentes para la importación de un vehículo Mercedes Benz, modelo 280, directamente desde Alemania, por no haber logrado en Venezuela autorización para hacer esa importación, a pesar de haber intentado en repetidas oportunidades mientras desempeñaba el cargo;

“c) Obra en el expediente (fl. 20) copia sin autenticar, de la nota que el Embajador colombiano en Venezuela envió al Ministro de Relaciones de ese país, solicitando la importación de un automóvil Mercedes Benz, modelo 280, para el señor Gamaliel Franco Loaiza, fechada el 3 de noviembre de 1980.

“Analizando estos hechos, a la luz del Decreto 3518 de 1980, tenemos lo siguiente:

“Para que los funcionarios diplomáticos y consulares puedan acogerse al régimen favorable se requiere, entre otros requisitos como es el relacionado con la permanencia en el cargo por un determinado tiempo y el de la oportunidad de la solicitud de licencia de importación luego de su regreso al país, el de presentar ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, un certificado expedido por las autoridades competentes del país donde hubiere ejercido el cargo, debidamente autenticado por el Cónsul colombiano, en el cual conste que el automóvil que se pretende importar ha sido matriculado o registrado en dicho país a nombre del interesado, antes de cesar en sus funciones.

“Lo anterior significa, que la importación que se permite a Colombia, es la del vehículo que el funcionario adquirió para su servicio en el país en donde cumplió sus funciones.

“Naturalmente, este puede ser adquirido en ese país, o en el extranjero; lo que se exige es que hubiera sido matriculado o registrado allá, antes de separarse del cargo.

“Si el funcionario desea, mientras cumple sus funciones, adquirir un carro de fabricación extranjera, es obvio que para ello deberá ajustarse a la reglamentación que el país tenga a ese respecto, y a la que rijan sobre personal diplomático y consular si lo que se pretende es importarlo con exoneración de impuestos.

“Del texto de la resolución que obra a folios 216 y siguientes se infiere que las autoridades venezolanas exigen a los funcionarios consulares que no sean de carrera, que la importación exonerada de impuestos se haga dentro de los 6 meses siguientes al ingreso del funcionario a ese país.

“Si las diligencias pertinentes se iniciaron el 3 de noviembre de 1980, es claro que ya habían transcurrido más de 6 meses contados desde el 9 de marzo de 1980, cuando el actor llegó a ocupar su cargo.

“Tal vez por esa razón no consiguió importar su vehículo exonerado de impuestos en Venezuela, pero lo habría podido hacer, pagando los aranceles correspondientes.

“También tenía la posibilidad de adquirir un vehículo de fabricación nacional, para cumplir con el requisito de la matrícula en Venezuela, requisito que él conocía por habersele enviado desde enero de 1981, copia del Decreto 3518 de 1980.

“Si no cumplió, de ninguna manera es aceptable el argumento de la fuerza mayor que lo excuse, pues está demostrado que ello era posible, aún sin la autorización de las autoridades venezolanas para importar uno exento de impuestos. Porque unos son los requisitos para beneficiarse con la exención venezolana y otros los que deben cumplirse para tener derecho al régimen más favorable de importación en Colombia.

“Ahora bien: Ante las repetidas solicitudes presentadas por el actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, estando ya en Colombia, el Secretario General, encargado del Ministerio, profirió la Resolución número 3014 de 1º de diciembre de 1981, aceptando el argumento de la fuerza mayor, autorizando al Jefe de Personal para expedir los certificados de que trata el artículo 5º del Decreto 3518 de 1980, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en los ordinales 2 y 3 del artículo 2º del mismo decreto. En el artículo 2º

de dicha resolución expresó: 'El señor Gamaliel Franco Loaiza podrá importar un vehículo marca Mercedes Benz, tipo 280, fabricado en una fecha anterior a la de terminación de sus funciones y de un precio FOB que no sobrepase el límite preestablecido en el Decreto 3518 de 1980'.

"El señor Franco se dirigió nuevamente al Ministro para solicitar que se modificara el artículo 1º en el cual se hace referencia a los requisitos del artículo 2º del Decreto 3518 ya que tales requisitos están contenidos en el artículo 3º del decreto y no en el 2º, y para manifestar que por equivocación de su parte había pedido autorización para importar un vehículo tipo 280, el cual ya no se fabrica y por tanto era imposible comprarlo.

"Esta petición recibió respuesta del Jefe de la Oficina Jurídica, quien opinó que era posible importar otro vehículo.

"Podría pensarse que con estos actos se creó en favor del actor un derecho irrevocable por la administración, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, y así se argumenta en la demanda.

"La Fiscalía no comparte este criterio, por las siguientes razones:

"La nota suscrita por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio, de fecha 23 de febrero de 1982 (fl. 31), no implica decisión obligatoria; es simplemente la opinión de un funcionario.

"La Resolución 3014 de 1º de diciembre de 1981, debe tenerse como un acto definitivo que puso fin a la actuación administrativa?

"Estando sometido el asunto de la importación y nacionalización del automóvil a diferentes trámites administrativos, la autorización dada por el Secretario General del Ministerio en dicha resolución, constituye sólo un acto de trámite, encaminado a facilitar la obtención de otros documentos indispensables.

"Tan cierto es esto, que al no haberse podido obtener éstos, no fue tampoco viable conseguir la nacionalización pretendida.

"Como bien lo afirma el señor Ministro en uno de los actos acusados, en la Resolución 3014 no se ordenó la expedición de certificados sin el lleno de los requisitos del artículo 3º sino simplemente se autorizó al funcionario com-

petente para hacerlo, aceptando en gracia de discusión, que la cita del artículo fue errada.

“Pero aún con esa autorización, el Jefe de Personal estaba obligado a actuar conforme a la ley, pues la autorización del superior no lo exoneraba de responsabilidad por infracción manifiesta de un precepto de superior categoría, dado que el artículo 21 de la Constitución sólo exonera de esa responsabilidad a los militares en servicio activo, ante una orden superior.

“Indudablemente es manifiesta la irregularidad en que incurre la Resolución 3014, al autorizar expedir unos certificados sin el lleno de los requisitos exigidos en el Decreto 3518 de 1980, y la importación de un vehículo, en condiciones diferentes a las señaladas en ese estatuto. Obsérvese que el artículo 2º de la resolución trató de dar visos de legalidad a esa disposición, autorizando la importación de un vehículo fabricado en fecha anterior a la terminación de funciones del señor Franco.

“Es claro que la finalidad del decreto no es la de que se traiga un vehículo fabricado en determinada fecha, sino el que el funcionario adquirió cuando prestaba sus servicios diplomáticos o consulares. Por eso exige la matrícula en ese país.

“Si por alguna circunstancia no se cumple ese requisito o cualquier otro, como por ejemplo el tiempo de servicios, resulta ilegal autorizar la importación directamente de otro país, cuando ya terminó la vinculación del funcionario.

“Ni el señor Ministro, ni ningún funcionario de esa dependencia, está facultado para exonerar del cumplimiento de requisitos previstos en normas superiores, ni para obligar a otras entidades como el INCOMEX o las autoridades aduaneras, a infringir la ley.

“Tampoco podría hacerlo la jurisdicción, ni aún estando de por medio la tan mentada Resolución 3014.

“Como el derecho reclamado está condicionado al cumplimiento de determinadas formalidades, si éstas no se cumplen, no podrá nunca llegar a concretarse, a hacerse efectivo, y este es precisamente el caso del actor” (fls. 103 a 108).

La Sala acoge los planteamientos de la vista fiscal, que consultan acertadamente lo alegado y probado en el proceso frente a las normas jurídicas pertinentes.

El demandante desempeñó el mencionado cargo consular entre el 9 de marzo de 1980 y el 18 de julio de 1981 (fl. 41) y, en tal virtud,

busca beneficiarse del régimen de privilegio previsto en el Decreto 3518 de 1980, aunque sin ajustarse a los requisitos allí exigidos.

En efecto, no demostró que, estando en ejercicio de sus funciones consulares, hubiera adquirido y matriculado o registrado a su nombre en Venezuela un vehículo para uso personal que luego importaría al país. Tal vehículo bien podía haber sido importado a Venezuela o adquirido en el mercado nacional de tal país, ya que la ley no señala una especial forma de adquisición. Aquel estatuto no prevé, en cambio, la situación que en la demanda se plantea de importar a Colombia el vehículo desde un país diferente de aquél en que se cumplieron las funciones consulares.

De otro lado, la circunstancia alegada de que el demandante "estuvo haciendo todas las gestiones ante las autoridades venezolanas de la Cancillería de este país relativas a la importación de un automóvil marca Mercedes Benz ... sin que las autoridades de la Cancillería venezolana hubiesen evacuado las solicitudes en cuestión", no es argumento en favor de la pretensión, pues lo que en realidad de verdad señala el Decreto 3518 de 1980 atañe a los requisitos que deben cumplirse ante las autoridades colombianas para que un funcionario diplomático o consular pueda nacionalizar un vehículo de su propiedad, adquirido con arreglo a las leyes del país donde se encuentre acreditado y "matriculado o registrado en dicho país a nombre del interesado".

Claro es, por consiguiente, que, tratándose de un privilegio y no de un deber, no puede alegarse válidamente la fuerza mayor o el caso fortuito, factores de excepción frente a una conducta exigida por la ley.

En tal virtud y dado que el transcurso del tiempo es irreversible, no le es posible al accionante retrotraer situaciones superadas a fin de hacer llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores la certificación autenticada de que trata el ordinal 2º del artículo 3º atrás citado, *antes de cesar en sus funciones* como Cónsul de Colombia en ciudad Bolívar, es decir, antes de 18 de julio de 1981, ni presentar la solicitud de licencia de importación al Instituto Colombiano de Comercio Exterior, "dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de funciones", como allí se prevé.

Es enfático el texto del artículo 5º del referido estatuto al disponer:

"El Ministerio de Relaciones Exteriores sólo podrá expedir los correspondientes certificados para el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX y las autoridades aduaneras, cuando los interesados comprueben plenamente que la solicitud de importación de su automóvil se ajusta a las normas del presente decreto".

Por otra parte, la Sala observa que la Resolución número 3014 de 1º de diciembre de 1981, expedida por el Ministro de Relaciones Exteriores (E) (fls. 57 y 58), que autorizó al Jefe de la Sección de Personal para expedir al actor los certificados de que trata el artículo 5º del Decreto 3518 de 1980 y a éste para la importación de un vehículo, sin el cumplimiento de los requisitos ordenados por este decreto, al cual ha debido someterse, no generó para el actor derechos adquiridos con arreglo de la ley y garantizados por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

En tal virtud, no apareciendo demostradas las imputaciones de la demanda contra los actos enjuiciados, subsiste la presunción de legalidad que les es propia, por lo que han de desestimarse las pretensiones del actor.

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

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 6 de octubre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Pedro Charria Angulo, Conjuez.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

*DEMANDA - Ineptitud / PODER / COADYUVANCIA*

*Los mismos requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional la cual, lo dice expresamente el artículo 152 del C. C. A., debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado" circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

*Referencia: Expediente número 771. Resoluciones ministeriales. Actor: Seguridad Nutibara Ltda.*

El señor Guillermo León Muñoz Aristizábal, representante legal de la sociedad Seguridad Nutibara Ltda., domiciliada en Medellín, instauró ante esta Corporación demanda de restablecimiento del derecho en la que aparece como demandada la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—. Habiéndose cumplido oportunamente todas las etapas procesales y entrado el expediente a Despacho para dictar sentencia, se entra a decidir por medio de esta providencia.

*La demanda:*

El señor Guillermo León Muñoz Aristizábal, Gerente de la empresa demandante, instauró, mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, demanda contenciosa de restablecimiento del derecho a fin de que, en sentencia, se declare:

1. Que son nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 6875 de diciembre 10 de 1985 y 1368 de marzo 10 de 1987, proferidas ambas por el señor Ministro de Defensa y en virtud de las cuales se dispuso la cancelación de la licencia de fun-

cionamiento de la sociedad denominada Seguridad Nutibara Ltda., domiciliada en la ciudad de Medellín por la primera, y se confirmó dicha decisión por la segunda.

2. Que como consecuencia de lo anterior se disponga que la sociedad actora tiene derecho a seguir gozando de la renovación de su licencia mientras no se demuestre que su conducta es violatoria de las normas legales que gobiernan esta actividad.

3. Que igualmente se condene a la Nación (Ministerio de Defensa) al pago de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, ocasionados a la referida sociedad con el proceder de la administración, y que se concretan en las utilidades que deje de percibir durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1987, fecha de cesación de sus actividades y aquella en que quede ejecutoriada la sentencia que resuelva esta controversia; rubro que se establecerá por medio de peritos.

4. Que al valor de la condena resultante se le dé aplicación al contenido del artículo 178 del C. C. A. relativo al ajuste del valor. Y que el fallo se cumpla en los términos de los artículos 176 y siguientes del C. C. A.

*La causa petendi:*

Exponiendo los hechos en que se fundamenta la demanda, dice el representante de la sociedad actora (en resumen):

a) La sociedad demandante Seguridad Nutibara Ltda., fue constituida mediante escritura pública el 9 de junio de 1982, dedicada según su objeto social, al servicio de la vigilancia privada de las diferentes actividades comerciales, industriales, residenciales, etc. La última licencia de funcionamiento fue concedida por Resolución ministerial número 307 de enero 25 de 1985;

b) El actual propietario la adquirió por medio de la escritura pública número 2669 de abril 30 de 1985 de la Notaría 15 de Medellín. En junio y octubre de 1985 fueron practicadas a la empresa por parte de la Policía Nacional, revistas inspectivas (sic) con resultados favorables;

c) El 31 de diciembre de 1985, la sociedad recibió notificación de que su licencia de funcionamiento había sido cancelada mediante la Resolución número 6875 de diciembre 10 del mismo año, "con fundamento en que la misma no ofrecía garantía en la conservación del orden público, pues no estaba utilizando su armamento en debida forma; y además que estaba prestando servicios de vigilancia a personas ubicadas al margen de la ley". Dicho acto fue recurrido en debida forma;

d) Para resolver el recurso, la Dirección de la Policía dispuso la práctica de una inspección. El resultado, contenido en el oficio número 3243 COMEVAL/236 de abril 16 de 1986, establece que "en ningún momento se halla al borde de la ley". Desconociendo esto, el Ministerio de Defensa produjo la Resolución número 1368 de marzo 10 de 1987 por medio de la cual confirmó la cancelación. Esta decisión se notificó por edicto fijado el 3 de junio de 1987;

e) El Ministerio se excedió en la facultad discrecional imponiendo la sanción más fuerte a una empresa que no había sido sancionada antes, existiendo para estos eventos sanciones menos drásticas. Con la expedición del acto en tales condiciones se violentó la norma de fondo.

El Gerente de la sociedad actora, considera que la Administración Nacional violó ostensiblemente las siguientes normas: Artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984; el artículo 161 del Decreto 1663 de 1979; los artículos 16, 17 y concordantes de la Constitución Nacional. Respecto al concepto del demandante sobre la violación, se hará la debida referencia en las consideraciones de esta providencia si a ello hubiere lugar.

Antes de concluir el libelo de la demanda, el representante legal de la firma actora dice conferir poder al doctor Alvaro Bustamante Ledesma para que represente a ésta en el proceso. El profesional, manifiesta que acepta y coadyuva.

#### *La impugnación de la demanda:*

La apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa—, solicita que se mantenga la presunción de legalidad de las resoluciones ministeriales atacadas y que no se declare su nulidad por cuanto fueron dictadas por el Ministro de Defensa acorde con lo establecido en el Decreto número 2810 de 16 de noviembre de 1984, literal f). Propone además la excepción de inepta demanda en razón de que la parte actora no aparece obrando por medio de abogado inscrito como lo establecen claras normas de la Constitución (art. 40) y del Código de Procedimiento Civil (art. 63, derecho de postulación).

#### *Los alegatos de conclusión:*

A folio 135 del expediente se encuentra, a manera de alegato de conclusión, un escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y remitido luego a este Despacho, por el abogado Alvaro Bustamante Ledesma quien no tiene personería para actuar en el proceso puesto que ni la ha solicitado ni se le ha reconocido.

En cuanto a la apoderada del Ministerio de Defensa, alega en su memorial de conclusión una "indebida acumulación de pretensiones"

por parte de la actora fundándose en que ésta propone una acción de restablecimiento del derecho "en la cual a más de pedirse la nulidad de los actos impugnados" (primera pretensión), se solicita que en consecuencia de esa declaración se siga gozando de la renovación de su licencia de funcionamiento (pretensión segunda), o sea la forma como pretende debe restablecerse su derecho. Mientras que la pretensión tercera, anteriormente expuesta, solicita el pago de una indemnización lo que implicaría una pretensión propia de la acción de reparación directa, puesto que es la consecuencia de la declaración de responsabilidad, es el reconocimiento de unos perjuicios. Lo que lleva a que se configure la indebida acumulación de pretensiones, el restablecimiento del derecho y reparación del daño, dado que de acuerdo con el artículo 85 del C. C. A. éstas se excluyen entre sí.

#### *El concepto fiscal:*

Enviado el expediente al Despacho del señor Fiscal Primero de la Corporación a fin de escuchar de él su concepto de fondo, éste expresó algunos puntos de vista basados en la transcripción que hace de lo dicho en el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las resoluciones demandadas, concluyendo que "estos cargos, que no fueron desvirtuados, son básicos para las medidas tomadas en las resoluciones demandadas y así se tuvieron en cuenta al resolver el recurso de reposición". Y aunque no manifiesta el representante del Ministerio Público su concepto sobre si se deben acoger o no las peticiones de la demanda, parece estar por la negativa cuando opina que "el demandante debe hacer esos ajustes a fin de que haya viabilidad de que se renueve la licencia materia de la acción".

Tampoco hace el señor Fiscal pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

#### *Consideraciones de la Sala:*

En obediencia al ordenamiento legal, antes del examen de las pretensiones de la demanda y de la posibilidad de que éstas prosperen o sean denegadas, habrá de analizarse lo que hace relación a las excepciones propuestas o a cualquiera otra que, como lo dice la ley, el fallador encuentre probada.

Avoca la Sala en primer lugar la *excepción de inepta demanda* propuesta por la apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa— en la contestación de la demanda y sobre la cual hubiera sido útil conocer el criterio del Agente del Ministerio Público. Manifiesta la apoderada oficial que "en la demanda no aparece la parte actora obrando por medio de abogado inscrito para representar válidamente la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Apoya su petición en el artículo 40 de la Constitución Nacional según

el cual "sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional. Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito", y en el artículo 63 del C. de P. C. que determina: "Derecho de postulación: Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa". Añade la proponente que al señor Guillermo León Muñoz se le reconoce personería judicial para actuar sin ser abogado inscrito y que, en el caso posible en que el actor haya considerado que lo que solicitaba era la nulidad simple, caso en el cual hubiera podido actuar como simple ciudadano, propone en subsidio la "excepción de inepta demanda por trámite inadecuado".

Ante las excepciones propuestas no asume posición alguna la parte actora.

Examinado con detenimiento el libelo que inicia la demanda, se observa que, en efecto, está redactado exclusivamente y en forma directa por el gerente de la sociedad Seguridad Nutibara Ltda., como representante legal que es de la misma. Se observa igualmente, que no hay duda en cuanto a la acción que instaura cual es la "*contenciosa de restablecimiento del derecho*". Es decir, una acción en la que se requiere ser abogado inscrito si se actúa a nombre propio o que se debe ejercer a través de un profesional que lo sea en esta ciencia. El señor Muñoz Aristizábal no manifiesta ser abogado y su identificación se efectúa mediante la cédula de ciudadanía sin acreditar tarjeta de profesional del derecho debidamente inscrito.

Por otra parte, se hizo mención al finalizar el tercer capítulo de este proveído, a la manifestación hecha por el actor, dentro del cuerpo de la demanda, en el sentido de constituir un apoderado "para que represente a la sociedad demandada (sic) Seguridad Nutibara Ltda., en este proceso". Al final de la demanda, después de la firma del actor, aparece la del presunto apoderado bajo las palabras "acepto y coadyuvo".

Motivo de mesurada consideración y análisis serán estas manifestaciones ya que ellas constituyen el meollo de la excepción propuesta.

Dos patrones jurídicos nos servirán de guía para este efecto:

a) La ley ha querido revestir de cierta solemnidad la institución del apoderamiento. A tal efecto, establece el inciso segundo del artículo 65 del C. de P. C.:

"El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento presentado como se dispone para la demanda".

Lo que conlleva a la lógica conclusión, a la aserción irrefutable de que el poder es una cosa y la demanda es otra. Y que los mismos

requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional la cual, lo dice expresamente el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado", circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata. Y lo es mucho menos en el caso *sui juris* cuando no es el apoderado quien sustenta el libelo sino el poderdante. Desde la identificación del proceso, siguiendo con la solicitud de las declaraciones que se piden de la sentencia, la presentación de los hechos, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de esa violación, la petición de pruebas y hasta la indicación de la competencia y los fundamentos de derecho aparecen signados por el actor. Se manifiesta así pues, en forma nítida, su comparecencia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo actuando a nombre propio en una acción en la que se requiere hacerlo por medio de apoderado.

b) Como ya se indicó, al final de la demanda aparece, a manera de un discreto eco de la extraviada manifestación del actor, la expresión "acepto y coadyuvo" seguida de la firma de quien, según la tarjeta presentada, es un profesional del derecho.

Vaga e incierta la expresión puesto que está al final de una demanda cuya aceptación correspondería al juzgador a quien va dirigida. Lo es también en cuanto no se sabe qué significación pueda tener, en este caso, la palabra "coadyuvo".

*La coadyuvancia* es tratada por el C. de P. C. en el Capítulo III "intervención de terceros y sucesión procesal" cuando en el artículo 52 la justifica así:

"Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella" (inciso primero).

"El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio" (inciso segundo).

No aparece, en el caso examinado, ninguna prueba sobre el interés, ni sobre la relación sustancial, ni sobre la forma como pueda afectarse desfavorablemente con los efectos jurídicos de la sentencia quien firma la demanda como coadyuvante. No se ve de donde emane su derecho a coadyuvar, de dónde su personería para actuar en el proceso. "Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia civil (la coadyuvancia figura predominante civil), se coadyuva en un juicio

cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo" (*Anales* de 1984, 2º semestre).

Sentados los postulados anteriores, aparece ciertamente configurada y comprobada la *excepción de inepta demanda* propuesta por la apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa—, a causa de la indebida representación del demandante lo que constituye una flagrante violación del artículo 40 de la Constitución Nacional y del artículo 63 del C. de P. C.; siendo por consiguiente infructuoso, inane empeño y contradictorio a los usos procesales y a la misma economía, entrar a examinar a fondo las pretensiones de una demanda que, por lo expresado, no tiene opción para que se pronuncie sobre ella una sentencia de mérito.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por disposición de la ley, después de haber solicitado el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

*Falla:*

*Se declara probada* en este proceso la excepción de inepta demanda, que inhibe para una decisión de fondo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Víctor M. Villaquirán M., Secretario.*

**INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD / PRINCIPIO DE CELERIDAD**

*Se abre paso el sendero legal de integrar oficiosamente el contradictorio necesario con la persona sin cuya comparecencia al proceso, no es posible resolver de mérito, por cuanto ha intervenido en los actos acusados, no obstante que el demandante en su libelo no lo mencionó. Fue dentro del trámite admisorio de la demanda donde se incurrió en la falla procesal; por lo tanto y en virtud de los principios de imparcialidad y celeridad que informan las actuaciones administrativas, no son los administrados los que deben sufrir las consecuencias del error del funcionario.*

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

**Referencia:** Expediente número 4730 (190). Actor: Sociedad Carvajal S. A.

Estando el presente proceso para dictar sentencia sobre la demanda de nulidad de las Resoluciones números 1669 de 8 de agosto de 1984 y 0205 de 19 de febrero de 1985 emanadas del Ministerio de Minas y Energía incoada por Carvajal S. A., observa la Sala Unitaria que en el auto calendarado el 15 de octubre de 1985 (fls. 80 a 82, cuaderno 1), mediante el cual se admitió la demanda, no se ordenó la notificación personal de los particulares que, según los actos acusados, pueden tener interés directo en los resultados del proceso, en el caso *sub judice*, al señor Carlos Julio Vargas Gómez, solicitante del permiso número 3427 tramitado a través de las citadas resoluciones.

En efecto, la parte resolutive de la providencia admisoria de la demanda ordena:

*“En consecuencia se resuelve:*

*“1. Admítase la anterior demanda presentada por la Sociedad Carvajal S. A.*

*“Reconócese al doctor Diego Llinás Pimienta como apoderado de la sociedad demandante, conforme al poder que obra al folio 1.*

“Notifíquese personalmente esta providencia a la señora Fiscal Segunda de la Corporación.

“Notifíquese personalmente esta providencia al señor Ministro de Minas y Energía.

“Solicítase al señor Secretario General del Ministerio de Minas el envío de los antecedentes administrativos de las Resoluciones 1669 de 8 de agosto de 1984 y 0205 de 19 de febrero de 1985.

“Fijese en lista por el término de 10 días para efectos del numeral 3º del artículo 207 del C. C. A.

“2. No acceder a la solicitud de suspensión provisional solicitada, de los actos acusados” (fls. 80 a 82, cuaderno 1).

Prescribe el artículo 207 del C. C. A.:

“Auto admisorio de la demanda.

“Recibida la demanda y verificado el reparto, el ponente dispondrá, en el auto que la admita lo siguiente:

“1. ....

“2. Que se notifique personalmente al Agente del Ministerio Público y a los particulares que, según la demanda o los actos acusados, puedan tener interés directo en los resultados del proceso. En el caso de que no sea posible notificar personalmente a los particulares afectados dentro de los diez (10) días siguientes a aquél en que el interesado suministre lo necesario, a solicitud de parte, se procederá a su emplazamiento por edicto en el cual se expresará la naturaleza del proceso y el nombre del demandante. El edicto se fijará en la secretaría por el término de diez (10) días y se publicará dos veces en días distintos dentro del mismo término en un periódico de amplia circulación nacional o local según el caso. El edicto y las publicaciones se incorporarán al expediente.

“Copia del edicto se enviará por correo certificado a la dirección indicada en la demanda; o en la solicitud de emplazamiento y a la que figure en el directorio telefónico del lugar, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

“3. ....

“4. ....”.

Como puede observarse, con el simple cotejo de la resolutive transcrita que admitió la demanda presentada por Carvajal S. A., con

la norma procesal señalada, dicha providencia no dio cumplimiento integral a la norma, ya que no dispuso la notificación personal al señor Carlos Julio Vargas Gómez, persona que, necesariamente saldría afectada con la decisión de fondo que se tome en el presente caso, cualquiera que ella fuese.

La señora Fiscal Segunda de esta Corporación precisa en su concepto de fondo:

“También se observa, que no obstante las resultas del proceso interesan de manera directa al señor Carlos Julio Vargas Gómez, solicitante del permiso para explotar carbón, en la demanda no se solicitó que fuera citado al proceso, ni el auto admisorio le fue notificado, omisión esta que constituye una causal de nulidad” (fls. 139 y 140, cuaderno 1).

Las anteriores reflexiones permitirían concluir lógicamente que se estaría en presencia de la causal de nulidad establecida en el numeral 9º del artículo 152 del C. de P. C., aplicable por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, antes de tomar por el rumbo de la nulidad, cuyas consecuencias serían retrotraer el proceso al momento de la admisión de la demanda dejando sin validez alguna las posteriores actuaciones (fls. 80 a 141, cuaderno 1), la Sala Unitaria considera conveniente examinar la posibilidad de remediar el vicio anotado mediante la aplicación de mecanismos procesales diferentes, tales como el previsto por el artículo 83 del C. de P. C. en aras de los principios generales de economía procesal, celeridad, eficacia y contradicción consagrados en los artículos 3º del C. C. A. y 4º del C. de P. C., pero muy especialmente en salvaguarda del principio constitucional del derecho de defensa y audiencia.

La norma citada del C. de P. C. dispone:

“Artículo 83. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que *intervinieron en dichos actos*, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas. Si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes faltan para integrar el contradictorio, la que se hará en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado.

“Cuando por cualquier causa no se haya ordenado tal citación al admitirse la demanda, *el juez la decretará posteriormente, de oficio o a petición de parte*, mientras no se

haya dictado sentencia de primera instancia y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan.

“El proceso se suspenderá durante dicho término. Pero si para entonces hubiere precluido la oportunidad probatoria, y alguna de dichas personas solicitare pruebas, el juez concederá para practicarlas, según el caso, un término que no podrá exceder del ordinario, o señalará día y hora para audiencia” (Subraya la Sala).

Al respecto, en varias tesis se apoyaría esta orientación:

1º Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Ed. A.B.C. Bogotá 1974, página 288, expresa:

“Para nosotros la debida formación del necesario contradictor es, un problema de legitimación en la causa 186: Cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo; *para evitar este pecado contra la economía procesal, es decir la pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia (C. P. C., arts. 83, 403, 417)”*.

2º José Chioyenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, página 650, señala:

“Cuando el litisconsorcio es necesario en el primer momento, esto es, respecto de la proposición de la demanda, el actor que obra por sí solo o contra uno solo se expone a la desestimación de la demanda. Falta, en efecto, la condición de la acción que hemos llamado *legitimatío ad causam*. No se trata de un simple defecto del proceso que pueda separarse fácilmente, sino de un defecto de la acción, la cual en tanto pertenece al que obra y contra su demandado, *en cuanto la misma acción pertenece a otros y contra otros*; y, por consecuencia, no pertenece a quie obra por sí solo o contra uno solo. El demandado tiene, pues, una excepción de carencia de acción, y no una simple *exceptio plurium litisconsortium*, que dejaría suspenso el proceso a su cargo con todos los efectos sustanciales y procesales (16).

3º Miguel González Rodríguez (Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, 6ª edición, página 347), afirma:

“En el Código Contencioso Administrativo, por la naturaleza especial de sus acciones, pues una es pública y las

otras son privadas, el legislador ha establecido el derecho de toda persona de solicitar que se le admita como 'parte coadyuvante o impugnadora' en los procesos de simple nulidad, porque en ese proceso el condicionamiento jurídico de la gestión administrativa del Estado, se presume que sea de interés de todo ciudadano, tanto para ejercitar la acción como para tratar de contrarrestarla mediante los recursos pertinentes. Por el contrario, cuando la acción instaurada es de tipo privado o subjetivo, como la de restablecimiento del derecho, la de reparación directa o la contractual, quien pretenda intervenir como parte adhesiva en la *litis* debe acreditar un interés directo en las resultas del proceso, *por favorecerlo o perjudicarlo la decisión que se pueda tomar dentro de él*, como acontece en los casos en que se demanda un acto de retiro de una persona del servicio público a través del cual simultáneamente se ha designado a otra, la cual tendrá interés en que ese acto se mantenga" (subrayas fuera de textos).

4º En la sentencia de mayo 22 de 1984, expediente 1871, el doctor Eduardo Suescún Monroy hizo salvamento de voto (Litisconsorcio necesario, pág. 409, Diccionario Jurídico, año 1984, Tomo VI), cuyos apartes bien vale la pena transcribir, para reforzar la decisión a tomar en el caso *sub lite*:

"Respetuosamente me separo de la mayoría por considerar que en este juicio, la solución no era la sentencia inhibitoria sino la aplicación del artículo 83 del C. de P. C. que prevé, justamente el procedimiento de saneamiento cuando se ha adelantado el proceso sin citación de los litisconsortes necesarios.

"En este caso no se integró el contradictorio en debida forma por cuanto la demanda sólo fue presentada por uno de los dos titulares del derecho reclamado: Era por consiguiente aplicable dicha norma. La sentencia dejó de hacerlo al considerar inconstitucional su aplicación en este juicio por afectar el debido proceso, por cuanto en su concepto el nuevo litisconsorte 'nada tendría que hacer' frente a las pruebas practicadas y no podrían considerarse tales pruebas como públicas y controvertidas por la persona que apenas ahora se hace parte.

"Considero, sin embargo, que el nuevo litisconsorte sí puede controvertir y desvirtuar las pruebas ya practicadas. El artículo 83 establece toda una tramitación orientada precisamente a garantizar que el nuevo litisconsorte pueda, no sólo hacerse parte, sino pedir pruebas y practicarlas dentro de términos similares a los ordinarios.

“Queda así en evidencia que la garantía del debido proceso opera plenamente para el nuevo litisconsorte, por cuanto éste tiene todos los derechos necesarios para pedir, probar y obviamente para alegar. No cabe por consiguiente, plantear aquí la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 83, como lo hace la sentencia.

“.....

“Lo importante del artículo 83 no es su texto mismo sino la institución procesal que significa como medida de saneamiento destinada a desarrollar el principio de la economía procesal. Es la filosofía de la institución y su objeto mismo, lo que cuenta ante todo. Y si esta norma fue dictada para un sistema como el del proceso civil, caracterizado todavía por el proceso de la doble instancia, no puede dejarse de aplicar en los procesos administrativos en que se establece una sola instancia, por considerarse precisamente que las garantías son mayores y que resulta innecesario el doble examen.

“Considero por lo tanto que era aplicable el artículo 83. Además la economía procesal y el derecho de los asociados a que el Estado defina sus controversias indicaban también que esta vía del saneamiento resultaba más positiva para los fines de la justicia”.

5º Sentencia de mayo 5 de 1978, Sección Primera, expediente 2437, Consejero ponente doctor Carlos Galindo P., página 119, Diccionario Jurídico, Tomo III (1958-1981):

“*Litisconsorcio necesario pasivo*. Cuando se impugna un acto que origina situación particular (art. 83, C. de P. C.).

“El INTRA afirma que no se integró en debida forma el contradictorio porque se le dio acceso como parte principal en el proceso, a la empresa beneficiaria del permiso impugnado. Esta Corporación ha sostenido en repetidas ocasiones que cuando se impugna como en este caso, un acto del cual deriva una situación jurídica de la cual es titular una persona no puede adelantarse el proceso sin su audiencia porque se configura un típico litisconsorcio necesario de carácter pasivo, frente a la cual, surge para el juez el deber imperioso de la citación prevista en el artículo 83 del C. de P. C.

“6º *Litisconsorcio necesario*. Supone actos o relaciones jurídicas respecto de las cuales no sea posible resolver el mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetas de estas relaciones; no basta pues una situación pura-

mente fáctica de simple hecho que en la práctica se traduzca en aprovechamiento, para que quien le reciba deba ser tenido como una litisconsorcio necesario.

“.....

“La jurisprudencia del Consejo y en particular la de la Sección Primera se ha caracterizado *por el celo en la defensa del principio del 'litisconsorcio necesario' y de la integración del contradictorio para evitar que se produzcan pronunciamiento de mérito sobre nulidad de actos creadores de situaciones jurídicas concretas sin la participación de los titulares de esos derechos.* Pero según quedó explicado éste no es el caso que se plantea en el proceso *'sub examine'* y por ello la doctrina contenida en los fallos correspondientes, algunos de los cuales cita el señor fiscal, no es pertinente. Por consiguiente no se advierte ninguna causal de nulidad que pueda invalidar el proceso.

“(Sentencia de septiembre 19 de 1978. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2664. Actor: Transportes Oriente Antioqueño Ltda. Apelación de la sentencia proferida el 29 de abril de 1977 por el Tribunal Administrativo de Antioquia)”.

La demandante pide que se declaren nulas las Resoluciones números 1669 y 0205 del Ministerio de Minas y Energía, en primer lugar y: “2º Que, como consecuencia de la nulidad que solicito sea declarada, se ordene al Ministerio de Minas y Energía que se admita la oposición presentada por la sociedad ‘Carvajal S. A.’ al otorgamiento del permiso número 3427, que, en tal virtud, debe ser rechazado; o que, si esto fuere lo procesalmente pertinente, cancele dicho Ministerio tal permiso, si, para la fecha en que este fallo se profiera, aquel ya se hubiere otorgado” (fl. 73, cuaderno 1).

De lo anterior se desprende que, si la acción impetrada por la actora fuera de simple nulidad, al tenor del artículo 146 del C. C. A., el afectado podría intervenir como parte coadyuvante o impugnadora, pero, como también se hace petición de un restablecimiento del derecho, esto es, ordenar al Ministerio de Minas y Energía admitir la oposición presentada por Carvajal S. A. al otorgamiento del permiso número 3427, que éste se rechace o que se cancele, si al momento del fallo ya se hubiere otorgado, el derecho a intervenir como parte adhesiva a quien acredite interés directo en las resultas del proceso, estaría radicado en la persona del señor Carlos Julio Vargas Gómez, quien no ha podido acreditar dicho interés, precisamente por la falta total de la notificación personal que consagra el numeral 2º del artículo 207 del Decreto 01 de 1984.

En este orden de ideas, se abre paso con mayor fuerza y amplitud el sendero legal de integrar oficiosamente el contradictorio necesario con la persona sin cuya comparecencia al proceso, no es posible resolver de mérito, por cuanto ha intervenido en los actos acusados, no obstante que el demandante en su libelo no lo mencionó. Y ella es concretamente el adjudicatario del permiso número 3427 amparado por las resoluciones cuestionadas, quien, se reitera, saldrá afectado con las resultas de la presente contienda jurídica; razones potísimas para reconocer al señor Vargas Gómez un interés directo en ella, a pesar de haberle sido imposible acreditarlo ante esta Corporación, como ya se demostró.

Cabe anotar finalmente que, fue dentro del trámite admisorio de la demanda *sub examine* donde se incurrió en la falla procesal suficientemente ilustrada a través de los razonamientos precedentes, por lo tanto y en virtud de los principios de imparcialidad y celeridad que informan las actuaciones administrativas, no son los administrados o las personas que reclaman el pronunciamiento del juez, las que deban sufrir las consecuencias del error del funcionario. De tal suerte que si la normatividad procedimental concede al juez la facultad de subsanar o corregir el error cometido, no existe ningún obstáculo, para no hacerlo así, antes bien, ese es su deber.

Del marco conceptual y jurídico que antecede se desprende que es conveniente y oportuno aplicar el artículo 83 del C. de P. C. En consecuencia *se resuelve*:

*Primero:* Ordénase la notificación personal del auto admisorio de la demanda de fecha 15 de octubre de 1985, al señor Carlos Julio Vargas Gómez, en la forma y términos previstos en el numeral 3 del artículo 207 del C. C. A. (art. 46 del Decreto 2304 de 1989).

*Segundo:* El señor apoderado de la parte actora deberá suministrar la dirección del señor Carlos Julio Vargas Gómez, para la práctica de la notificación.

*Tercero:* Para efectos de la notificación anterior, comisionase al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por el término de veinte (20) días contados a partir del recibo del despacho comisorio.

*Cuarto:* Suspéndase el presente proceso mientras se cumple lo dispuesto en los numerales anteriores (C. P. C., art. 83 *in fine*).

Notifíquese y cúmplase.

*Antonio José de Irisarri Restrepo.*

*Félix Arturo Mora Villate, Secretario.*

## REMUNERACION EN EL ENCARGO/ENCARGO-Término

*No es lícito que la administración se beneficie de los servicios de un funcionario que ella misma ha colocado en un determinado empleo a título de encargo, y se niegue a remunerarlo como corresponde porque en razón de su negligencia desconoció disposiciones sobre términos de ese encargo, que sólo a ella le compete cumplir.*

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 3523. Resoluciones ministeriales. Actor: Pedro José Benítez Reina.

El señor Pedro José Benítez Reina interpone mediante apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 29 de febrero de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

### *Consideraciones:*

Se solicitó en la demanda, que previa declaratoria de silencio administrativo en relación con la reclamación presentada al Ministerio de Relaciones Exteriores el 17 de mayo de 1984 por el señor Benítez Reina, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de diferencias salariales, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos que debió percibir por el tiempo comprendido entre el 9 de octubre de 1979 y el 25 de marzo de 1983, período en el que se desempeñaba como Jefe de la División de Fronteras, se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores reconocerle dichas diferencias salariales y presenciales.

El Tribunal luego de hacer un análisis de la situación laboral del actor, declaró probado el silencio administrativo y negó las peticiones de la demanda.

El apelante manifiesta que si el mismo tribunal reconoce en su sentencia que él se desempeñó como Jefe de División de Fronteras, debió aplicar el artículo 143 del C. S. del T. que contiene el principio según el cual a trabajo igual corresponde salario igual, y la norma que consagra el derecho a recibir la remuneración que la ley señala al cargo que se desempeñe.

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación solicita se acojan las súplicas de la demanda, y para fundamentar esta petición expresa lo siguiente:

“Ciertamente lo pretranscrito (se refiere a la sentencia del tribunal) corresponde a lo evidenciado por las constancias procesales, *pero*, esta Agencia Fiscal no comparte la conclusión con respecto al derecho aplicable: Porque, salvo excepciones que dicen relación con la falta de calidades para desempeñar un empleo a título de encargo, que no es el caso, el encargado tiene derecho, a términos del artículo 7º del Decreto 2400 de 1968, ‘a percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley...’.

“En este sentido es muy elocuente también y guarda completa armonía con el ordenamiento legal reglamentado, el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973, cuando dice: ‘El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente siempre que no deba ser percibido por su titular’. No conspira contra la clara letra y sentido de las normas en cita, el que la administración haya cumplido con el deber de proveer el empleo del que estaba encargado el demandante dentro del término de tres (3) meses que señala el artículo 35 *ibidem*: ‘Pues, esta omisión del nominador, no legitimaba al encargado para incurrir en falta disciplinaria, o tal vez en delito, abandonando el cargo. Y como tenía que seguir, como en efecto siguió desempeñándolo en forma por demás encomiable’ (son palabras del tribunal de instancia), apenas sí resulta lógico y justo, y legal, que se le reconozca el sueldo señalado para el empleo que desempeñaba temporalmente: Tanto más cuanto éste no era percibido por su titular, tal y como se desprende de las constancias de autos. Cabe advertir también que la falta de posesión, para empleos servidos a título de encargo, no es relevante; lo es más el cabal desempeño de las funciones respectivas. En cuanto a que faltaba el nombramiento, es el mismo tribunal el que admite lo contrario cuando dice: ‘...los tres primeros meses estuvo legalmente encargado...’. Transcurridos estos tres meses sin que la administración designara al titular el encargado seguía en prórroga automática de su precaria investidura.

“Por lo discurrido, cree esta Agencia Fiscal que la sentencia apelada debe ser revocada y acogidas las súplicas de la demanda”.

De los elementos de juicio que obran en el proceso, deduce la Sala que efectivamente el señor Benítez Reina ocupó, como encargado, la Jefatura de la División de Fronteras en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 5 de julio de 1979, cuando se posesionó en dicho empleo en virtud de encargo conferido por Decreto 1552 de 28 de junio de 1979, y hasta su retiro del servicio ocurrido el 25 de marzo de 1983.

La copia del acta de entrega de la División a quien fue nombrado para desempeñar el cargo, señor Alberto Martínez Barbosa suscrita en esa fecha y no tachada de falsa, así lo demuestra.

El Ministerio no desconoce abiertamente este hecho, simplemente afirma que como el encargo en caso de vacancia definitiva no puede sobrepasar los tres meses, el señor Benítez debió cesar automáticamente en el desempeño de las funciones de Jefe de División de Fronteras y por tanto sólo se le canceló sueldo como tal hasta el 8 de octubre de 1979.

Ciertamente el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968 fija límite al encargo y estatuye que al vencimiento del término señalado, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y el cargo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales. En similar sentido está redactado el artículo 34 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Pero dichas normas, no relevan a la administración de cumplir la obligación correlativa que reconozca el derecho que tiene todo empleado a percibir la remuneración que la ley fija para el empleo que desempeña, derecho consagrado también en disposición legal.

Si la administración permite como en el caso que nos ocupa, que un encargo se prolongue por más de 3 meses en caso de vacancia definitiva, tal proceder es en efecto irregular, pero no achacable al encargado.

Los elementos de juicio que obran en el proceso muestran que mientras el señor Benítez desempeñó el cargo como Jefe de División de Fronteras, en ningún momento se le comunicó que al vencimiento de 3 meses debía cesar el encargo ni se dio posesión a otro funcionario para que asumiera tales funciones.

Estima la Sala que no es jurídico ni equitativo, que la administración escudada en su propio error, eluda el cumplimiento de las obligaciones que tiene para con sus servidores.

Dicho con otras palabras, no es lícito que la administración se beneficie de los servicios de un funcionario que ella misma ha colocado

en un determinado empleo a título de encargo, y se niegue a remunerarlo como corresponde porque en razón de su negligencia desconoció disposiciones sobre términos de ese encargo, que sólo a ella le compete cumplir.

En este orden de ideas se concluye:

Admitido el hecho del desempeño de las funciones de Jefe de la División de Fronteras en el Ministerio de Relaciones Exteriores por parte del señor Pedro José Benítez Reina, desde el 5 de julio de 1979 y hasta el 25 de marzo de 1983, debe cancelársele la diferencia salarial no pagada; es decir, entre lo que se le reconoció como Jefe de Sección y lo que le correspondía como Jefe de División, pues no era incompatible el desempeño de los dos cargos, uno como titular y el otro como encargado, por voluntad de la administración.

Obviamente que este reconocimiento tendrá incidencia en la liquidación de prestaciones sociales, en cuanto se modifica el salario devengado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto negó las súplicas impetradas por el demandante.

En su lugar se dispone:

1º La Nación —Ministerio de Relaciones Exteriores— reconocerá y pagará al señor Pedro José Benítez Reina, identificado con la cédula de ciudadanía número 30554 de Bogotá, las diferencias salariales que resulten entre el sueldo correspondiente al cargo que ocupaba según la nómina, y el de Jefe de División de Fronteras, que efectivamente desempeñó en el Ministerio de Relaciones Exteriores, durante el lapso comprendido entre el 9 de octubre de 1979 y el 25 de marzo de 1983.

2º Dicho reconocimiento tendrá incidencia en el reajuste de prestaciones sociales que deberá efectuarse.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 10 de noviembre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, con salvamento de voto; Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

*ENCARGO - Término (Salvamento de voto)*

*Si el actor hubiera ejercido el empleo después de vencido el término de los tres meses a que alude el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968, lo habría hecho contrariando sus mandatos que le ordenaban cesar AUTOMATICAMENTE en el ejercicio de las funciones sin necesidad de que la administración le comunicara la terminación del encargo, pues la ley se presume conocida, y sin que hubiera asumido el empleo otra persona, pues la cesación es automática, no condicionada.*

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

**Referencia: Expediente número 3523. Resoluciones ministeriales. Actor: Pedro José Benítez Reina.**

Respetuosamente expongo brevemente las razones por las cuales salvé mi voto:

En el presente caso ha debido confirmarse la sentencia apelada, en razón de que considero que no está demostrado que el actor hubiera desempeñado el cargo durante todo el tiempo que le reconoce la sentencia, aunque aparezca esporádicamente suscribiendo algunos documentos a título de Jefe encargado de la respectiva División.

Si el actor en realidad hubiera desempeñado *continuamente* el empleo desde el 9 de octubre de 1979 hasta el 25 de marzo de 1983, cómo se explica que hubiera tenido que recibir autorización para firmar la correspondencia mediante la Resolución 2530 de 9 de octubre de 1981? (fl. 4).

El inciso segundo del artículo 23 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, dispuso:

“Cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva, hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales”.

Entonces, en la hipótesis de que el demandante sí hubiera ejercido el empleo después de vencido el término de los 3 meses a que alude la norma transcrita, lo habría hecho *contrariando sus mandatos* que le ordenaban cesar *automáticamente* en el ejercicio de las funciones, sin necesidad de que la administración le comunicara la terminación del encargo, pues la ley se presume conocida, y sin que hubiera asumido el empleo otra persona, pues como la norma lo dice, la cesación es automática, vale decir, no condicionada. De ahí que el actor esté alegando su propia culpa y, además, como de la violación de la ley no puede originarse derecho alguno, la acción debió fracasar.

*Joaquín Barreto Ruiz.*

**SUSTRACCION DE MATERIA - Norma derogada / ACCION DE NULIDAD / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

*Cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado, no es menester entrar al pronunciamiento de fondo por cuanto hay sustracción de materia y falta de objeto práctico de la sentencia. Pero en el evento que se haya utilizado la acción de restablecimiento y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.*

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1062. Resoluciones ministeriales. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. el doctor Juan Manuel Arboleda Perdomo solicitó del Consejo que previo el trámite del proceso ordinario, con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se declare la nulidad absoluta de la Resolución número 0993 de 19 de mayo de 1988 proferida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, resolución "por la cual se crea y se asigna una función".

Los hechos, las disposiciones violadas y el concepto de la violación fueron expuestos con toda amplitud en el escrito de demanda.

Mediante providencia de 6 de diciembre de 1988 se admitió la demanda y se dispuso imprimirle el trámite que en ley correspondía. En el mismo proveído se negó la suspensión provisional del acto, que de modo expreso se había solicitado en el libelo. Y al surtirse los traslados para alegar la señora apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores hizo uso de tal derecho, manifestando en el escrito correspondiente que todas las consideraciones que se hagan sobre la Resolución 0993 de 19 de mayo de 1988 acusada, carecen de interés por cuanto fue derogada por la Resolución número 2972 de 24 de noviem-

bre del mismo año, cuya copia auténtica acompaña, por lo que, habiéndose producido la derogación del acto acusado no existe materia sobre la cual pueda pronunciarse esta Corporación.

El señor Agente del Ministerio Público igualmente en su concepto de fondo expresa que no hay materia de pronunciamiento de fondo en razón de que el acto acusado desapareció de la vida jurídica, debiéndose pronunciar consecuencialmente un fallo inhibitorio por presentarse el fenómeno de la sustracción de materia.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Por medio de la Resolución número 0993 de 19 de mayo de 1988 el Ministerio de Relaciones Exteriores dispuso que el Subsecretario de Asuntos Administrativos, para efectos de la comprobación de lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2399 de 1986 expedirá una certificación en que conste que el valor consignado en la factura comercial o en el contrato de compraventa no excede los valores límites comerciales fijados en el decreto citado, previa comparación con las listas de precios de las principales fábricas de automóviles, las cuales deberán mantener actualizadas permanentemente.

Posteriormente, el 24 de noviembre de 1988 el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución número 2972, por medio del cual derogó en todas sus partes la Resolución acusada número 0993 de 19 de mayo de 1988. Esta nueva resolución obra en autos al folio 27.

La acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. persigue como finalidad la de restituir el imperio del derecho objetivamente considerado, lo cual procede siempre que se compruebe que el acto acusado es violatorio de normas jurídicas de orden superior a las cuales forzosamente debía estar sometido. Por ello resulta claro que si en un proceso aparece demostrado que el acto impugnado es derogado por quien tiene la facultad para hacerlo, cesa en su eficacia por lo mismo que deja de existir y, consecuencialmente, el juicio pierde todo interés.

En el caso presente el acto administrativo enjuiciado vino a desaparecer de la escena jurídica por su derogación expresa, acorde con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 según el cual, "estímase insubsistente la disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería". En el caso presente bien puede aplicarse lo que dispone la norma citada con relación a la ley, puesto que en uno y otro caso existe la misma razón para que esa regla opere.

Ahora bien, en múltiples ocasiones ha dicho el Consejo de Estado que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de

la administración que posteriormente queda derogado, no es menester entrar al pronunciamiento de fondo por cuanto hay sustracción de materia y falta de objeto práctico de la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de restablecimiento y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación. En el caso de autos, se repite, a través de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. se pretendió la nulidad de la Resolución número 0993 que expidió el Ministerio de Relaciones Exteriores el 19 de mayo de 1988, resolución que, como se ha visto, fue derogada el 24 de noviembre de 1988 por la Resolución número 2972, originaria del mismo ministerio.

Y en razón de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

No hay lugar a decidir en el fondo de la *litis* por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

**CAPITULO VI**

**RESOLUCIONES MINISTERIALES**

**NULIDAD**

1911

1911

1911

**POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / ASOCIACIONES DE PENSIONADOS**

*Los ministros no están facultados para reglamentar la ley; a lo sumo pueden indicar procedimientos internos que les permitan ejercer sus atribuciones de inspección y vigilancia y delegar en los jefes de las diferentes dependencias su ejercicio. La Ley 43 de 1984 no le confiere al Ministro de Trabajo poder reglamentario, sino la atribución de inspeccionar y vigilar a las asociaciones de pensionados.*

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

*Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.*

**Referencia:** Expediente número 2094. Resoluciones ministeriales. **Actor:** Milán Díaz García y otros.

Los señores Milán Díaz García, Oscar Adarve Moreno y Ernesto Forero Vargas, en su condición de ciudadanos y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicitan al Consejo de Estado declarar en sentencia definitiva la nulidad de la Resolución 03758 de 30 de octubre de 1985, expedida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se señalan procedimientos y se fijan unos términos para el control de las agremiaciones de pensionados.

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden resumirse así:

1º El Ministro de Trabajo y Seguridad Social expidió la resolución acusada pretendiendo ejercer funciones otorgadas por la Ley 43 de 1984, y ésta fue publicada en el Diario Oficial.

2º El encabezamiento, los considerandos y los artículos en su totalidad, excedieron la facultad reglamentaria y violaron principalmente el artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 43 de 1984 al impedir el libre derecho de asociación y funcionamiento de las organizaciones de pensionados e imponerles indebidamente obligaciones y sanciones.

3º El Ministro de Trabajo, a pesar de varias solicitudes en tal sentido, no ha accedido a revocar o modificar la Resolución 03785 de 1985.

*Disposiciones violadas y concepto de la violación:*

Se citan como tales las siguientes: Artículos 44 y 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional; artículos 1º, 3º y 4º de la Ley 43 de 1984; las Leyes 26 y 27 de 1976, aprobatorias de convenios celebrados con la Organización Internacional del Trabajo O.I.T.

Los argumentos expuestos en el concepto de la violación son básicamente los siguientes:

a) La resolución atenta contra el derecho de asociación consagrado en el artículo 44 de la C. N. al pretender someter las organizaciones pensionales a lo dispuesto en el Decreto reglamentario 1654 de 1985 y a sus propias disposiciones, imponiendo una organización o constitución gremial por sectores: Público o privado.

Son los pensionados o trabajadores, y no las entidades que forman, los que provienen del sector oficial o del particular. Y no se requiere que sean únicamente de un determinado sector u orden, con exclusión del otro, para agruparse en una misma organización de primer grado.

Para reforzar este argumento, en la demanda se transcriben varias disposiciones de la Ley 42 de 1982;

b) El artículo 4º de la Ley 43 de 1984 autoriza a las asociaciones de pensionados reconocidas conforme a las leyes vigentes antes de 12 de diciembre de 1984, fecha de sanción de la ley, a continuar funcionando, cualquiera que sea su constitución o sus componentes;

c) La facultad de inspección y vigilancia que puede ejercer el Ministro de Trabajo con base en el artículo 3º de la Ley 43 de 1984 no lo permite intervenirlas para modificar su constitución o estructura;

d) La facultad de revisar y cancelar su personería, cuando a ello hubiere lugar, debe ejercerse en los casos concretos y por las causales indicadas en el párrafo del artículo 4º de dicha ley;

e) La resolución acusada en sus considerandos habla de ejercer las funciones de fiscalización y control que le asignan la Ley 43 de 1984 y el Decreto 1654 de 1985, cuando estos estatutos le conceden facultad de inspección y vigilancia y el alcance y significación de tales vocablos es diferente. Por esa razón se configura un exceso en la potestad reglamentaria.

El control y fiscalización de las organizaciones gremiales de pensionados, de cualquier grado, se ejerce rigurosamente por voluntad

expresa de sus socios o afiliados, de conformidad con los estatutos aprobados por el Gobierno.

La Ley 43 de 1985 no faculta al Ministro de Trabajo para variar u ordenar la modificación de la estructura o constitución de las organizaciones gremiales de pensionados, ya que la facultad otorgada es simplemente la de ejercer inspección y vigilancia sobre los entes jurídicos existentes, así como la de reconocer futuras personerías, previa aprobación de los respectivos estatutos, y la de aprobar reformas estatutarias.

Esas facultades no incluyen la de obligar a las asociaciones de pensionados a rendir cuentas como si se tratara de patrimonios oficiales ni las de imponer sistemas de contaduría como si fueran sociedades comerciales, ni la de establecer sanciones para los socios o directivos, que no están contempladas en la ley, ni la de cancelar personerías jurídicas por causales distintas a las fijadas por el artículo 4º y su parágrafo de la Ley 43 de 1984.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado opina que la demanda es inepta por no situarse dentro de los principios jurisprudenciales y doctrinarios que informan el instituto jurídico de la proposición jurídica completa.

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

#### *Consideraciones:*

Se controvierte en este proceso la legalidad de la Resolución número 03758 de 30 de octubre de 1985, por medio de la cual el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social señaló procedimientos y fijó términos para el control de las agremiaciones de pensionados, invocando para ello las facultades que le confiere la Ley 43 de 1984 y el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968.

Los demandantes hacen énfasis en dos argumentos centrales: 1º Que la citada resolución debe anularse por cuanto al pretender que las asociaciones de pensionados agrupen pensionados o del sector público o del sector privado, exclusivamente y sin permitir que sean mixtas limita y quebranta el derecho de asociación.

2º Que el Ministro al expedirla quebrantó el artículo 120, ordinal 3º de la C. N. y excedió la Ley 43 de 1984, por cuanto la facultad de inspección y vigilancia que le da al Ministerio el artículo 3º de dicha ley, no autoriza a que por una simple resolución se impongan sistemas de contabilidad, sanciones no contempladas en la ley y se ejerza fiscalización y control como si no se tratara de asociaciones privadas.

En cuanto al primer argumento observa la Sala que carece de respaldo en la realidad, pues en ninguno de sus artículos la resolución enjuiciada señala que las asociaciones de pensionados no puedan contar entre sus integrantes a pensionados del sector público y del sector privado, ni que las existentes tengan que desafiliarse a algunos de sus miembros para quedar conformadas con pensionados de un solo sector. En otras palabras, nada dispone el acto acusado en ese sentido y por tanto carecen de eficacia las glosas que se le hacen con base en una supuesta discriminación entre asociaciones de pensionados del sector privado y asociaciones de pensionados del sector público, para demostrar violación del artículo 44 de la C. N. y de las Leyes 26 y 27 de 1976, aprobatorias de convenios celebrados con la Organización Internacional del Trabajo O.I.T.

Por lo que hace a la infracción de los artículos de la Ley 43 de 1984 que se citan en el libelo y del artículo 120 ordinal 3º de la C. N., estima la Sala que en verdad se configura.

Ni el artículo 120, ordinal 3º de la C. N., ni el 3º de la Ley 43 de 1984 facultan al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para expedir reglamentaciones en cuanto al funcionamiento y manejo de las asociaciones de pensionados. La inspección y vigilancia que sobre ellas debe ejercer el Ministerio por mandato de la ley, no autoriza al Ministro para imponerles sistemas de contabilidad o cualquier otro tipo de obligaciones y sanciones no previstas en la ley.

Es claro que el Ministerio del Trabajo está facultado para reconocerles personería jurídica y al ejercitar esa atribución deben, las autoridades encargadas del Ministerio, verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

También pueden dichas autoridades cancelar la personería, pero únicamente en los casos enumerados en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 43, es decir:

- a) Cuando los datos en que se fundamentó la solicitud de personería son fraudulentos;
- b) Cuando la asociación aparezca con denominaciones que no corresponden a la clasificación establecida por la ley;
- c) Cuando carezcan de existencia real o se demuestre falta de funcionamiento por término mayor de tres meses; y
- d) Cuando incurran en causal estatutaria para su disolución.

La resolución enjuiciada, aparte de exigirles a las asociaciones elaborar un presupuesto de ingresos y egresos, que seguramente estará previsto en sus propios estatutos, les impone un sistema de contabilidad, la forma de llevar sus libros; les concede plazo de 6 meses para adecuarse a la ley, al decreto reglamentario y a esta misma

resolución, so pena de cancelar su personería y aplicar otras sanciones estableciendo así causales diferentes de cancelación y de liquidación.

Sabido es que el artículo 120, ordinal 3º de la C. N. otorga al Presidente de la República y no a los Ministros, la potestad reglamentaria; y que al ejercerla, sólo le es dado expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de la ley, es decir, para hacerla efectiva y operante, sin rebasar nunca sus mandatos.

Los Ministros no están facultados para reglamentar la ley; a lo sumo pueden indicar procedimientos internos que les permitan ejercer sus atribuciones de inspección y vigilancia y delegar en los jefes de las diferentes dependencias su ejercicio.

La resolución acusada invoca las facultades que le confiere la Ley 43 de 1984 y el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968.

Pero la Ley 43, no le confiere al Ministerio del Trabajo poder reglamentario, sino la atribución de inspeccionar y vigilar a las asociaciones de pensionados.

Y el 21 del Decreto 1050 de 1968 se refiere a la delegación interna de funciones y no a la facultad de reglamentar la ley; delegación que debe recaer en los funcionarios y no en las dependencias del respectivo Ministerio.

En este orden de ideas, preciso es concluir que la Resolución 03758, quebranta en verdad tanto el artículo 120, numeral 3º de la C. N. como la Ley 43 de 1984, en cuyas facultades dice apoyarse.

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

*Falla:*

Declárase nula la Resolución número 03758 de 30 de octubre de 1985, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día once (11) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**PENSION DE JUBILACION / ASIGNACION DE RETIRO /  
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios / SEPARACION  
DE BIENES**

*El derecho a disfrutar de la asignación de retiro que devengaba el militar fallecido, corresponde a la esposa en la proporción señalada en la ley, por el solo hecho de serlo y sin más condición que la de no contraer nuevas nupcias.*

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 1883. Autoridades nacionales. Actora: Margarita Iriarte de Schroeder.

La señora Margarita Iriarte de Schroeder, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó al Consejo de Estado hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

“1º Que es nula la Resolución número 1875 de 13 de septiembre de 1979, por la cual se aprobó parcialmente la Resolución número 2614 de 4 de octubre de 1978, originaria de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto a considerar lo referente a la pensión de la señora Margarita Iriarte de Schroeder (sic).

“2º Como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la prestación por muerte del señor Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder Garzón en proporción del cincuenta por ciento (50%) a la señora Margarita Iriarte viuda de Schroeder, en su condición de cónyuge sobreviviente”.

Como fundamento de la acción se relatan los siguientes

*Hechos:*

1º El Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder Garzón falleció el día 6 de marzo de 1978, según partida de defunción expedida por la Notaría 19 del Círculo de Bogotá.

2º Al momento de su muerte tenía reconocida la asignación de retiro pagadera por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares según Acuerdo número 257 de 22 de abril de 1960, de la Junta Directiva de dicha Caja, aprobada por Resolución número 1867 de 19 de mayo de 1960, expedida por el Ministerio de Guerra.

3º La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por Resolución 2506 ordenó pagar a la señora Margarita Iriarte viuda de Schroeder en su condición de esposa del causante, los haberes dejados de cobrar y los tres meses de alta, compartiéndolos con los demás beneficiarios.

4º Igualmente la Caja ordenó el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones por muerte del Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder, en un 50% a la señora Margarita Iriarte, en su condición de cónyuge sobreviviente.

5º El Ministerio de Defensa por Resolución número 1875 de 13 de septiembre de 1979 modificó la resolución de la Caja anteriormente citada, en el sentido de no considerarla como beneficiaria por existir dentro del expediente una sentencia de separación de bienes proferida por el Juzgado Octavo Civil de Bogotá, protocolizada en la Notaría Sexta de Bogotá el 22 de febrero de 1962.

Como disposiciones violadas se citan los artículos 153, 156 y 163 del Decreto 612 de 1977 y el artículo 155 del Decreto 1300 de 1978; el artículo 152 del Código Civil; el 1º de la Ley 1ª de 1976 y el artículo 30 de la C. N.

El concepto de la violación expresa que la señora Margarita Iriarte de Schroeder en el momento de la muerte del Mayor (R) tenía la calidad de esposa del mismo, como consecuencia del matrimonio católico contraído con el señor Carlos Alberto Schroeder Garzón, puesto que el solo hecho de existir una sentencia de separación de bienes no termina el matrimonio.

Que al tener esa calidad, de acuerdo con los artículos 153 y 163 del Decreto 612 de 1977 le correspondía el 50% de la asignación de retiro que devengaba el causante.

Reconstruido el proceso por auto de 20 de octubre de 1987, quedó en estado de correr traslado al Fiscal para concepto de fondo.

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado se pronunció en forma favorable a las súplicas de la demanda, por cuanto "la causal invocada por el Ministerio de Defensa Nacional para denegarle a la actora sus derechos, no está dentro de ninguna de las permitidas para hacerlo ya que la invocada cuando se efectúa sin divorcio ... presupone la subsistencia del matrimonio, de tal manera que a virtud de ella no se suspenden siquiera, las obligaciones y derechos que, en cuanto a las personas son inherentes al estado de matrimonio..." (Casación —7 de marzo de 1952— LXXI, 364).

Por lo tanto el hecho de la separación de bienes no conlleva por sí la presunción de la terminación del mismo. Para que esto sea así, se deben demostrar una serie de presupuestos señalados en las leyes que, cumplidos ocasionarían la pérdida de los derechos reclamados, como serían el divorcio o la muerte. Pero como en el caso de autos está debidamente acreditado en la Resolución número 2614 de 4 de octubre de 1978 que la señora cumplía todos los requisitos para hacerse acreedora a las prestaciones sociales de su difunto esposo, y como la separación de bienes no termina ni suspende las demás obligaciones y derechos de los cónyuges, entre los cuales se encuentra la de disfrutar las prestaciones sociales, fácil es concluir que a la actora le asiste el derecho reclamado.

Vale la pena señalar que la sustitución de las prestaciones sociales se da es por la calidad de cónyuge que no se pierde por sentencia de separación de bienes. En efecto la sociedad conyugal se forma por todos los bienes habidos dentro del matrimonio incluidas las prestaciones sociales. Disuelta ésta por muerte de uno de los esposos, aparece o nace a la vida jurídica la figura consagrada en la ley de la sustitución del derecho de una persona hacia otra, independiente de que formen o no parte de la sociedad conyugal.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

#### *Consideraciones:*

Por tratarse de un expediente reconstruido, son pocos los elementos de juicio que sustenten los hechos de la demanda, elementos que no se pudieron allegar por haberse destruido el expediente administrativo que dio origen a la resolución acusada.

En consecuencia, habrá de atenerse la Sala a lo aceptado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la Resolución 1875 de 1979, acerca de la condición de esposa legítima del Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder Garzón, que ostenta la señora Margarita Iriarte, y del fallecimiento de dicho militar.

Estos hechos no son negados por el Ministerio de Defensa; solo que esta entidad estima que la señora Margarita Iriarte de Schroeder no debe considerarse como beneficiaria para efectos de la sustitución de la asignación de retiro, por existir una sentencia de separación de bienes proferida por el Juzgado Octavo Civil de Bogotá, protocolizada en la Notaría Sexta de Bogotá, el 22 de febrero de 1962.

Lo controversial se circunscribe entonces a determinar si le asiste o no razón al Ministerio de Defensa en este planteamiento.

De conformidad con el artículo 163 del Decreto 612 de 1977, vigente cuando ocurrió el fallecimiento del Mayor (R) Carlos Alberto Schroe-

der, y por tener él asignación de retiro reconocida desde el año de 1960, corresponde a sus beneficiarios, en el orden y proporción establecidos en este mismo decreto, disfrutar de la sustitución de la asignación de retiro.

A su vez el artículo 153 del Decreto 612 indica el orden de beneficiarios y la proporción de su derecho así:

“a) La mitad a la esposa y la otra mitad a los hijos legítimos...”.

No hay duda entonces sobre el derecho que tiene la esposa a que se le sustituya en un 50% la asignación de retiro que devengaba el militar fallecido.

Este derecho según la legislación analizada, no está sujeto a condición distinta de la de no contraer nuevas nupcias, pues no se exige ni dependencia económica ni convivencia bajo un mismo techo. Basta demostrar la existencia del vínculo matrimonial y eso sí, que no hubiere contraído la viuda nuevas nupcias pues esta es una causal de extinción del derecho, según lo prescribe el artículo 156 del mismo decreto.

Resta por analizar, si una sentencia de separación de bienes hace desaparecer el vínculo matrimonial desaparición, que no permitiría contar a la viuda entre los beneficiarios del derecho a la sustitución de la asignación de retiro.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el matrimonio civil sólo se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado —artículo 152 del Código Civil—; y el matrimonio católico, por muerte de uno de los cónyuges o por anulación decretada por las autoridades eclesiásticas.

No aduce el Ministerio de Defensa para negar su aprobación al acto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que otorgó el derecho de sustitución a la actora, que existiera una sentencia de divorcio —si el matrimonio hubiera sido civil— o una anulación del vínculo matrimonial que reconoce existir entre ella y el Mayor (R) Carlos Alberto Schroeder, si el matrimonio era católico.

Si ni siquiera la separación de cuerpos disuelve el matrimonio, menos aún podría hacerlo la separación de bienes.

Así las cosas no resulta argumento válido para negar el referido derecho, la demostración de separación de bienes y por ende la extinción de la sociedad conyugal, pues éste no se concede a título de gananciales que vinieran a hacer parte de los bienes de la sociedad, que precisamente queda disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, de no haberlo sido con anterioridad.

El derecho a disfrutar de la asignación de retiro que devengaba el militar fallecido, corresponde a la esposa en la proporción señalada

en la ley, por el sólo hecho de serlo y sin más condición que la de no contraer nuevas nupcias.

En consecuencia, por la razón expresada el Ministerio no podía negar su aprobación al derecho concedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la señora Margarita Schroeder, sin infringir las normas invocadas en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

*Falla:*

1º Declárase nulo el artículo 1º de la Resolución número 1875 de 13 de septiembre de 1979, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto negó su aprobación a la Resolución número 2614 de 4 de octubre de 1978, expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en lo referente a considerar como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder, fallecido, a la señora Margarita Iriarte viuda de Schroeder.

2º Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, declárase que la señora Margarita Iriarte viuda de Schroeder, en su condición de esposa legítima, tiene derecho a percibir la asignación de retiro que venía devengando el Mayor (R) del Ejército Carlos Alberto Schroeder Garzón, fallecido, en los términos indicados en la Resolución número 2614 de 4 de octubre de 1978, proferida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

*EMPOCUNDI - Gerente / EMPLEADO DE PERIODO / INSUBSISTENCIA - Motivación del acto*

*No siendo un cargo de libre nombramiento y remoción, y estando condicionada ésta a determinadas formalidades, es apenas natural que requiera de la expedición de la resolución motivada en la cual se consigne el cumplimiento de tales formalidades. Hubiera bastado que el acto administrativo tuviera esa motivación para que, debido a la presunción de legalidad, el demandante se viera obligado a desvirtuarla. Pero al no estar motivado, correspondía a la administración demostrar dentro del proceso, el cumplimiento de los requisitos previos a la expedición del acto.*

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

*Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 1814. Resoluciones ministeriales. Actor: Eduardo Rodríguez Rodríguez.

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor Eduardo Rodríguez Rodríguez solicitó al Consejo de Estado hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

“Primera. Declarar que son nulos los artículos primeros de las Resoluciones números 13421 y 14469 de fecha (sic) 12 y 30 de noviembre de 1982, respectivamente, originarias del Ministerio de Salud Pública, mediante las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Eduardo Rodríguez Rodríguez del cargo de Gerente de la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca Limitada ‘EMPOCUNDI LTDA.’.

“Segunda. Ordenar a la Nación por intermedio del Ministerio de Salud el reintegro de mi mandante al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría.

“Tercera. Condenar a la Nación —Ministerio de Salud Pública y/o a la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca Limitada ‘EMPOCUNDI LTDA.’— a pagar a mi representado el valor de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos a la asignación básica, desde la fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

“Cuarta. Declarar que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte de mi mandante y que en consecuencia el tiempo que dure cesante por la insubsistencia de su nombramiento, le debe ser tenido en cuenta para efectos de prestaciones sociales y demás derechos jurídicos y económicos”.

Una síntesis de los *hechos* en que se fundamenta la demanda es la siguiente:

1º Por Resolución 10522 (octubre 5) de 1981, el señor Rodríguez Rodríguez fue nombrado en propiedad como Gerente de “EMPOCUNDI LTDA”. Previo el cumplimiento de los requisitos legales, tomó posesión el 16 de octubre de 1981.

2º El 17 de noviembre de 1982 se le comunicó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. Entregó el cargo a su reemplazo el 25 de noviembre del mismo año. Por Resolución 14469 de noviembre 30 de 1982 se aclaró su nombre verdadero, que no aparecía correcto en la Resolución 13421.

3º Según la escritura de constitución de “EMPOCUNDI LTDA.” su Gerente tiene la categoría de empleado público y es nombrado por el Ministro de Salud, de terna que le envía el Director del Instituto de Fomento Municipal —INSFOPAL— para un periodo de dos años.

4º De acuerdo a las normas reguladoras de organismos de la naturaleza de “EMPOCUNDI LTDA.”, sus gerentes pueden ser removidos por el Ministro de Salud antes del vencimiento del periodo, pero ello debe hacerse a solicitud del Director del INSFOPAL, por necesidad del servicio y previa comprobación de esa necesidad.

Como disposiciones violadas con los actos acusados se citan las siguientes: Artículos 16 y 17 de la C. N.; artículo 27 del Decreto 2804 de septiembre 19 de 1975 y artículo 23 del Decreto 1157 de 7 de junio de 1976.

El concepto de la violación se expone para afirmar, fundamentalmente, que al proferir los actos acusados la administración omitió comprobar la necesidad de la desvinculación del servicio.

Reconstruido el expediente por auto de 12 de noviembre de 1987, se dispuso que quedaba en estado de traslado al Fiscal para emitir

concepto de fondo, el cual contiene apreciaciones que la Sala comparte parcialmente en cuanto a los requisitos de la demanda y a la decisión que debe tomarse, concluyendo en que deben prosperar las súplicas impetradas.

Se ha surtido el trámite correspondiente y en ausencia de causal de nulidad que pueda incidir sobre la validez de la actuación, debe la Sala proferir sentencia a lo cual procede mediante las siguientes

*Consideraciones:*

El asunto *sub judice* se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones 13421 (noviembre 12) y 14469 (noviembre 30), ambas de 1982, y por medio de las cuales el Ministro de Salud, invocando facultades legales “y en especial las que le confieren los Decretos 2804 de 1975 y 1157 de 1976”, declaró insubsistente el nombramiento de Eduardo Rodríguez Rodríguez como Gerente de la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca, “EMPOCUNDI LTDA.”.

Cabe observar, como acertadamente lo hace el señor Fiscal, que la demanda está correctamente dirigida contra la Nación —Ministerio de Salud Pública— y EMPOCUNDI LTDA., por cuanto el acto acusado fue expedido por el señor Ministro de Salud como nominador, y el eventual restablecimiento del derecho corresponde a EMPOCUNDI entidad descentralizada que cuenta con personería jurídica y patrimonio propio.

Conforme a las normas citadas como infringidas con los actos acusados, el Gerente de “EMPOCUNDI LTDA.” es nombrado por el Ministro de Salud, para un periodo de dos años. Durante este lapso, sin embargo, puede ser removido, siempre que la medida obedezca a necesidades del servicio debidamente comprobadas y que lo solicite así el Director General del Instituto de Fomento Municipal —INS-FOPAL—.

Es decir, se trata de un empleado con período fijo, que puede ser removido de su cargo antes del vencimiento de ese período, siempre y cuando se cumplan las condiciones indicadas, contenidas en el estatuto orgánico de EMPOCUNDI, cláusula vigésima primera, en el artículo 27 del Decreto 2804 de 1975 y en el artículo 23 del Decreto 1157 de 1976.

Aun cuando la exigencia de comprobación de las necesidades del servicio que den lugar a la remoción, no está contenida en el artículo 27 del Decreto 2804 de 1975, sí lo está en los estatutos de la empresa y en el Decreto reglamentario 1157, exigencia que no desborda la norma reglamentada pues es lógico que si debe existir un motivo especial, éste deba establecerse.

No siendo propiamente un cargo de libre nombramiento y remoción, y estando condicionada ésta a determinadas formalidades, es

apenas natural que requiera de la expedición de resolución motivada en la cual se consigne el cumplimiento de tales formalidades.

En el caso presente la declaratoria de insubsistencia carece de motivación; es decir, nada expresa acerca de la petición de remoción formulada previamente por el Director del INSFOPAL, no se mencionan concretamente las necesidades del servicio y mucho menos su comprobación.

A juicio de la Sala, hubiera bastado que el acto administrativo tuviera esa motivación para que, debido a la presunción de legalidad, el demandante se viera obligado a desvirtuarla. Pero al no estar motivado, correspondía a la administración demostrar dentro del proceso, el cumplimiento de los requisitos previos a la expedición del acto, los cuales no aparecen por parte alguna.

Manifiesta la apoderada de la empresa que el actor no reunía los requisitos para ocupar el cargo de Gerente y por tanto mal podía prestar un buen servicio.

Este argumento carece de validez; en primer lugar, porque es de suponer que si se le dio posesión fue porque acreditó los requisitos exigidos y no se ha probado lo contrario; y en segundo lugar, porque conforme a las normas generales que regulan el manejo de personal, la falta de requisitos da lugar a la revocatoria del nombramiento y no a la insubsistencia.

En este orden de ideas es preciso concluir, que los actos acusados no se ajustaron a las normas que regulan su expedición.

En cuanto al restablecimiento del derecho dirá la Sala que éste no puede tener el alcance planteado en la demanda.

Como el gerente removido del servicio tenía período fijo, es natural que por estar ya vencido, no proceda el reintegro al cargo sino únicamente el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar entre el 25 de noviembre de 1982 —día hasta el cual trabajó y se le pagó al actor— y el 16 de octubre de 1983, cuando vencía su período de dos años, así como al cómputo del tiempo sin solución de continuidad para efectos prestacionales, hasta esa misma fecha.

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

*Falla:*

Son nulas las Resoluciones 13421 (12 de noviembre) y 14469 (30 de noviembre) ambas de 1982, expedidas por el Ministro de Salud y mediante las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de

Eduardo Rodríguez Rodríguez como gerente de la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca, "EMPOCUNDI LTDA."

Como consecuencia de lo anterior, "EMPOCUNDI LTDA." reconocerá y pagará a Eduardo Rodríguez Rodríguez los sueldos y prestaciones dejados de devengar como gerente de dicha entidad desde el 25 de noviembre de 1982 y hasta el 16 de octubre de 1983.

De las sumas resultantes se descontarán las que hubiere recibido durante ese mismo tiempo de entidades públicas.

Para todos los efectos a que haya lugar, declárase que no ha existido solución de continuidad en el desempeño del cargo de gerente de "EMPOCUNDI LTDA." por Eduardo Rodríguez Rodríguez durante el período señalado anteriormente.

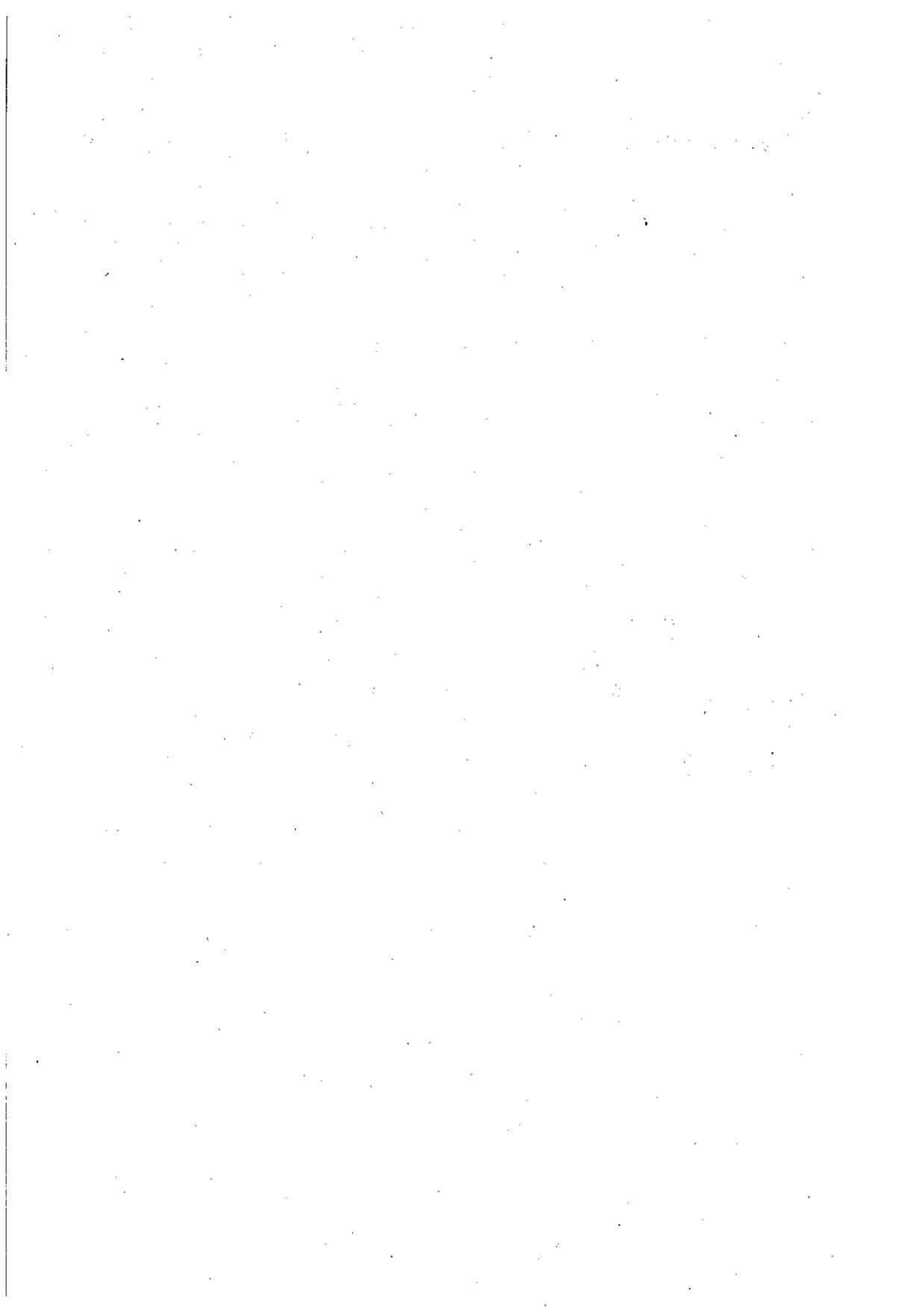
Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

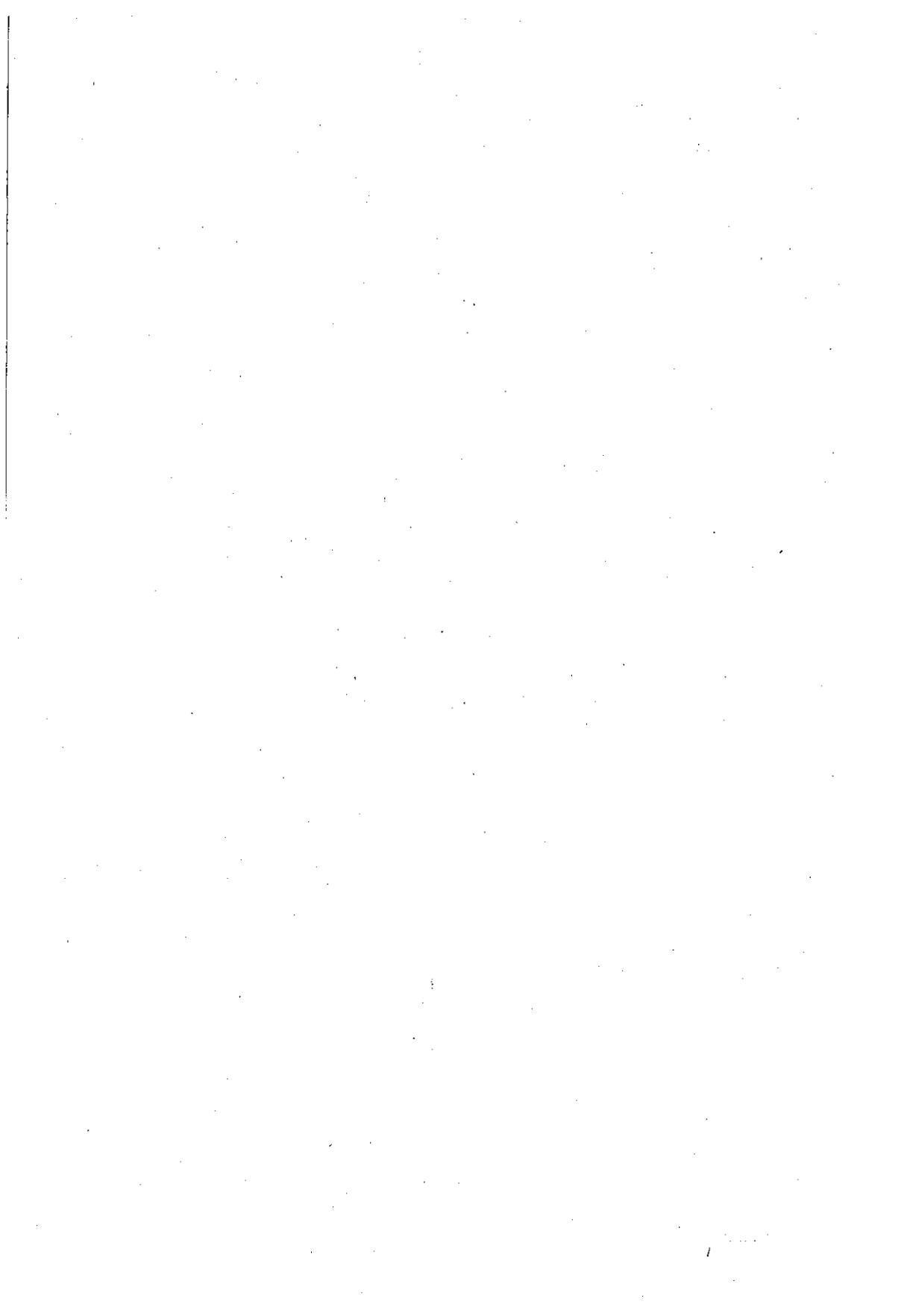
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 14 de diciembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*



**CAPITULO VII**  
**RESOLUCIONES MINISTERIALES**



## PRUEBA SUMARIA / PLENA PRUEBA

*Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. En el sub lite la Sala considera que tal prueba no existe en los términos que exige la ley, es decir, con todos los elementos de convicción necesarios para pronunciar una sentencia en dirección a la condena por perjuicios, si la parte interesada durante el plenario no puede o no quiere controvertir exitosamente la demostración sumaria. REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en auto de septiembre 16 de 1988, de los siguientes actos administrativos expedidos por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico: a) Ordinal 3 del Acta número 740 de junio 19 de 1984; b) Ordinal 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984 y c) Ordinal 7 del Acta número 77 de febrero 12 de 1985.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

*Referencia: Expediente número 258. Actor: Ancizar Gutiérrez B.*

Entra la Sala de Decisión de la Sección Primera a desatar el recurso de *súplica* propuesto por el apoderado judicial de Pizza Hut. Inc., a cuyo representante legal se ordenó notificar personalmente la providencia impugnada.

Como objeto del recurso intentado se busca la revocatoria “de los ordinales 2 y 3” del auto de 16 de septiembre de 1988 dictado por el consejero sustanciador del proceso en referencia (fls. 127 a 136) y en su lugar se disponga que no hay lugar a decretar la suspensión provisional de “los siguientes actos administrativos expedidos por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico: a) Ordinal 3 del Acta número 740 de junio 19 de 1984; b) Ordinal 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984 y c) Ordinal 7 del Acta número 777 de febrero 12 de 1985”.

*Los actos acusados y suspendidos:*

Los actos administrativos acusados obran a folios 52-53, 56 y 59-60, se hallan transcritos además en la providencia recurrida en súplica (fls. 132 y 133) y expresan en síntesis: Mediante el ordinal 3º del Acta 749 de 1984, el Comité de Regalías aprobó el contrato celebrado entre la "sucursal extranjera PEPSICOLA PANAMERICANA S. A., de Bogotá, y PIZZA HUT INC., de los Estados Unidos de N.A.", referente a la licencia de uso de la marca extranjera PIZZA HUT; el ordinal 11 del Acta 770 de 1984 introdujo algunas modificaciones a dicho contrato; y por el ordinal 7º del Acta 777 de 1985 se resolvió un recurso de reposición y modificó nuevamente al citado contrato.

Conforme al ordinal 3º del Acta 749 de 1984, "el objeto del contrato (a que tal acta alude) es un derecho no exclusivo y libre de regalías para utilizar el sistema de restaurantes y las marcas PIZZA HUT vigente en Colombia".

*El proveído suplicado:*

Según el auto materia de la súplica propuesta, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor se encuentra comprobado sumariamente con las diferentes copias auténticas de las diecinueve (19) certificaciones a que se refieren los literales a) a g) de los folios 128 y 129, expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, "en las cuales consta que se encuentra depositada como marca y como enseña comercial en la clase 42 del Decreto 755 de 1972, diferentes expresiones que tienen o guardan relación con el fondo de la *litis* aquí entrabada y a favor del actor".

El proveído suplicado transcribe, además, los cargos 4 y 5 de la sustentación de la medida precautelativa, sobre "inexistencia de titularidad del interés necesario para obtener lo pedido o solicitado" y "la aprobación condicionada a la inexistente vigencia de un inexistente registro de propiedad industrial", "por considerarlo más prominentes o que se acomodan más a las exigencias de este instituto" de la suspensión provisional.

Para resolver la medida cautelar el auto suplicado hace estas consideraciones: "Es evidente que en el momento de aprobación del contrato, según el Comité de Regalías, el objeto mismo del contrato era 'para utilizar el sistema de restaurantes y las marcas PIZZA HUT vigente en Colombia' (segundo párrafo del ordinal 3º del Acta número 749, fl. 52 *in fine*).

"Si como lo expone el actor, la aprobación contenida en las actas demandadas y cuya suspensión se solicita ahora, se hizo con base en el registro de una marca cuya aprobación no estaba vigente, sino que el expediente contentivo de la solicitud estaba en trámite, según la

certificación dada por la División de Propiedad Industrial, no cabe la menor duda para el Despacho que hay una manifiesta y directa violación de las normas invocadas como infringidas por los actos acusados, a la cual se llega por la simple comparación de los actos frente a aquéllas.

“Si la norma exige la existencia de una marca vigente aprobada por la autoridad competente, o en su defecto la certificación de que la renovación de la marca se encuentra en trámite, y en el caso en estudio no existe la primera, se violó el artículo 1º, literal f) del Decreto reglamentario 1234 de 1972, el artículo 5º, inciso 3º del Decreto 01 de 1984 y de contera, la Resolución general 001 de 1982, del mismo Comité de Regalías, por aprobar un contrato sin uno de los requisitos exigidos, la marca vigente o la renovación en trámite”.

#### *Razones del suplicante:*

A folios 163 a 193 aparece el escrito en el cual fundamenta el recurrente su recurso suplicatorio. Dos son las razones que aduce el suplicante para sustentar su recurso: a) Los acusados no son actos que violen en forma manifiesta normas superiores, “ni siquiera después de un análisis pormenorizado”, y b) Los actos atacados no le causan perjuicio al actor, ni existe prueba sumaria de los perjuicios posibles (ver fl. 164).

Al mismo folio 164 el recurrente asevera que “la violación de normas superiores no se puede deducir de una sencilla comparación”. Respecto de la “inexistencia de titularidad del interés necesario para obtener lo pedido o solicitado” y “la aprobación condicionada a la inexistente vigencia de un inexistente registro de propiedad industrial”, que son los puntos que considera el auto suplicado como “más prominentes o que se acomodan más a las exigencias de este instituto” de la suspensión provisional, el recurrente afirma que la primera circunstancia, la inexistencia de titularidad “exige conocer el contrato y sin la presentación del contrato, no se puede saber (...) que el contrato se refiere a la *marca PIZZA HUT para distinguir servicios en la clase 42*”; y respecto de la segunda circunstancia, la “inexistente vigencia de un inexistente registro”, asevera el suplicante que también “supone conocer el contrato de licencia de marca” y que tal contrato no obra en autos, además de que el Decreto 1234 de 1972 “se ocupa de regular la aprobación de contratos de licencia de marcas que *implican giros de regalías al exterior*” y “el contrato es *libre de regalías*”, por lo cual no aparece violación de norma superior. Sobre este aspecto y en general sobre las dos anotadas circunstancias se extiende el recurrente en su escrito suplicativo.

#### *Consideraciones:*

Aun cuando son varias las razones que expone el recurrente para sustentar su pretensión de revocatoria del auto, en cuanto dispuso la

suspensión provisional de los actos acusados, basta a la Sala el examen sobre la prueba sumaria del perjuicio, que exige el artículo 152 del C. C. A., para concluir que la actualidad o potencialidad de éste no se halla comprobado.

En algunas oportunidades, al examinar las peticiones de suspensión provisional cuando de acciones de restablecimiento del derecho se trata, ocurre que el conductor del proceso no es muy exigente en relación con la prueba a que se ha hecho mención, cuando en verdad este es un asunto de gran trascendencia unido al instituto de la medida cautelar, porque si ese perjuicio, real o probable, no aparece acreditado estrictamente como lo pide la norma respectiva, puede el solicitante esperar las resultas del proceso, en cuyo caso, la resolución definitiva del asunto le restablecerá en su derecho si a él aspira válida y demostradamente.

¿Qué es prueba sumaria? La Sala acoge el criterio doctrinario señalado por el profesor Antonio Rocha en los siguientes términos:

“Para pruebas que se llaman sumarias, con las cuales se acompañan ciertas demandas, autorizadas en los procedimientos especiales del C.J., con esas pruebas sumarias se piden, se ejercitan ciertos derechos. La sumariedad de la prueba en este caso, viene a significar *prueba plena aunque no contradicha*.

“Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce (G.J., Tomo XLIII, número 1909, pág. 691, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, a propósito del art. 317 del Código Judicial).

“El significado de la expresión prueba sumaria, es muy delicado de precisar pero muy fácil. La sumariedad de la prueba no le quita valor probatorio intrínseco a la prueba misma. Por ser sumaria una prueba no debe dejar de reunir las condiciones intrínsecas en orden a formar plena convicción.

“Sólo que la prueba sumaria no se puede aceptar sino cuando la ley expresamente autoriza que se reciba sumariamente. Pero si una prueba sumaria consistente en testimonio humano se va luego a hacer valer en un juicio ordinario en que, por lo mismo, la prueba sumaria está excluida, porque debe ser contradicha y pública, hay necesidad de ratificar el testimonio durante el término probatorio, precisamente con el fin de darle a la prueba la condición común a todas las pruebas, de que pueden ser contradichas por el adversario, de que éste no las ignore. Que no las ignore es cuestión que se deduce de la circunstancia de que la prueba la decreta el juez y la *notifica*, es decir, *hace saber* a la otra parte que ha decretado tal prueba para recibirla y que sepa la contraparte en qué momento se va a practicar. Así se llena la condición de hacerla pública, es decir, conocida de la

otra, y eso significa notificar, hacer saber; y a la vez de que la otra pueda ejercitar su derecho de infirmar la prueba por todos los medios conducentes autorizados por la ley" (De la Prueba en Derecho, 3ª edición, Universidad Nacional de Colombia, 1951, pág. 135).

En el caso de autos, el perjuicio real o potencial (el actor no se refiere a uno en particular) se pretende demostrar sumariamente con los siguientes grupos de documentos:

1. Copias de cinco certificaciones expedidas por la División de Propiedad Industrial, según las cuales la expresión HUT no se encuentra registrada como marca a favor de PIZZA HUT INC., en las clases 29, 30, 31, 32 y 42 del Decreto 755 de 1972.

2. Copias de cinco certificaciones originadas en la misma dependencia administrativa y según las cuales la expresión HUT PIZZA no se encuentra registrada a favor de PIZZA HUT INC., en las clases 29, 30, 31, 32 y 42 del Decreto 755 de 1972.

3. Copias de cuatro certificaciones de las cuales aparece que la expresión PIZZA HUT aún no ha sido registrada (en junio 25 de 1985, fecha de la demanda) en las clases atrás indicadas; y

4. Copias de otras cuatro certificaciones según las cuales el actor es propietario de la enseña y de la marca comerciales PIZZA HOT, HOT AMERICAS PIZZA y de la enseña comercial HUT, para distinguir servicios de restaurantes de la clase 42 del Decreto 755 de 1972.

¿Constituyen los documentos enumerados plena prueba del perjuicio sufrido o que pueda sufrir el demandante por el hecho de la aprobación del contrato celebrado entre las firmas extranjeras mencionadas al comienzo de esta providencia, aprobación impartida por el Comité de Regalías? Como ya se anotó, la Sala considera que tal prueba no existe en los términos que exige la ley, es decir, con todos los elementos de convicción necesarios para pronunciar una sentencia en dirección a la condena por perjuicios (*in genere* o en concreto), si la parte interesada durante el plenario no puede o no quiere controvertir exitosamente la demostración sumaria. De los certificados aportados en copias, por ellos mismos, no es posible concluir que allí se demuestra un perjuicio, aparente o real, actual o futuro. Lo que demuestran es que las controversias pueden dar lugar a una competencia que a esta altura no se puede calificar, pero no que el patrimonio del demandante haya sufrido desmedro o pueda sufrirlo si antes de concluir el proceso ordinario no se decide sobre la demanda, con carácter preventivo. No aparece por parte alguna, por ejemplo, que el actor sea propietario de restaurantes cuyo nombre coincida con la marca en disputa, y que la competencia hecha por las empresas involucradas en la demanda estén afectando desfavorablemente el ejercicio del comercio por parte del actor, o puedan afectarlo. Todo, en verdad,

es apenas una conjetura que no puede tenerse como demostración plena de nada, es decir, *como prueba sumaria* en los términos que la ley reclama.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

Revocar el punto 2º del auto de 16 de septiembre de 1988, por el cual fueron suspendidos provisionalmente los actos acusados.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del señor Consejero ponente para lo de su cargo.

Notifíquese.

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

*Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**CAPITULO VIII**

**RESOLUCIONES DEL GOBIERNO**



## DECAIMIENTO DEL ACTO / EXTRADICION

*Los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición y en forma independiente a la voluntad de la administración. Esto es lo que los tratadistas han denominado decaimiento del acto o forma de extinción de los actos administrativos. En el caso de autos han desaparecido los fundamentos de derecho que servían de sustento a las resoluciones ejecutivas que concedieron la extradición del actor y, consecuentemente, el Gobierno no puede ejecutarlas.*

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las Resoluciones números 73 de 1985, 204 de 1987 y 06 de 1988, suscritas por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

*Referencia: Expediente número 949. Actor: Joseph Henry Miglietta.*

Se desata el recurso ordinario de *súplica* intentado por el actor contra la providencia de 27 de marzo anterior, mediante la cual el consejero sustanciador no accedió a decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados.

Para el cabal entendimiento del caso es menester expresar que el demandante acudió a esta Corporación en acción de restablecimiento del derecho con estas pretensiones:

1ª Que se anule la Resolución 204 de 1987, por la cual el Presidente de la República negó declarar sin efecto o valor la Resolución 73 de 1985, que ordena la extradición del señor Joseph Henry Miglietta, frente a la decisión de la C. S. de J. sobre inexecuibilidad de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los EE. UU. de N. A.

2ª Que igualmente se declare la nulidad de la Resolución 6 de 1988, que resolvió el recurso de reposición y confirmó a la citada Resolución 204 de 1987; y

3ª Que como consecuencia de las anteriores peticiones, se declare que la Resolución 73 de 1985, concedente de la extradición de Miglietta a los EE. UU., según solicitud de este Estado, no puede cumplirse por haber perdido ejecutoriedad en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad hecha por la C. S. de J. respecto de la Ley 27 de 1980 aprobatoria del Tratado de Extradición.

Por proveído de 8 de agosto último (ver fls. 32 a 34), el consejero sustanciador inadmitió la demanda por haberse solicitado en la petición tercera de la misma el no cumplimiento de la Resolución 73 de 1985 por pérdida de ejecutoria y no haberse demandado esta Resolución 73 de 1985, como acto fundamental que es, y además porque cuando se presentó la demanda ya había caducado en exceso la correspondiente acción.

Atacado en súplica por el actor dicho proveído inadmisorio, la Sala de Decisión lo revocó a través de la providencia de 12 de diciembre de 1988 (fls. 39 a 43) y en su lugar admitió la demanda y dispuso que el consejero sustanciador resolviera lo pertinente a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

En acatamiento al proveído de la Sala Decisoria acabado de anotar, el consejero conductor del proceso estudió el caso y decidió no decretar la medida suspensiva provisoria mediante auto de fecha 27 de marzo último, contra el cual se enfoca la súplica que se está desatando.

En su escrito el impugnante reproduce tanto las normas violadas ostensiblemente, a su juicio, por los actos acusados, como las razones del quebranto traídas en su libelo de demanda. Grosso modo, dice que los actos acusados transgreden en forma manifiesta los preceptos 11 y 26 de la Carta Constitucional, 66 del C. C. A. y 17 del Estatuto de las Penas. Como punto fundamental señala que "es sabido que mediante sentencias de diciembre 12 de 1986 y junio 25 de 1987, la honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, mediante las cuales se aprobaba el Tratado de Extradición de 1979, celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República de Colombia. Ante esta circunstancia, el Gobierno colombiano procedió a dejar sin efecto todas (sic) las providencias dictadas con fundamento en el citado Tratado Internacional, como el caso del señor Timothy Crauford. En la parte motiva de la providencia referente a este ciudadano extranjero, el Gobierno expuso: 'La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de junio de 1987, declaró inexecutable la Ley 68 de 1986, aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos, sentencia que fue debidamente notificada a este Ministerio. Frente a la anterior

circunstancia, el auto de detención dictado por este Despacho queda sin sustento jurídico y por tal razón debe revocarse en todas sus partes (...). Esta misma actitud ha debido asumir el Gobierno respecto al señor Joseph Henry Miglietta, aún de oficio por constitución (sic) una obligación legal, pues se encontraba en iguales circunstancias, por cuanto la Resolución 73 de 1985, que autorizó la extradición también quedó sin sustento jurídico, al quedar sin vigencia el Tratado de Extradición, o mejor al no poderse aplicar ese Tratado. No existe la menor duda de que el único y exclusivo fundamento jurídico de la Resolución 73 fue el mencionado Tratado. En razón de lo anterior, el Gobierno ha debido dar aplicación al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que prescribe que los actos administrativos perderán su fuerza ejecutoria '*... Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*' (Subrayas mías). Resultó violada esta norma en forma ostensible, por falta de aplicación".

Por estar íntimamente ligada al punto en cuestionamiento, a continuación se reproduce la motivación que adujo esta misma Sala de Decisión al desatar la súplica interpuesta contra el auto inadmisorio de la demanda atrás mencionado. Dijo entonces esta Sala Decisoria en su providencia de 12 de diciembre de 1988:

"1. La situación de hecho planteada por el actor y la consiguiente demanda, se apoya en el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 73 de 1985, que no ha sido considerada ilegal, es decir, afectada por alguno o varios de los vicios que señala el artículo 84 del C. C. A. Por el contrario, el demandante considera que tal resolución tuvo su apoyo en el Tratado de Extradición celebrado entre los gobiernos de Colombia y los Estados Unidos de América, aprobado por una ley que respaldó la legalidad del acto administrativo. En esas condiciones, no es esa la causa de su inclusión o mención en este proceso.

"2. Lo que sostiene el actor es que frente a la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, el Gobierno ha debido reconocer ese hecho de acuerdo con la petición formal del interesado en tal sentido, petición que sólo podía elevar después de producido el decaimiento, hecho a su vez condicionado por una causa (en este caso la desaparición de la ley aprobatoria del Tratado y de éste) cuya ocurrencia no está ni puede estar gobernada por los términos de caducidad que señala el artículo 136 del C. C. A., toda vez que no es posible saber la fecha en que se produzca dicho decaimiento.

"3. Como el Gobierno, a través de los actos acusados se negó a declarar el decaimiento, esa es la conducta que considera ilegal el demandante y, en consecuencia, violatoria, ella sí, de preceptos obligatorios para el autor de tal actuación administrativa. La claridad del planteamiento anterior aparece en la demanda y se anuncia desde el poder mismo, donde el señor Miglietta faculta a su apoderado para que procure la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 204 de 1987

y 6 de 1988 (no de la 73 de 1985), y solicite las declaraciones que indique en la demanda. En consecuencia, como ya se dijo, en cambio de pedir la declaración de nulidad, sólo plantea que se declare la pérdida de ejecutoria de la mencionada Resolución 73 de 1985. Acerca de esta posibilidad, dijo la Sala:

“El artículo 66 del C. C. A., dice:

“*Pérdida de fuerza ejecutoria.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

“ .....

“2º Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho’.

“Según la disposición transcrita, los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición y en forma independiente a la voluntad de la administración. Esto es lo que los tratadistas han denominado ‘decaimiento del acto’ o forma de extinción de los actos administrativos, que puede producirse como ha ocurrido aquí, por haber desaparecido del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de inexecutable hecha por la Corte Suprema de Justicia, las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, disposiciones, específicamente la Ley 27 de 1980, que sirvieron de fundamento a los actos administrativos que aquí se acusaron y mediante los cuales se dispuso la extradición del señor Andrés Calle López solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos.

“Por manera que las decisiones tomadas por la Corte, obviamente que producen situaciones jurídicas nuevas en este proceso que obligan a dejar sin efectos las Resoluciones números 334 y 46 de noviembre 18 de 1985 y 12 de febrero de 1986, respectivamente, proferidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, autorizando la extradición del señor Andrés Calle López.

“Consecuencialmente, como el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, según se ha visto, prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ‘cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho’, y en el caso de autos han desaparecido los fundamentos de derecho que servían de sustento a las resoluciones ejecutivas que concedieron la extradición del actor, es procedente con arreglo a la disposición en cita, declarar que no son obligatorias y, consecuentemente, el Gobierno no puede ejecutarlas” (Sentencia, septiembre 12 de 1987, Expediente número 330, Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado).

“4. Lo consignado en los puntos anteriores indica cómo no es preciso para la aceptación del libelo, demandar el acto que concedió

la extradición, ni viene el caso aplicar el artículo 72 del C. C. A. sobre consecuencias y caducidad de las acciones, cuando de revocación directa se trata”.

No cabe, pues, duda respecto de que la Resolución 73 de 1985 que concede la extradición del aquí actor, tiene como *fundamento de derecho* el Tratado de Extradición que en 1979 suscribió Colombia con los Estados Unidos de Norte América y que fue aprobado por las Leyes 27 de 1980, en primer lugar, y 68 de 1986, posteriormente. Sabido es que tal Tratado quedó sin vigencia en Colombia cuando al haberse aprobado inicialmente por la citada Ley 27 de 1980 y al ser está declarada inexecutable por la Corte Suprema, después recibió nueva aprobación por la otra ley citada, la 68 de 1986, ley ésta que ulteriormente también fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema de Justicia. Ambos fallos de inexecutableidad, de fechas 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, han “dejado en el aire”, por carencia de ley aprobatoria, al mencionado Tratado de Extradición, el cual, por consiguiente, no puede tener aplicación en Colombia al faltarle el requisito constitucional de su aprobación legal (C. N., arts. 76-18 y 120-20).

El mencionado Tratado de Extradición existe, mas por falta de la citada aprobación del Congreso Nacional (en virtud de las sentencias de inexecutableidad de las dos leyes aprobatorias) no puede tener aplicabilidad en nuestro país. Por consiguiente, tampoco puede alegarse válidamente que ante esta circunstancia tenga operancia el artículo 17 del Código Penal Colombiano cuando habla de falta de tratado extraditorio. Las Resoluciones 204 de 1987 y 06 de 1988 atacadas, no solamente están emparentadas de modo directo con la Resolución 73 de 1985, sino que se entrelazan con ésta sustancialmente al desatar los recursos contra ella interpuestos, como queda visto. Y como además en ninguna parte de la Resolución 73 de 1985 se da como razón jurídica y ni siquiera se nombra el artículo 17 del C. P., mal puede traerse como razón o fundamento de lo resuelto por las Resoluciones 204 de 1987 y 06 de 1988 tal artículo 17 del Estatuto Penal.

El mentado “fundamento de derecho” no solamente se deduce del texto de la Resolución 73 de 1985, sino que expresamente en la parte motiva de dicho acto administrativo se indica que “la solicitud (de extradición) se formuló de acuerdo con las normas pertinentes del Tratado de Extradición celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos”. En consecuencia, encaja el caso *sub examine* con las previsiones del artículo 66 del C. C. A. sobre pérdida de fuerza ejecutoria de dicho acto administrativo, o “decaimiento del acto”, como también se le denomina por los doctrinantes, al desaparecer el “fundamento de hecho o de derecho” de aquel acto.

En la providencia de esta misma Sala que desató el recurso de súplica contra el auto inadmisorio de la demanda y que en lo esencial quedó transcrito más arriba, se hace plena luz sobre el particular y

sus motivaciones son bastantes para despachar favorablemente el pedimento formulado por el actor sobre decreto de la medida precautelativa, comoquiera que por falta de aplicación del artículo 66 del C. C. A. se ha quebrantado de manera ostentosa este precepto legal. Baste para el caso contraer de nuevo este acápite de la sentencia de 12 de septiembre de 1987 incorporada en aquella providencia de la Sala:

“Consecuencialmente, como el artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (C. C. A.), según se ha visto, prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos ‘cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho’, y en el caso de autos han desaparecido los fundamentos de derecho que servían de sustento a las resoluciones ejecutivas que concedieron la extradición del actor, es procedente con arreglo a la disposición en cita declarar que no son obligatorias y, consecuencialmente, el Gobierno no puede ejecutarlas”.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º *Revocar* el proveído de 27 de marzo de 1989, materia de súplica, mediante el cual el consejero sustanciador no accedió a decretar la medida cautelar provisoria pedida por el actor.

2º *Decretar la suspensión provisional* de los efectos de las Resoluciones números 73 de 1985, 204 de 1987 y 06 de 1988, suscritas por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia, de que da cuenta la parte motiva.

3º Prevenir al Gobierno nacional de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna de contenido idéntico, semejante o equivalente al de las resoluciones de que trata el ordinal 2º que antecede.

4º La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados treinta (30) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 156 del C. C. A.

5º Sin costas en el recurso.

6º Comunicar esta decisión, con envío de copia *in integrum* de esta providencia, a la Presidencia de la República y a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

*NOMBRAMIENTO / CONFIRMACION - Improcedencia*

*Sobre hechos concretos se estructuró la convicción de que el demandante no había observado una conducta pública y privada que pudiera ser compatible con la dignidad del cargo de Fiscal, de lo cual se deduce la inhabilidad a que concretamente se refiere uno de los actos acusados.*

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 2640. Apelación sentencia. Actor: Jesús Libardi Colmenares Sayago.

El doctor Jesús Libardi Colmenares Sayago, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander impetrando la anulación de las Resoluciones números 259 y 297 de 19 de septiembre y de 25 de octubre de 1985, por las cuales el Gobierno nacional negó la confirmación de su designación como Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

1. Se pidió en la demanda, a título de restablecimiento del derecho, que se ordene al Gobierno nacional la confirmación del mencionado nombramiento y el pago de los sueldos y prestaciones sociales inherentes al cargo, “como si no hubiese existido solución de continuidad entre el acto administrativo de no confirmación, la fecha en que he debido posesionarme y mi reintegro al cargo, si el periodo de la fiscalía para el cual fui designado, aún no ha finiquitado” (fl. 69, cuaderno principal) y, en caso contrario, que se ordenen tales pagos desde el momento en que debió posesionarse hasta la fecha de terminación del periodo y la inclusión del nombre del actor en la terna para proveer nuevamente el mencionado cargo.

En lo pertinente, las peticiones se apoyaron en los siguientes hechos:

“Sexto. Mediante Decreto número 2085 de 31 de julio de 1985, emanado de la Presidencia de la República, y previa

selección de ternas enviadas por el señor Procurador General de la Nación, fue designado Fiscal Primero del honorable Tribunal Superior de la ciudad de Cúcuta.

“*Séptimo.* Para la confirmación del precitado cargo, en el mes de agosto de 1985, la Procuraduría General de la Nación, certificó sobre mi ausencia de antecedentes disciplinarios.

“*Octavo.* Mi no confirmación como Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta, se debió a una seudoinvestigación, realizada por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, doctora Clara Inés Gregory de Martínez, y así lo afirmo, pues sin ninguna fórmula de juicio (corrijo), sin alguna fórmula de juicio, y sin fundamento probatorio alguno, comunicó al señor Procurador General de la Nación, lo siguiente: ‘Me permito manifestarle que he consultado la opinión de diferentes personas entre ellas: Magistrados, fiscales, jueces, funcionarios administrativos, funcionarios pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación y personas particulares, de buen nombre y reconocida responsabilidad de la ciudad de Cúcuta, las cuales me dieron un testimonio pormenorizado sobre la conducta de los doctores Alfonso Barrera Zambrano y Jesús Libardi Colmenares Sayago, quienes fueron designados recientemente por el Gobierno nacional para ocupar las Fiscalías Primera y Cuarta del Tribunal del Distrito Judicial de la anotada ciudad. El balance que hago sobre estos profesionales, se puede sintetizar, diciendo que hay suficientes elementos de juicio, sólidos y consistentes, en el sentido de que carecen de buen nombre dentro de la ciudadanía cucuteña y gozan de mala fama en razón de sus conductas públicas y privadas, que en el lugar se consideran incompatibles con el desempeño de cualquier empleo público de cierta trascendencia. Existe verdadero *escándalo* por la designación de los doctores Barrera Zambrano y Colmenares Sayago y la ciudadanía no entendería que la representación del Ministerio Público ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta, estuviera representada por los citados profesionales’.

“*Noveno.* Con fundamento en el anterior escrito, a todas luces calumnioso, el señor Procurador General de la Nación se dirige al primer mandatario de la Nación, solicitándole la no confirmación de mi designación.

“*Décimo.* En agosto 23 de 1985, simultáneamente a la comunicación del señor Procurador General al señor Presidente de la República, la señora Procuradora Regional de Cúcuta, me abre disciplinario por presuntas faltas cometidas por el suscrito, como catedrático de la materia de Eco-

nomía Política General en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de esta ciudad, en el año de 1981, concretamente por supuesto tráfico de calificaciones.

*“Décimoprimer.* Por medio de la Resolución número 259 de septiembre 19 de 1985, el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, negaron la confirmación de mi designación como Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta.

*“Décimosegundo.* Notificado personalmente de la antedicha resolución, interpusé de inmediato recurso de reposición contra ella.

*“Décimotercero.* Con fecha 25 de octubre de 1985, por medio de la Resolución número 297, el Gobierno nacional no accedió a reponer la resolución recurrida.

*“Décimocuarto.* El día 19 de diciembre de 1985, concluyó la notificación por edicto al suscrito, del contenido de la Resolución número 297 de octubre 25 de 1985.

*“Décimoquinto.* El móvil tenido en cuenta por el Gobierno nacional, para no confirmarme en el cargo de Fiscal Primero del honorable Tribunal Superior de esta ciudad, obedeció concretamente, al disciplinario abierto por la señora Procuradora Regional de Cúcuta, el 23 de agosto de 1985; factor este que fue jurídicamente concluido a mi favor, por la honorable Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cúcuta, el 16 de marzo de 1986, absolviéndome de todos los cargos” (fls. 70 y 71, cuaderno principal).

Como normas violadas por los anteriores hechos se invocaron los artículos 2º, 20, 26, 63, 144 y 159 de la C. N.; 1º, 14, 28, 34, 35, 84, 85 del C. C. A.; 8º, numeral 8º, 66, 67 y 73 del Decreto 1660 de 1978, por los conceptos que a continuación se sintetizan.

1. El señor Procurador General de la Nación excedió su competencia, que llega hasta la confección de las ternas de aspirantes a las Fiscalías de los Tribunales Superiores del país, que deben ser tenidas en cuenta por el señor Presidente de la República al hacer la designación de los correspondientes fiscales.

2. La confirmación del fiscal designado no obedece al mero poder discrecional del Presidente, sino que debe sujetarse a las disposiciones de los artículos 66, inciso final, y 67 del Decreto 1660 de 1978, los cuales condicionan la no confirmación del designado a que éste no acredite oportunamente el cumplimiento de los requisitos y calidades o que de la documentación por él suministrada se infiera un impedimento o inhabilidad para ejercer el cargo. El actor no se encontraba en estas circunstancias.

3. "El señor Presidente de la República rebasando los límites consagrados por la Constitución y la ley, excedió el ejercicio de sus funciones, al igual que el señor Procurador General de la Nación, el primero, al no confirmarse como era su sagrada obligación; el segundo, al invadir órbitas que le estaban vedadas, pues su legítima intervención se circunscribía a la expedición del respectivo certificado sobre ausencia de sanciones disciplinarias, arrojándose de este modo por la borda los expresos postulados del artículo 66 del Decreto 1660 de 1978".

Y continúa así:

"En mi particular caso, el 23 de agosto de 1985, el señor Procurador General de la Nación, sin fórmula alguna de juicio, me da por condenado en la actuación disciplinaria, que el mismo día me abriera la señora Procuradora Regional de esta ciudad, y solicita al señor Presidente de la República mi no confirmación, y así procede efectivamente el doctor Belisario Betancur al no hacerlo, en resolución tantas veces comentada, burlando así el derecho universal de defensa, plasmado en el aforismo de que *nadie puede ser condenado, sin antes haber sido oído y vencido en juicio.*

"El 19 de septiembre de 1985, el señor Presidente de la República niega mi confirmación, y ese mismo día, casi que automáticamente, la señora Procuradora Regional de Cúcuta, me invita a rendir descargos; en síntesis, no se me había oído, y ya se me había condenado, a no ser Fiscal Primero del honorable Tribunal Superior de Cúcuta.

"En ese mismo orden de ideas, tenemos que el acto acusado viola lo dispuesto por el artículo 28 concordante con los artículos 14, 34 y 35 del C. C. A., pues estas normas y por mandato expreso del artículo 1º del Decreto-ley 01 de 1984, cobijan a la Procuraduría General de la Nación. Concluimos entonces que en el diligenciamiento administrativo abierto en mi contra y mucho antes de que se desatara mediante pronunciamiento de fondo, como que esto aconteció el 6 de marzo de 1986, ya el señor Procurador General de la Nación y el señor Presidente de la República, habían decidido, el uno a proponer y el otro, a ejecutar mi condena de no confirmación. En síntesis: Cuál derecho de defensa invocaba, si no me lo dejaban ejercer?; pero la justicia, así como tarda también llega, el honorable Tribunal Superior de esta ciudad en Sala Disciplinaria, derrumbó los cargos endilgados en mi contra, procediendo a mi total absolución. Finiquitando, tenemos: *Me condenaron sin oírme ni vencerme: Empero, yo vencí* (fl. 74, cuaderno principal).

“...Ausencia de motivación.

“Estriba ella, en la inexistencia material del hecho tenido en cuenta por el señor Procurador y su homólogo, en mi no confirmación, suscitándose así dos situaciones: La del error de hecho, como también el de derecho; estudiémoslas:

“a) Error de hecho.

“Se propuso como causal de no confirmación, la convicción moral de que no guardaba en Cúcuta una vida pública compatible con la dignidad del cargo y caso curioso, el señor Procurador General de la Nación infirió mi inidoneidad moral de una tropical y folklórica investigación hecha por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación aquí en Cúcuta, basada en entrevistas, entre otros, con magistrados, lo que habrá de verificarse en el curso del proceso.

“b) Error de derecho.

“Ese débil elemento de convicción traído a cuento, y estructurado por la doctora Gregory de Martínez, a la sazón Secretaria General llevó a los dos ilustres personeros de la República, a concluir mi ineptitud moral para ejercer el cargo. En consecuencia, por inexistencia de los motivos invocados, y por errónea apreciación jurídica de los mismos, los actos impugnados deben ser materia de anulación por la justicia contencioso administrativa” (fls. 74 y 75, cuaderno principal).

“La autoridad nominadora torció su poder, al desacatar las prescripciones de los artículos 66 y 67 del Decreto 1660 de 1978, haciendo uso abusivo de un poder discrecional no autorizado por la Constitución y la ley, al recoger unos elementos débiles y sin acreditación probatoria, desvirtuados como ya lo informé por la misma Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cúcuta, elementos que arbitrariamente sirvieron de fundamentos para no ser confirmado en mi cargo, haciéndose uso ilegítimo del artículo 73 de la disposición en comento” (fl. 75, cuaderno principal).

2. El tribunal del conocimiento, en sentencia de 16 de febrero de 1987, declaró probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, por las razones siguientes:

“...el juzgador piensa que en la demanda se configura la excepción de inepta demanda sustantiva, por cuanto no fue demandado el acto complejo compuesto por la decisión del señor Procurador de la Nación de solicitar al señor Pre-

sidente de la República que negara la confirmación del nombramiento del actor (agosto 23 de 1985), y los actos mediante los cuales se negó la confirmación del nombramiento, y no se accedió a la solicitud de reposición. Sólo se accionó contra éstos dos últimos.

“Evidentemente, para la perfección del acto complejo fue necesario la intervención de las voluntades de dos órganos: La Procuraduría General de la Nación y la Presidencia de la República, los cuales actuaron sucesivamente y con unidad de fines y contenido. La determinación del primero fue factor definitivo en la resolución del segundo. De ahí la significativa relevancia que el censor concede, con sus críticas, al acto del señor Procurador; lo mismo hace su apoderado.

“El honorable Consejo de Estado ha sostenido en diversas ocasiones, que ‘cuando se trata de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto (actos complejos), debe acusarse el conjunto para que la jurisdicción contencioso administrativo tenga competencia para revisar y resolver sobre todo el proceso de formación del acto, y se evite así que, por la acusación de uno de los actos que lo componen, pueda llegarse al resultado de que al ser anulado, los demás conserven su vigencia y resulte inocua la sentencia’” (fl. 149, cuaderno principal).

Esta sentencia fue apelada por el actor, con sustento en los argumentos siguientes:

“El acto *sub judice*, no es un acto complejo sino un acto reglado; es decir sometido a un procedimiento, previo establecido en el Decreto 1660 de 1978, por el cual la elaboración de ternas es competencia del Ministerio Público del cual su máxima cabeza es el Procurador General de la Nación, al cual compete el estudio previo de las calidades morales de sus integrantes; una vez pasadas las ternas o listas (sic) termina su injerencia en los trámites subsiguientes: Selección, nominación y confirmación que son de exclusiva competencia del Presidente y su Ministro. La previa intervención de la Procuraduría es tan sólo la vía al acto preparatorio de la decisión definitiva, y su intervención a más de irrelevante, constituye un abuso. El acto acusable es el acto final o decisorio.

“La ley en ninguna parte ha previsto que el Procurador tenga que rendir concepto para la confirmación de los fis-

cales. Dentro del procedimiento reglado, señalado por los artículos 66 y 67 del Decreto 1660 de 1978.

“ .....

“El *a quo* dio al acto preparatorio del Procurador, la calidad del acto definitivo, cuando sólo son impugnables en la vía jurisdiccional si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y esta calidad tan sólo la tiene el acto de nombramiento.

“Darle la calidad de acto jurídico a un chisme producto de una conceja (sic) que es a contrario el prototipo de acto injurídico violatorio no sólo de la ley sino también de la Constitución.

“El señor Procurador concreta los cargos así en su jurídica misiva que según el fallador fue decisiva para la no confirmación y en la práctica fue así; por lo cual el señor Presidente y el Procurador incurrieron en abuso y desviación de poder” (fls. 152 y 153, cuaderno principal).

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación solicitó acceder a la declaración de nulidad del acto acusado pero no al restablecimiento del derecho impetrado, considerando que la demanda estuvo bien dirigida contra los actos acusados, que la solicitud del Procurador General de la Nación de no confirmación del nombramiento del actor fue un acto de trámite no decisorio y que el actor tenía derecho a la confirmación de su designación como Fiscal, por no habersele comprobado inhabilidad alguna, pero que no son procedentes ni el reintegro del actor a ese cargo, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, en razón de que no fue demandado el nombramiento de quien ocupa dicho cargo, que el actor no desempeñó en momento alguno (fls. 160 a 164, cuaderno principal).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

#### *Consideraciones:*

Se trata de dilucidar la legalidad de los actos acusados en la demanda, constituidos por las Resoluciones números 259 y 297, proferidas el 19 de septiembre y el 25 de octubre de 1985 por el Presidente de la República, por las cuales se negó la confirmación del nombramiento del actor como Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y no se repuso esta decisión.

Estas resoluciones son actos administrativos propios del Presidente de la República, en uso de función de nominador de los fiscales de los Tribunales Superiores consagrada por el artículo 144 de la

C. N. y para su perfeccionamiento y validez no necesitaban del concurso de otras manifestaciones de voluntad como la contenida en la petición del Procurador General de la Nación de 23 de agosto de 1985, con la cual no constituyeron un acto complejo, contrariamente a lo sostenido en la sentencia apelada.

La petición que el Procurador General de la Nación dirigió el 23 de agosto de 1985 al Presidente de la República de que no confirmara la designación del demandante como Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta, por darse en él la inhabilidad prevista en el artículo 8º, numeral 8 del Decreto 1660 de 1978 (fls. 105 a 108, cuaderno principal), fue un acto preparatorio de la decisión definitiva adoptada por el nominador.

Las resoluciones acusadas en la demanda se motivaron expresamente en la convicción moral que produjo en la inteligencia y en la voluntad del señor Presidente de la República dicha petición del Procurador General de la Nación, como se aprecia en sus siguientes considerandos:

“Que el 23 de agosto último, el Procurador General de la Nación, en comunicación dirigida al Presidente de la República, manifiesta que al momento de presentar las ternas desconocía ‘las graves quejas de tipo moral que en la ciudad de Cúcuta se increpan a estos dos fiscales recién designados’ y solicita, en ejercicio de sus funciones, que se nieguen las confirmaciones de sus nombramientos.

“Que de acuerdo con el artículo 142 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación es el máximo Jefe del Ministerio Público, por lo cual el Gobierno considera procedente atender las peticiones que dicho funcionario formule para el buen orden y funcionamiento del organismo a su cargo, particularmente en cuanto hace relación a la vinculación de su personal subalterno” (fl. 120, cuaderno principal).

“Que con documentos públicos y privados tales como las actas números 01 y 02 de 1982 del Consejo Académico de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta en los cuales se da cuenta de conductas no compatibles con el desempeño del cargo de Fiscal, puestos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, se respalda la solicitud de no confirmación del nombramiento del doctor Jesús Libardi Colmenares Sayago por cuanto los hechos que narran tales documentos son suficientes para que exista la ‘convicción moral de que su vida pública o privada no es compatible con la dignidad del empleo’, constituyéndose así la inhabilidad contemplada en el ordinal 8º del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978.

“Que conforme al artículo 73 del citado Decreto 1660 de 1978, es obligación, de la autoridad que confirme un nombramiento, verificar los requisitos de ley y por ende corregir los posibles errores u omisiones en los que se hubiera incurrido en la designación, pues si no fuera así la confirmación no tuviera objeto.

“Que de acuerdo al artículo 66 del Decreto 1660 de 1978, la autoridad competente para hacer la confirmación de un nombramiento puede negarla cuando de las pruebas de que trata el artículo siguiente se establece que el funcionario está impedido o inhabilitado para desempeñar el cargo, cuestión que se cumplió estrictamente con la Resolución ejecutiva número 259 de 19 de septiembre del año en curso...” (fl. 122, cuaderno principal).

La ameritada solicitud del señor Procurador General de la Nación aparece en el expediente fundamentada en los siguientes elementos de juicio:

a) El oficio que el 22 de agosto de 1985 le dirigió la Secretaria General de la Procuraduría, en donde le dio a conocer los siguientes conceptos sobre la reputación de que gozaba el actor:

“El balance que hago sobre estos profesionales, se puede sintetizar, diciendo que hay suficientes elementos de juicio, sólidos, y consistentes, en el sentido de que carecen de buen nombre dentro de la ciudadanía cucuteña y gozan de mala fama en razón de sus conductas, públicas y privadas, que en el lugar se consideran incompatibles con el desempeño de cualquier empleo público de cierta trascendencia.

“Existe verdadero *escándalo* por la designación de los doctores Barrera Zambrano y Colmenares Sayago y la ciudadanía no entendería que la representación del Ministerio Público ante el Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta, estuviera representada por los citados profesionales” (fls. 107 a 108, cuaderno principal).

b) La información dada en documento de esa fecha a esta funcionaria por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Cúcuta en el siguiente sentido:

“De conformidad con la información solicitada por usted le manifiesto que ciertamente el doctor Jesús Libardi Colmenares, hizo petición escrita a los fiscales del Tribunal para ser incluido su nombre en la terna de aspirantes al cargo de fiscal de los Juzgados Superiores, pero ante el público rumor de que había sido desvinculado de la docencia

que venía desempeñando en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de esta ciudad por requerir dinero a sus alumnas los fiscales de manera unánime consideraron por esa causa inconveniente acceder a su pedimento" (fl. 173, cuaderno 2).

c) La queja formulada contra el actor, de que da cuenta el Acta número 1 de enero 18 de 1982 del Consejo Académico de la Universidad Libre de Cúcuta, citada en la segunda resolución demandada:

"En uso de la palabra el doctor Carreño, Decano de la Facultad de Derecho, pregunta al señor Gustavo Moros Q.: Sírvase usted narrar los hechos en que fundamenta la queja.

"2. Contesta el señor Moros: Se trata de Mariana Pinzón Uribe, cualquiera puede testimoniar la calidad de estudiante de la señorita, ella perdió introducción con el doctor Perozzo, ella perdió con el doctor Antolínez Ideas Políticas y Economía con el doctor Libardi Colmenares; el día del examen de economía ella estaba muy nerviosa, necesitaba 2.4, ella estaba muy nerviosa y no se presentó y el doctor Libardi dijo que no se había presentado pero que todos modos (sic) se rajaría, yo tampoco lo presenté, ella presentó el examen conmigo en la oficina del doctor Libardi Colmenares y se demoró 8 días en pasar notas, cuando salieron las notas publicadas, vimos que había sacado 2.0 (dos, cero), ella puede demostrar que la nota fue injusta, fue injusta la calificación ella era la que mayor puntaje llevaba, ha visto dos economías, hace un año se le murió el papá y como única hija le tocó hacerse cargo de la casa. Yo hablé con Libardi y dijo que había hecho conciencia y aceptó que pasaría la materia y que examinaría la nota. Resulta que el doctor Libardi me estuvo llevando unos días para allá y para acá, como se dice, me estuvo bebiendo porque él no tiene carro, lo tiene dañado y una noche me dijo (sic) que esa rectificación tenía precio y rehusó hacer la carta de rectificación. Yo le conté esto al doctor Gerardino y él me dijo 'la ciencia no se vende, se aprende' (sic). El doctor Libardi me pidió \$ 10.000.00 para rectificar la nota de la señorita.

"Preguntado por el doctor Carreño: ¿En qué términos le pidió la plata y qué personas estaban con ustedes en ese momento?

"Contestó: Me pidió en los términos que dije antes, estábamos solos, la cuestión vale \$ 10.000.00 y yo no le contesté absolutamente nada.

"Pregunta el doctor Carreño: ¿Cómo explica usted la rectificación sin haberla pagado? No sé contesta el señor Moros.

“Preguntado el doctor Gerardino, qué dice al respecto. Contestó el doctor Gerardino: El jueves 14 de enero pasó Gustavo Moros y Libardi Colmenares y me dijo que debía pasar a hablar con Ciro y me dijo que era un acto de conciencia lo de la nota y que le hiciera la carta y que en cuanto iba él, eso no lo haga, continuó hablando el doctor Gerardino, hay que ser leal (sic).

“El doctor Libardi me dijo, puede ser una cadenita o una esclava en oro. Así fue que yo dije: Mire Gustavo aquí no suelte un solo centavo, eso fue en el Restaurante Pinar del Río, al día siguiente, fuimos con la carta para que la pasara al Consejo y no la firmó, se la rompí y le dijo no sea H.P. (sic) eso no se hace pedir \$ 10.000.00, rompí la carta a Libardi, eso fue en la casa de Libardi el 15 de enero” (fls. 160 a 161, cuaderno 2).

Estos hechos fueron ratificados bajo juramento en declaraciones rendidas en la Procuraduría Regional (cuaderno 2, fls. 165-168).

El actor negó esos hechos, como se dice en el Acta número 2 de 19 de enero de 1982 del mismo Consejo Académico, en donde se lee también:

“Pregunta el doctor Jaime Pérez: ¿Cuántas veces ha tomado con el alumno?

“Contesta el doctor Colmenares: Con el alumno tomé trago el jueves, él nos esperaba en una camioneta, en ese mismo carro fuimos a donde el doctor Quintero.

“.....

“El Consejo Académico da por terminado los descargos del doctor Libardi Colmenares, éste se despide de todos los miembros del Consejo y sale. Se hace presente el doctor Jorge Lamk y (después) se le informa sobre los descargos. Después de deliberar el Consejo Académico recomienda al señor Decano de la Facultad de Derecho, excluir a los profesores Guillermo Gerardino Alvarez y Libardi Colmenares de la nómina de profesores para el presente año lectivo” (fl. 156, cuaderno 2).

Sobre estos hechos se estructuró la convicción de que el demandante no había observado una conducta pública y privada que pudiera ser compatible con la dignidad del cargo de Fiscal, de lo cual se deduce la inhabilidad a que concretamente se refiere el segundo de los actos enjuiciados.

Es fácil observar que a esta convicción moral llegó al Presidente de la República independientemente de la investigación adelantada en la Procuraduría Regional.

Por otra parte, el razonamiento encuentra respaldo en el artículo 8º, numeral 8º del Decreto 1660 de 1978, en concordancia con el artículo 66 del mismo estatuto.

Se apoya, en efecto, la Resolución número 297 de 1985 en el citado Decreto 1660 de 1978 y en hechos concretos ocurridos antes, que constituyen elementos de juicio sólidos y razonables, suficientes para sustentar la convicción moral del nominador expresada en la motivación del acto en referencia.

Dice la resolución en uno de sus considerandos:

“Que con documentos públicos y privados tales como las Actas números 01 y 02 de 1982 del Consejo Académico de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, en los cuales se da cuenta de conductas no compatibles con el desempeño del cargo de Fiscal, puestos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, se respalda la solicitud de no confirmación del nombramiento del doctor Jesús Libardi Colmenares Sayago por cuanto los hechos que narran tales documentos son suficientes para que exista la ‘convicción moral de que su vida pública o privada no es compatible con la dignidad del empleo’, constituyéndose así la inhabilidad contemplada en el ordinal 8º del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978” (fl. 3).

Correspondía al accionante haber aportado pruebas que infirmaran esa “convicción moral” ya sea demostrando la falsedad de los hechos en que se apoyó ya sea destacando por medios legalmente idóneos la honestidad entonces cuestionada.

Por otra parte, no le favorece mucho la providencia del Tribunal Superior de Cúcuta de marzo 6 de 1986, absolutoria en relación con los cargos formulados por la Procuraduría en Resolución número 0010 de enero 27 del mismo año, providencia en la cual se lee:

“Sea lo que fuere, lo cierto es que por lo acá analizado ya recibió el doctor Jesús Libardi Colmenares Sayago sanciones demasiado graves y a las cuales hace referencia el disciplinario y en parte la resolución acusatoria de folio 121. Ellas fueron:

“a) La no reelección como juez en el Distrito;

“b) La expulsión de la nómina de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre;

“c) La no confirmación del encartado como Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cúcuta, tal como lo expresa la Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación en telegrama visto a folio 83 de las diligencias”.

Cabe agregar, en conclusión, que resulta muy significativo el que haya sido la Procuraduría General de la Nación, entidad que propuso su nombre a la consideración del Presidente de la República, la misma que luego se opusiera a la confirmación.

A este aspecto se refiere concretamente la Resolución 259 de 1985 en los siguientes términos:

“Que de acuerdo con el artículo 142 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación es el máximo Jefe del Ministerio Público, por lo cual el Gobierno considera procedente atender las peticiones que dicho funcionario formule para el buen orden y funcionamiento del organismo a su cargo, particularmente en cuanto hace relación a la vinculación de su personal subalterno” (fl. 1).

Mal hubiera hecho el Presidente de la República en confirmar el nombramiento en tales circunstancias de apremio.

Se impone, en tal virtud, la conclusión de que los actos enjuiciados se ajustaron a derecho y, por lo mismo, se debe revocar el fallo apelado y negar las súplicas de la demanda.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia de febrero dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y, en su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de julio de 1989.

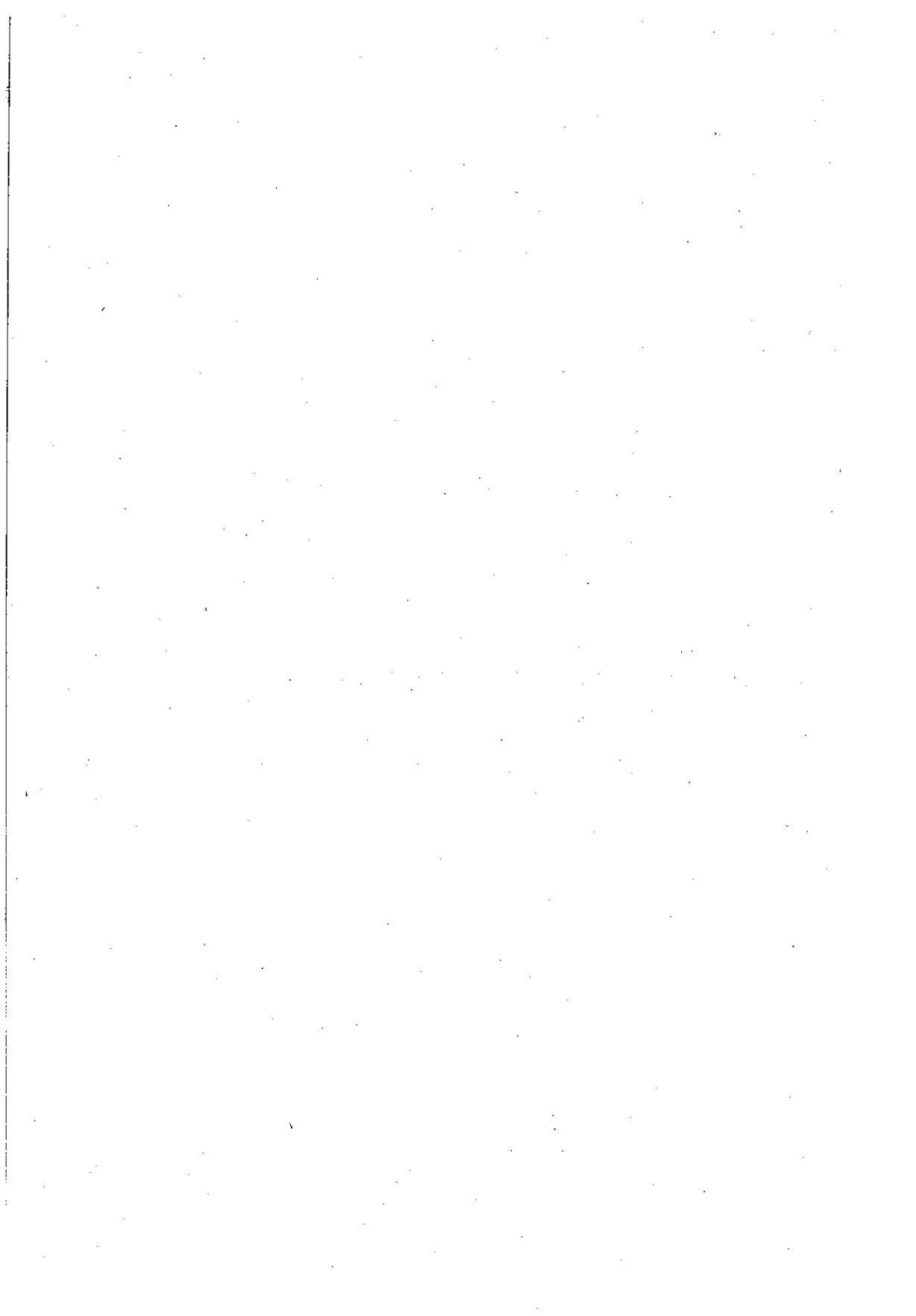
*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**CAPITULO IX**

**ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS AUTORIDADES**

**ORDEN NACIONAL**



*SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades / POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA / SOBERANIA MONETARIA / ACTIVIDAD BANCARIA - Naturaleza*

*Siendo la actividad bancaria un servicio público concedido por el Estado, sometida a un régimen especial y una vigilancia inmediata, es claro que se trata de una actividad limitada a aquellas operaciones expresamente autorizadas y siempre sujeta a posibles restricciones, ya que no se puede alegar derechos adquiridos ni invocar la autonomía privada, ante una relación de derecho público, en la que está de por medio el interés colectivo, como lo es la concesión del servicio público bancario. La ley asignó la vigilancia de quienes realizan la actividad bancaria, ya sean estatales o particulares, a la Superintendencia Bancaria, y es ésta quien en ejercicio de las competencias que le son propias, vigila que dicho servicio público en el cual está en juego el interés colectivo, se preste debidamente, para lo cual cuenta con facultades de policía administrativa económica.*

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

*Consejera ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

*Referencia: Radicación 1012. Acción de nulidad de los oficios números D.Rev 39419 de 17 de octubre de 1983 y DB 3268 32282 de 13 de agosto de 1984, de la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco de Occidente S. A. Fallo.*

*Cumplido el trámite de reconstrucción, resuelve la Sala la demanda de nulidad de los oficios D.Rev 39419 de 17 de octubre de 1983 y DB 3268-32282 de 13 de agosto de 1984 de la Superintendencia Bancaria, interpuesta por el Banco de Occidente S. A.*

*Los actos demandados:*

*El Banco de Occidente incluyó en sus contratos de cuenta corriente, una cláusula penal para el evento de devolución de cheques*

por fondos insuficientes, según la cual sus clientes deberían pagar el uno por mil del valor del cheque o de la parte no pagada del mismo, con un mínimo de \$ 50.00 y dio instrucciones sobre el tema en su circular interna S V-20-008 de 23 de enero de 1980.

La Superintendencia Bancaria, mediante oficio D.Rev 39419 de 17 de octubre de 1983 ordenó al Banco de Occidente devolver las sumas cobradas en cumplimiento de las citadas cláusulas penales, por ser esta una práctica prohibida expresa y reiteradamente en las circulares número 20 de 20 de marzo de 1968, número 10 de 1974 y número 54 de 1975.

Igualmente le ordenó derogar la circular interna SV-2-008 de 23 de enero de 1980, en un término de tres días a partir de la fecha del citado oficio.

Por su parte, el Banco de Occidente interpuso el recurso de reposición contra el mencionado acto y alegó la falta de competencia de la Superintendencia para establecer la prohibición de pactar la cláusula penal en los contratos de cuenta corriente, la legalidad de dicha cláusula con fundamento en la autonomía de las partes y la no existencia de prohibición legal.

Mediante el otro acto demandado, el oficio DB 3268-31282 de 13 de agosto de 1984, la Superintendencia Bancaria resolvió el citado recurso de reposición, confirmó el oficio recurrido y al hacerlo precisó su decisión con las siguientes instrucciones para el Banco de Occidente:

"1. Por inexistencia y falta de causa y soporte contable, devolver a cada uno de los titulares de cuentas corrientes que no hubieren manifestado su consentimiento en cuanto al cobro de la sanción de que trata el presente oficio (*ítem* a del punto II.), el valor de la misma, de la siguiente manera:

"—Para aquellos que aún se encontraren vigentes, mediante el abono en la correspondiente cuenta corriente.

"—Para quienes ya no fueron cuentacorrentistas, se trasladará a la cuenta de *acreedores varios*, el valor de los cobros efectuados durante la vigencia de los mismos, a disposición y nombre de cada uno de los titulares, debiéndose informar de inmediato, a la última dirección que se posea de ellos, el valor y concepto de la acreencia a su favor.

"De las devoluciones efectuadas deberá enviarse una relación a esta Superintendencia, detallando su importe, el nombre del beneficiario, el medio de reintegro empleado y la fecha de contabilización.

"2. Suspensión inmediata del cobro de sumas de dinero por la devolución de cheques en razón de falta total o parcial de fondos.

“3. Derogatoria, mediante circular de igual naturaleza, que se enviará en forma inmediata a todas las dependencias, sucursales y agencias del Banco, de la SV-20-008 de 23 de enero de 1980. Copia de la circular interna que se expide debe remitirse a este Despacho.

“4. Con el extracto de la cuenta corriente correspondiente al mes de agosto debe incluirse una circular dirigida a todos los cuentacorrentistas, en la que se expresará claramente que la cláusula del contrato, la cual debe transcribirse, hoy vigente en razón de la circular enviada en enero de 1980, quedó sin vigencia a partir de la fecha de recibo del presente oficio. Copia de la misma se enviará a este Despacho.

“5. Los esqueletos modelo del contrato de la cuenta corriente que se vayan a utilizar con posterioridad al 31 de agosto deben modificarse, suprimiendo la mencionada cláusula de su texto. Un ejemplar del nuevo esqueleto debe ser enviado a este Despacho”.

#### *La demanda y sus argumentos:*

En la demanda se citan como violadas las siguientes:

—Artículos 20, 26, 55, 120 numeral 15 y 147 de la Constitución Nacional.

—Artículos 19 a 76, 85 y 86 de la Ley 45 de 1923.

—Artículos 864, 867, 869 a 904 y 1382 a 1392 del Código de Comercio.

—Artículos 1495, 1501, 1592 a 1601, 1602, 1741 y siguientes del Código Civil.

—Circulares número 20 de 1968, número 10 de 1974, número 54 de 1975 y número 86 de 1980 de la Superintendencia Bancaria.

El Banco de Occidente desarrolla el concepto de violación de las normas citadas, en argumentos que la Sala sintetiza así:

—La violación del artículo 20 de la Constitución Nacional, al prohibir una actividad que no está censurada por la ley, sino que por el contrario, está permitida, de conformidad con el artículo 82 de la Ley 45 de 1923; de los artículos 1495, 1501 y 1592 del Código Civil; artículos 867 y 1382 del Código de Comercio y la circular 86 de 1980 de la Superintendencia Bancaria, con lo cual se obliga al Banco a más de lo exigido por la ley.

Además, la Superintendencia Bancaria carece de facultades “... para decidir sobre la suerte de los contratos...”.

—La prohibición contenida en los actos demandados constituye una sanción que no sólo no está tipificada en norma alguna, sino que se impone a una conducta consagrada expresamente como legítima en

varias normas jerárquicamente superiores. Y así la Superintendencia Bancaria sanciona al Banco con la prohibición de un acto permitido por la ley y con abandono absoluto de las normas procedimentales.

—Violación del artículo 55 de la Constitución Nacional, por cuanto la Superintendencia Bancaria se pronuncia sobre los efectos de contratos entre particulares, facultad que corresponde a los jueces, desconociendo la separación de las Ramas del Poder Público y en el mismo sentido se plantea la violación de los artículos 147 a 163 de la Constitución Nacional, así como de los artículos 7º y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 1º y 822 del Código de Comercio.

Y como la Superintendencia Bancaria además pretendió que se renunciara a la propiedad de los dineros en cuestión, al ordenar su devolución, violó también el artículo 30 de la Constitución Nacional y 669 del Código Civil.

—Los artículos 19 a 76 de la Ley 45 de 1923 que consagran las atribuciones del Superintendente Bancario en ejercicio de su competencia de inspección y vigilancia, en desarrollo del artículo 120, ordinal 15 de la Constitución Nacional, son desconocidos: 1. Porque so pretexto de ejercer la citada inspección y vigilancia, se desbordó dicha competencia al pronunciarse sobre los contratos, cuestión que compete a los jueces y 2. Porque se extendió dicha inspección y vigilancia a personas que como los cuentacorrentistas no están sometidos a ella, y con esto se violaron también los artículos 55, 120, numeral 15 y 147 y siguientes de la Constitución Nacional.

—Violación de los artículos 85 y 86 de la Ley 45 de 1923 que autorizan y regulan el contrato de cuenta corriente, sin que establezcan la limitación que introdujeron los actos demandados.

—Los artículos 864, 867 y 1382 a 1392 del Código de Comercio regulan de manera general los unos y de manera específica los otros, el contrato de cuenta corriente. En los primeros se consagra la posibilidad de pactar estipulaciones sobre arras o sobre cláusula penal en los contratos mercantiles, a menos que en las normas específicas de alguno de ellos se limite dicha posibilidad: En los artículos citados que regulan el contrato de cuenta corriente no se establece ninguna limitación al efecto, por ello, la Superintendencia no podía prohibir dicha posibilidad, porque además de que no tenía competencia para ello, no podía considerar como irregular lo que la ley autoriza.

—También resultan desconocidos algunos artículos del Código Civil, aplicables como ley comercial, de acuerdo con los artículos 1º y 822 del Código de Comercio así: El artículo 1495 que consagra la "autonomía privada" de las partes, sin limitación diferente al orden público y a las buenas costumbres; el artículo 1501 que se refiere a los elementos de todo contrato y entre ellos a los de carácter accidental, los cuales son de libre determinación de las partes y la cláusula

sula penal se encuentra precisamente regulada como un pacto accesorio, en general, de todos los contratos.

Por ello considera que la cláusula 25 de los contratos de cuenta corriente del Banco de Occidente, corresponde a esa facultad establecida tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio y las normas citadas resultan violadas al no permitirle al Banco el ejercicio de dicha facultad y al obligarlo a renunciar a sus derechos adquiridos se desconocen además el artículo 669 del Código Civil y el artículo 30 de la Constitución Nacional.

—El artículo 1602 del Código Civil aplicable en materia mercantil según lo dispuesto por el artículo 822 del Código de Comercio, también es desconocido, en cuanto la Superintendencia Bancaria, sin facultad para ello, ordenó la terminación de los contratos de cuenta corriente, en lo relativo a la cláusula penal, siendo que la citada cláusula es ley para las partes y sólo podía ser invalidada por orden judicial o por consentimiento mutuo de las partes.

Por la misma razón se desconocen los artículos 1741 y siguientes del Código Civil, y en especial los artículos 1746 y 1748, y además por cuanto se crean nuevas causales de invalidez de los negocios jurídicos; y al desconocer que son los jueces los que pueden declararla se desconocen también los artículos 55 y 147 de la Constitución Nacional.

—Por otra parte se alega la violación de normas del Código de Procedimiento Civil así: El artículo 7º del Decreto 1400 de 1970, los artículos 7º, 174 y 396 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto la Superintendencia Bancaria sustituyó a los funcionarios judiciales competentes y declaró la invalidez de la cláusula penal en cuestión sin tener en cuenta las normas probatorias, ni el procedimiento ordinario previsto para tal efecto.

—Finalmente se plantea la violación de las circulares 20 de 1968, 10 de 1974 y 54 de 1975 de la misma Superintendencia Bancaria en cuanto las interpreta y aplica de manera inadecuada, y “edifica” prohibiciones que éstas no contienen.

#### *Alegatos de la Superintendencia Bancaria:*

Al contestar la demanda, la apoderada de la Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la parte actora, con base en los siguientes argumentos:

—Según el artículo 714 del Código de Comercio, es obligación del girador del cheque, tener fondos suficientes y disponibles. Si incumple, el librador puede abonar el 20% del valor del cheque al tenedor, de acuerdo con el artículo 731 del Código de Comercio. Si el pago no se efectúa por responsabilidad del Banco librado, éste pagará al girador, como sanción, el 20% del importe del cheque o del saldo disponible

Si no se ha causado al Banco, perjuicio alguno, éste no puede establecer, ni aún contractualmente, ningún tipo de sanción, ni el cobro de suma alguna de dinero, a manera de reparación de daños que nunca se causaron, lo cual significaría un enriquecimiento sin causa.

El Banco tiene sí la facultad de terminar unilateralmente el contrato de cuenta corriente por incumplimiento de la obligación del titular de mantener fondos suficientes (art. 714, Código de Comercio)

—La Superintendencia Bancaria, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia que en desarrollo del artículo 120, ordinal 15 de la Constitución Nacional le atribuye la Ley 45 de 1923, es competente para impartir órdenes a las entidades sometidas a su vigilancia, para suspender prácticas inconvenientes, inseguras o no autorizadas.

Cita jurisprudencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado relacionadas con el tema, para concluir que la Superintendencia Bancaria no está ejerciendo función jurisdiccional y que la orden dada al Banco de Occidente es una manifestación del principio, según el cual, a las entidades financieras no les está permitido desarrollar sino aquellas actividades que expresamente se les autorizan, de conformidad con el régimen excepcional al que se encuentran sometidas.

Luego, en el alegato de conclusión, el nuevo apoderado de la Superintendencia Bancaria solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda, y se refiere a los argumentos del actor, los cuales agrupa así:

1. La ausencia de una ley que prohíba la conducta asumida por el Banco de Occidente.
2. La carencia de facultades de la Superintendencia Bancaria para pronunciarse sobre la materia, por ser ésta competencia de los jueces.

Afirma que el cobro de dinero por concepto de devolución de cheques por carencia absoluta de fondos o fondos insuficientes, situación comprobada debidamente y aceptada por el mismo Banco, es una actividad expresamente prohibida por las circulares número 10 de 1974 y 54 de 1975 de la misma Superintendencia Bancaria. Y ello, porque se considera una práctica ilegal e insegura en cuanto permite o tolera que se mantengan cuentas corrientes mal manejadas.

Para respaldar su afirmación de que la Superintendencia Bancaria sí tenía competencia, de acuerdo con las funciones que le asigna la ley, para proferir los actos demandados cita las siguientes jurisprudencias:

—Sentencia de 5 de septiembre de 1980, expediente 5658, Sección Tercera del Consejo de Estado.

—Sentencia de 27 de febrero de 1981, expediente 6445, Sección Cuarta del Consejo de Estado.

—Sentencia de 30 de enero de 1984, expediente 83D-1328, Sección Cuarta del Consejo de Estado.

*Alegato de conclusión del actor:*

En su escrito de alegato final, el señor apoderado del actor insiste en:

—La cláusula penal pactada en los contratos de cuenta corriente por el Banco de Occidente, se encuentra respaldada en el artículo 85 de la Ley 45 de 1923, en los artículos 1495, 1501 y 1592 del Código Civil, en los artículos 864, 867 y 1382 del Código de Comercio y en las circulares 54 de 1975 y 86 de 1980 de la Superintendencia Bancaria.

—De las pruebas allegadas al expediente y en especial de la prueba pericial se tiene plenamente probado el incumplimiento de los cuenta-correntistas a quienes se les aplicó la cláusula penal.

—Las circulares 20 de 1968, 10 de 1974 y 54 de 1975, de la Superintendencia Bancaria, autorizan a los Bancos para pactar la cláusula penal ya que se refieren a: "...a través de los medios que brinda la ley..." y entre ellos está el pacto de la cláusula penal y precisan que no puede pactarse simultáneamente con intereses moratorios.

Y afirma que no puede la Superintendencia Bancaria establecer prohibiciones por circular y menos "prohibiciones implícitas".

—La Superintendencia Bancaria suplantó la función de los jueces sin tener facultades para ello, ya que con los actos demandados asume la invalidez de la cláusula penal.

—Habiendo celebrado el Banco de Occidente el contrato para reglamentar los distintos aspectos de la cuenta corriente, dicho contrato es la fuente formal única para la solución de los conflictos que se generen entre las partes, a menos que exista una norma legal imperativa que reglamente la materia de manera diferente a la contractualmente pactada.

Las normas del Código de Comercio que regulan el contrato de cuenta corriente, son normas dispositivas o supletivas de la voluntad de los contratantes, con excepción de lo previsto en sus artículos 1386, 1387 y 1391.

Por ello, si existe un contrato válidamente celebrado, ha de estarse a él, sin que su vigencia pueda ser desconocida "por persona distinta de los jueces" y no puede dejar de cumplirse por decisión de una de las partes o de autoridad administrativa y su nulidad sólo puede ser declarada por autoridad judicial, en la forma establecida por la ley.

—Si la Superintendencia Bancaria consideraba inválida la cláusula en cuestión, ha debido seguir el trámite legal correspondiente, solicitar la intervención del Ministerio Público, para que éste en interés de la moral o de la ley, hubiera solicitado a los jueces la declaración correspondiente, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Como no lo hizo, sino que prohibió la aplicación de la cláusula, se puso de lado de los clientes y contra el Banco.

—Los actos demandados fueron expedidos con falsa motivación, en cuanto se fundamentaron en que el Banco de Occidente "... continúa desacatando los requerimientos que en tal sentido ha efectuado esta Superintendencia...", refiriéndose a las circulares 20 de 1968, 10 de 1974 y 54 de 1975.

Al respecto alega que el Banco no cobró suma alguna "por concepto de devolución de cheques" por fondos insuficientes o carencia de fondos, sino por aplicación de una cláusula penal, expresa y libremente pactada entre las partes. Por ello no se trata de una actuación unilateral y arbitraria del Banco, sino del cumplimiento de una condición: La devolución del cheque que activó la aplicabilidad de la cláusula penal.

Cuestiona el que se legisle por circulares y afirma que las citadas circulares 20 de 1968, 10 de 1974 y 54 de 1975 no prohíben la estipulación de una cláusula penal, ni contienen ninguna otra prohibición y por ello se configuró la falsa motivación.

—No existe ninguna norma que prohíba estipular la cláusula penal en los contratos de cuenta corriente y por el contrario, está autorizada legalmente.

—La cláusula penal constituye una estimación anticipada que hacen los contratantes del monto de los perjuicios, por ello el acreedor está exonerado de probarlos.

Concluye:

*"Está demostrado que el Banco de Occidente tiene plena facultad legal para pactar cláusula penal con sus clientes dentro del contrato de cuenta corriente que celebra. Igualmente, que el Banco ajustó su conducta a un contrato de cuenta corriente válidamente celebrado y en especial a la cláusula 25. Es claro además que la conducta que la Superintendencia le prohíbe a mi representado no está legalmente prohibida y que por el contrario, dicha actuación está expresamente autorizada por la ley y por la propia Superintendencia. Finalmente, está claro que las imposiciones pretenden hacerse no por quebranto de la ley, sino por la supuesta violación de un acto administrativo (Circular de la Superintendencia Bancaria), hecho contrario a la verdad, y a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional".*

*El concepto fiscal:*

La señora Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que deben negarse las pretensiones de la demanda.

Llega a esta conclusión, luego de un juicioso estudio, en el cual agrupa los argumentos de la demanda en dos capítulos así:

“1. Facultad de la Superintendencia Bancaria para prohibir operaciones relacionadas con contratos regulados por leyes civiles y comerciales, para ordenar su suspensión y para exigir el reintegro de valores cobrados.

“2. Licitud de las operaciones que se prohíbe continuar e imposición de una sanción por hechos que no estaban previamente definidos como prohibidos ni por la ley ni por instrucciones anteriores de la Superintendencia Bancaria”.

Con relación al primer punto afirma que los establecimientos bancarios no pueden hacer todo lo que no les esté prohibido, sino sólo lo que se les haya autorizado y sus actividades se rigen no sólo por las normas civiles y comerciales, sino también por las regulaciones de orden público económico, entre ellas las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior, porque la actividad bancaria es un servicio público, sujeta a la intervención estatal y que sólo puede ser practicada con la autorización y dentro de las limitaciones que se le impongan.

Como con la “creación secundaria de moneda”, está de por medio la soberanía monetaria del Estado, existen controles especiales dentro del campo administrativo, para decidir sobre su legalidad, establecer su ajuste a las disposiciones estatutarias y calificar, prohibir y ordenar suspender prácticas inseguras, aunque se desarrollen legalmente (art-47, Ley 45 de 1923).

Cita los artículos 19 y 26 del Código Nacional de Policía y en concordancia con el artículo 47 de la Ley 45 de 1923 concluye que la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus funciones de policía económica, estaba facultada por la Ley 45 de 1923 para prohibir la práctica cuestionada y ordenar su suspensión.

Con relación al reintegro de las sumas cobradas distingue aquellas que se originaron en una estipulación contractual y las debitadas por decisión unilateral.

Afirma que en el primer caso no procede el reintegro, mientras en el segundo sí, y considera que en éste, la orden de devolución fue consecuencia de una reversión de tipo contable, por falta de soporte externo, exigencia que se encuentra dentro de la competencia de la Superintendencia Bancaria, como quiera que su vigilancia se extiende

a los libros de contabilidad de los entes vigilados y de conformidad con el artículo 87 de la Ley 45 de 1923, en esta materia el Superintendente puede expedir órdenes obligatorias.

La Superintendencia Bancaria en los actos demandados no declaró la nulidad de la cláusula contractual, ni ordenó la restitución de los cobros hechos con base en contratos, se limitó a ordenar la suspensión del cobro y la reversión de las operaciones que carecían de soporte contractual.

En cuanto al segundo aspecto anota la señora Fiscal:

En la circular 54 de 1975 de la Superintendencia Bancaria expresamente se da la orden a los Bancos, de abstenerse de cobrar suma alguna por devolución de cheques por fondos insuficientes o por carencia de los mismos y esta norma expresa y obligatoria por mandato de la ley fue desconocida por la cláusula penal en cuestión, lo que permite calificarla de ilícita.

Lo anterior, además de que la cláusula penal pactada, carece de causa, lo que la hace ilegal a la luz del artículo 1524 del Código Civil.

En efecto, si la cláusula penal es la liquidación contractual y anticipada de los perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación, es necesario que exista un daño cierto que puede ser originado por el incumplimiento: Si el daño o perjuicio no existe, no es cierto ni posible, la cláusula carece de causa.

La carencia o insuficiencia parcial de fondos perjudica al tenedor del cheque y no al banco librado, ya que éste sólo está obligado a cubrir el cheque hasta el importe del saldo disponible.

Si no hay daño, si no hay perjuicio para el Banco, la cláusula penal resulta contraria a la ley (art. 1524 del Código Civil) por carecer de causa legal.

Finalmente considera, que realmente la creciente devolución de cheques por carencia o insuficiencia parcial de fondos demeritaría la confianza popular, con el consecuente quebrantamiento del sistema, generando hondas repercusiones monetarias, dado que una parte principal de la oferta monetaria se compone de depósitos en cuentas corrientes en los bancos.

Concluye que no hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque:

“La prohibición tiene fundamento entonces bien porque la conducta prohibida es ilegal o porque es insegura y la orden de suspensión, que no es una sanción como lo aduce el demandante, es una consecuencia de ella. La operación estaba previamente prohibida y por ello cabía jurídicamente su suspensión. No se presenta por tanto la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional que se alega”.

*Consideraciones de la Sala:*

La actividad bancaria en Colombia es un servicio público, originario del Estado y el cual puede ser prestado por los particulares habilitados para ello, a través de la figura jurídica de la concesión, pero siempre sometido a las regulaciones, limitaciones y vigilancia inmediata de quien es el responsable de su prestación, que lo es el Estado.

Desde la vigencia de la Ley 45 de 1923, se habla de las "concesiones" que se hacen a los bancos hipotecarios (art. 234) y se les autoriza expresamente para realizar ciertas operaciones "y no otras".

El carácter de servicio público, fue expresamente declarado en el Decreto 1593 de 6 de junio de 1959, posteriormente reconocido de manera amplia en la jurisprudencia, cuando la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de junio de 1969, con ponencia del doctor Hernán Toro Agudelo precisó:

"Aunque formalmente no se califique de servicio público al que presta la banca privada, las regulaciones y controles a su expansión, y las limitaciones a las tasas de interés como fuente de utilidades, son típicas normaciones de servicio público. Y aunque se habla de permisos de funcionamiento, lo que hay implícito es el otorgamiento de concesiones temporales".

Pero además, la actividad bancaria referida al manejo de sustitutos monetarios y medios de pago, no puede considerarse como una actividad particular cualquiera, que pone en juego solamente los intereses privados.

No, en las actividades que realizan los bancos, está de por medio un aspecto económico, de interés público, que como tal es responsabilidad propia del Estado a través de su soberanía monetaria, más cuando se trata de creación de medios de pago como sucede con el manejo de los depósitos que reciben con base en el contrato de cuenta corriente.

Y por tratarse de un servicio público del que es responsable el Estado y en el cual está de por medio el interés público, la actividad bancaria no es una actividad libre, sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas en cuanto a su iniciativa, organización, desarrollo, operaciones posibles, condiciones de las mismas, vigilancia, terminación, liquidación, etc. y todas esas limitaciones tienen como finalidad, la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público.

Siendo la actividad bancaria un servicio público concedido por el Estado, sometida a un régimen especial y una vigilancia inmediata,

es claro que se trata de una actividad limitada a aquellas operaciones expresamente autorizadas y siempre sujeta a posibles restricciones, ya que no se puede alegar derechos adquiridos ni invocar la autonomía privada, ante una relación de derecho público, en la que está de por medio el interés colectivo, como lo es la concesión del servicio público bancario.

En clara concordancia con lo anterior, la ley asignó la vigilancia de quienes realizan la actividad bancaria, ya sean entes estatales o particulares, a la Superintendencia Bancaria, y es ésta quien en ejercicio de las competencias que le son propias, vigila que dicho servicio público en el cual está en juego el interés colectivo, se preste debidamente, para lo cual cuenta con facultades de policía administrativa económica, que pueden llegar, tal como lo autoriza expresamente el artículo 47 de la Ley 45 de 1923 a "suspender prácticas inseguras o no autorizadas" y a tomar todas aquellas medidas individuales y concretas que como las sanciones buscan el cumplimiento del régimen legal especial a que están sometidos quienes prestan el servicio público que constituye la actividad bancaria.

2. En los actos demandados se hace referencia a las circulares número 20 de 1968 y número 10 de 1974 de la Superintendencia Bancaria, las cuales precisan de "manera expresa", el criterio de la citada entidad, en relación con el problema que crean los cuentacorrentistas con el giro de cheques cuando hay insuficiencia o carencia de fondos.

Dicho criterio precisa a los bancos que no deben tolerar el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de sus cuentacorrentistas, a través del giro de cheques, sin fondos o con fondos insuficientes en sus respectivas cuentas bancarias, y por ello se les ordena dar cumplimiento a acuerdos celebrados entre ellos, a través de la Asociación Bancaria, en el sentido de no mantener dichas cuentas y de ser muy cuidadosos en la apertura de las nuevas cuentas corrientes.

Además expresamente se les da la orden en el sentido de que "...los bancos deben hacer uso de la facultad de resolución de los contratos de cuenta corriente, consagrada en el artículo 1389 del Código de Comercio, cuando en éstos se presente un número razonable de devoluciones de cheques por las causales de inexistencia o insuficiencia de fondos".

Lo anterior fue reiterado por la Superintendencia Bancaria en posteriores circulares, que también se citan por las partes en sus alegatos.

La circular número 10 de 1974 fue declarada ajustada a la legalidad, en sentencia de 15 de noviembre de 1983 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 45 de 1923, la Superintendencia Bancaria tenía

competencia para expedirla y consideró que era necesario mantener la credibilidad del cheque como medio de pago y para ello no resultaba adecuado cobrar una suma de dinero por cada cheque girado sin fondos, y dio la orden de que se aplicara el artículo 1389 del Código de Comercio.

3. El contenido de los actos demandados, luego del agotamiento de la vía gubernativa, es el de ordenar al Banco de Occidente:

“1. Por inexistencia y falta de causa y soporte contable, devolver a cada uno de los titulares de cuentas corrientes que no hubieren manifestado su consentimiento en cuanto al cobro de la sanción de que trata el presente oficio (*ítem* a del punto II), el valor de la misma, de la siguiente manera:

“—Para aquellos que aún se encontraren vigentes, mediante el abono en la correspondiente cuenta corriente.

“—Para quienes ya no fueron cuentacorrentistas, se trasladará a la cuenta de *acreedores varios*, el valor de los cobros efectuados durante la vigencia de los mismos, a disposición y nombre de cada uno de los titulares, debiéndose informar de inmediato, a la última dirección que se posea de ellos, el valor y concepto de la acreencia a su favor.

“De las devoluciones efectuadas deberá enviarse una relación a esta Superintendencia, detallando su importe, el nombre del beneficiario, el medio de reintegro empleado y la fecha de contabilización.

“2. Suspensión inmediata del cobro de sumas de dinero por la devolución de cheques en razón de falta total o parcial de fondos.

“3. Derogatoria, mediante circular de igual naturaleza, que se enviará en forma inmediata a todas las dependencias, sucursales y agencias del Banco de la SV-20-008 de 23 de enero de 1980. Copia de la circular interna que se expide debe remitirse a este Despacho.

“4. Con el extracto de la cuenta corriente correspondiente al mes de agosto debe incluirse una circular dirigida a todos los cuentacorrentistas, en la que se expresará claramente que la cláusula del contrato, la cual debe transcribirse, hoy vigente en razón de la circular enviada en enero de 1980, quedó sin vigencia a partir de la fecha de recibo del presente oficio. Copia de la misma se enviará a este Despacho.

“5. Los esqueletos modelo del contrato de la cuenta corriente que se vayan a utilizar con posterioridad al 31 de agosto deben modificarse, suprimiendo la mencionada cláusula de su texto. Un ejemplar del nuevo esqueleto debe ser enviado a este Despacho”.

Dichas medidas, son la concreción de su competencia como entidad encargada de ejercer funciones de policía administrativa econó-

mica y tiene fundamentalmente un carácter preventivo, para evitar que a través del manejo ilegal e inescrupuloso de las cuentas corrientes bancarias, se pierda la confianza y credibilidad de la comunidad en el sistema bancario.

Por ello no puede afirmarse que con dichas medidas se esté imponiendo una sanción, sino que en ellas, se dan instrucciones de carácter obligatorio para quienes realizan por concesión una actividad que es un servicio público y en la cual está de por medio el interés colectivo.

Por las mismas razones, no comparte la Sala, la argumentación de la parte actora cuando afirma que con los actos demandados, la Superintendencia Bancaria desbordó su competencia, desconoció normas procedimentales y sustantivas, al decidir sobre la validez de una cláusula contractual: La Superintendencia Bancaria, tiene facultades de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 45 de 1923 para suspender prácticas inseguras o no autorizadas, en el ejercicio de la actividad bancaria y por ello, tampoco era necesario que como lo afirma la parte actora tuviera que acudir al Ministerio Público para que el Banco dejara de realizar dichas prácticas.

Dicha entidad ya había dado instrucciones generales sobre la conducta a seguir por los bancos, ante el incumplimiento de sus cuentas corrientistas, por el giro de cheques con carencia o insuficiencia de fondos, en el sentido de que se debía dar por terminado el respectivo contrato y al encontrar en el Banco de Occidente, una práctica que consideró insegura y no autorizada, ordenó suspenderla: Se trata claramente de una medida administrativa de policía, para tomar la cual tenía expresa competencia legal.

Como se dijo antes, la actividad bancaria no es absolutamente libre sino que por el contrario está restringida por las regulaciones que origina su carácter de servicio público concedido y en dicha actividad entonces no resulta válida la afirmación de que puede realizarse todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Por el contrario, quienes la ejercen solamente pueden actuar dentro del ámbito autorizado y siempre de acuerdo con las órdenes y decisiones de quien tiene a su cargo la inspección y vigilancia de las entidades bancarias.

Tampoco puede afirmarse, dentro del contexto anterior, que la Superintendencia Bancaria rebasó sus competencias por cuanto las ejerció frente a los cuentacorrentistas, ya que como se ha dicho, el objeto de dicha inspección es la actividad bancaria y quienes la realizan.

4. Afirma el demandante que de acuerdo con las normas del Código de Comercio y las del Código Civil aplicables, en el contrato

de cuenta corriente es posible pactar la cláusula penal, en cuanto no existe prohibición al respecto.

La Sala comparte dicha afirmación, pero lo que no puede aceptar, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es que dicha cláusula penal se refiera a cuestiones no autorizadas para los bancos o a prácticas inseguras, tal como sucede con el cobro de una suma de dinero por cheque devuelto por inexistencia o insuficiencia de fondos.

En estos casos no puede hablarse de autonomía de la voluntad en materia contractual, ni de prevalencia de las normas contractuales, frente a una instrucción expresa en sentido contrario, de quien tenía facultad legal para darla.

No se puede entonces confundir la posibilidad que tienen los bancos de incluir en sus contratos de cuenta corriente, una cláusula penal, con el acuerdo, a través de esa cláusula penal respecto de prácticas no autorizadas, prohibidas o suspendidas por inseguras y no confiables.

Se afirma la violación del artículo 1602 del Código Civil, en cuanto la Superintendencia le impone al banco el incumplimiento de unos contratos válidamente celebrados, pero dicha afirmación no resulta válida, cuando dentro de sus cláusulas se han incluido obligaciones relacionadas con una actividad que resulta ilícita frente a las instrucciones dadas por la autoridad competente.

Pero además, dicha violación, tampoco se configura, porque tal como ya se precisó, la Superintendencia Bancaria, en ejercicio de expresas facultades otorgadas por ley, tomó una medida preventiva de policía administrativa: La de suspender una práctica insegura y que generaba desconfianza en el sistema bancario.

Tan cierto es que la Superintendencia ejerció su competencia de acuerdo con la ley, que el acto se limitó a ordenar la suspensión de cobro de la cláusula penal y la reversión de las operaciones hechas sin respaldo contractual.

5. Es cierto que la cláusula penal constituye una estimación anticipada que hacen los contratistas del monto de los perjuicios que se originen por el incumplimiento de las obligaciones contractuales; en el caso controvertido, la insuficiencia o carencia de fondos al girar un cheque perjudica no al Banco, sino al tenedor del cheque y sería a éste a quien le correspondería el reconocimiento de perjuicios y no al Banco, razón por la cual, la cláusula penal pactada, además de que versa sobre prácticas prohibidas, tampoco tiene una clara fundamentación legal.

6. Afirma la parte actora que el cobro de la suma pactada en la cláusula penal se hace no por la devolución de los cheques, sino precisamente en virtud de dicha cláusula, argumento que pretende esta-

blecer una distinción sutil, pero que desde el punto de vista jurídico, no tiene validez, ya que de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la conducta a seguir por los bancos, ante los cheques devueltos por carencia e insuficiencia de fondos es la terminación del contrato de cuenta corriente, y no tolerar dicha situación a cambio de una sanción pecuniaria, sea que ésta se establezca directamente o a través de una cláusula penal como la invocada.

7. Finalmente, se alega la falsa motivación de los actos impugnados, en cuanto están fundamentados en que en las circulares 20 de 1968, 10 de 1974 y 54 de 1975 de la Superintendencia Bancaria prohibieron el cobro de una suma de dinero como sanción por devolución de cheques girados sin fondos.

Lo anterior, se afirma es falso, porque en primer lugar dichas circulares solamente fijan criterios pero no pueden establecer prohibiciones porque ello corresponde a la ley y en alguna de ellas se refiere a dicha prohibición, pero cuando no se ha pactado cláusula penal.

Tampoco resulta válido dicho planteamiento, toda vez que tal como se analizó en el punto 3 de estas consideraciones, evidentemente, en dichas circulares se estaban dando instrucciones que tienen el carácter de obligatorias para los bancos, en el sentido de precisar que ante la reiterada devolución de cheques se debía terminar el contrato de cuenta corriente, lo cual si hemos precisado que los bancos sólo pueden realizar las actividades que les han sido autorizadas, no podían establecer una situación diferente con sus clientes y en cuanto a que no se refiere a la prohibición cuando se ha pactado cláusula penal, es del caso tener en cuenta que la orden de la Superintendencia Bancaria, contenida en las citadas circulares es clara y precisa cuando luego de referirse al tema y precisar su criterio afirma: "Ruego a ustedes se sirvan difundir suficientemente esta circular y proceder de conformidad".

Y si la Superintendencia Bancaria dio estas instrucciones, mal puede afirmar que se hubiera ubicado a favor de los particulares.

Todo lo anterior, sin distinción alguna, respecto de si había o no una cláusula penal pactada.

O sea que el acto demandado, cuando invoca las citadas circulares, no incurre en falsa motivación.

Por otra parte, en el curso del proceso, a través de una inspección judicial con la participación de peritos, pudo establecerse que evidentemente el Banco de Occidente durante los años de 1980 a 1983, en la sucursal carrera 10 de Bogotá, celebró 311 contratos de cuenta corriente, de los cuales 215 tenían incluida la cláusula penal y 96 no la incluían y habían sido reformados mediante carta circular, sin que conste una aceptación expresa al respecto, por parte de los cuentacorrentistas.

En dicha sucursal y por el período 1980 a 1983, se recaudó la suma de \$ 1.945.609.60, por concepto del cobro de la sanción por devolución de cheques sin fondos.

Lo anterior comprueba que evidentemente, el Banco de Occidente venía realizando una práctica que había sido censurada y suspendida por la Superintendencia Bancaria y por este aspecto, tampoco se configura la falsa motivación de los actos demandados.

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala, que los actos demandados, proferidos por la Superintendencia Bancaria fueron expedidos con base en competencias expresamente atribuidas por la ley y con ellos no se violaron las normas citadas en la demanda, por lo cual, no habiéndose desvirtuado su presunción de legalidad, no procede su anulación.

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

*Falla:*

No prosperan las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.*

## COMITE DE REGALIAS / MINISTERIO DE DESARROLLO

*El Comité de Regalías no existe ni es entidad administrativa de acuerdo con la integración de la Rama Ejecutiva que consagra el Decreto-ley 1050 de 1968, no pudiendo ser parte en un proceso independientemente por ser apenas un Comité de Trabajo que en el Decreto-ley 152 de 1976 figura dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Desarrollo Económico.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 593. Autoridades nacionales. Actor: Shering Corporation.

Ante esta Corporación y mediante apoderado especial, la sociedad "Shering Corporation" constituida de conformidad con las leyes del Estado de Nueva Jersey, Estados Unidos de América, con domicilio en la ciudad de Kenilworth y cuyo representante en Colombia es el doctor Germán Cavelier, solicitó que mediante los trámites del procedimiento ordinario, "con citación del señor Superintendente de Industria y Comercio, quien preside el Comité de Regalías se decreten las siguientes peticiones:

"1ª Que es parcialmente nula la decisión del Comité de Regalías contenida en el Acta 820 de 1986 y en la comunicación 3.22 CRS 190 de 17 de marzo de 1986, en cuanto se abstiene de pronunciarse sobre la solicitud de aprobación del contrato de licencia de las marcas AZIUM, DIPROCEL, PERMITIR y S & FLASK para la clase 5ª del Decreto 755 de 1972, propuesta por la sociedad Shering Corporation:

"2ª Que es nula la decisión del Comité de Regalías que consta en el Acta número 834 según su comunicación 3.22 CRS-648 de 29 de julio de 1986, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión a que me refiero en la petición primera de esta demanda y resolvió no aprobar el contrato de licencia de uso de las marcas relacionadas en la petición 1ª anterior.

Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 555 y 597 del Código de Comercio; 84 de la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; 102 del Decreto 444 de 1967, modificado por el artículo 6º del Decreto-ley 688 del mismo año; 1º y 2º del Decreto 1234 de 1972; 18 de la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena, con relación a los cuales se indicó el concepto de la violación.

Por providencia de 28 de abril de 1987 se admitió la demanda y se dispuso la tramitación que en ley correspondía y tal como se solicitó en ella se ordenó la notificación del auto admisorio al Superintendente de Industria y Comercio.

El señor Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria en oficio de folio 299 manifiesta que el representante legal del Comité de Regalías es el Secretario General del Ministerio de Desarrollo Económico por delegación del señor Ministro. Consecuencialmente se notificó al funcionario aludido el auto admisorio de la demanda.

Posteriormente la Jefe Encargada de la Oficina Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico debidamente facultada por Resolución número 826 de 1º de octubre de 1985 se constituyó como parte y propuso como excepciones perentorias, la de inexistencia de la parte demandada, indebida representación del demandado, caducidad, prescripción e inexistencia del derecho.

Las pruebas solicitadas por las partes se practicaron en su oportunidad y al surtirse los traslados para alegar, el señor apoderado de la demandante hizo uso de tal derecho en los términos del memorial del folio 330.

El señor Agente del Ministerio Público recorrió igualmente el traslado que se le hizo y en su concepto de fondo es del parecer que una de las excepciones propuestas por la apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico, como es la de "inexistencia de la parte demandada", debe prosperar.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Cuestión fundamental que debe examinar en primer término la Sala es la relativa a las excepciones que plantea la señora apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico y que prohija especialmente en lo que respecta a la excepción de "inexistencia de la parte demandada", el señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo.

En efecto, propone la señora procuradora del Ministerio al folio 317 como primera excepción perentoria, la de "inexistencia de la parte demandada" que hace consistir en el hecho de que se ha demandado al Comité de Regalías representado por su Presidente. Pero, dice, de

“3º Que es nula la decisión del Comité de Regalías que consta en el Acta 844, según su comunicación 3.22 CRS-921 de 1º de diciembre de 1986, en cuanto ratifica lo resuelto en las decisiones a que se refieren las peticiones 1ª y 2ª de esta demanda.

“4º Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene al Comité de Regalías aprobar el contrato de licencia de uso de las marcas AZIUM, DIPROCEL, PERMITIR y S & B FLASK para la clase 5ª del Decreto 755 de 1972”.

Como hechos se adujeron en la demanda los que la Sala sintetiza así:

1. La sociedad demandante es titular de los registros de marca de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio que a espacio se enumeran a folios 275 y 276, y es titular, así mismo, de las solicitudes de registro de marca ante la misma División que corresponde a los nombres “Azium” y “Dyrocel”.

2. El 8 de febrero de 1985 la demandante y los laboratorios “Undra S. A.” adicionaron el contrato de licencia para el uso de marcas en Colombia celebrado el 10 de diciembre de 1972, con las marcas relacionadas en el hecho anterior, y el 13 de noviembre de 1986 se sometió a la aprobación del Comité de Regalías anexando los documentos exigidos por el artículo 1º de la Resolución número 001 de abril de 1982 del mismo Comité.

3. Mediante comunicación 3.22 CRS de 17 de marzo de 1986 la Presidente del Comité de Regalías comunicó al apoderado de la actora las decisiones que se tomaron en relación al contrato de licencia sometido a su consideración, según consta en el Acta número 820 de ese Comité no habiéndose pronunciado sobre las marcas en trámite de registro.

4. Contra la decisión anterior se interpuso el recurso de reposición y por medio de oficio 3.22 CRS-648 de 29 de julio de 1986, la Presidente del Comité de Regalías informó a la sociedad recurrente que dicho Comité modificó el pronunciamiento objeto del recurso en el sentido de negar la licencia de uso de las marcas que se encuentran en solicitud de registro ante la División de Propiedad Industrial, pues al no encontrarse registradas ante dicha división no es posible determinar su titularidad, requisito indispensable para su aprobación.

5. El 6 de agosto de 1986 la demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión del Comité de Regalías, con el objeto de que se revocara y en su lugar se aprobara la licencia de las mencionadas marcas en trámite de registro, pero el Comité como consta en el Acta número 844 rechazó el recurso declarando agotada la vía gubernativa.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto-ley 152 de 1976, "por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico", el Comité de Regalías tendrá las funciones que le asigna el Decreto 444 de 1967 y las leyes que lo adicionan y reforman y está integrado por el Ministro de Desarrollo Económico quien lo preside, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, el Superintendente de Control de Cambios y el Jefe de la Oficina de Cambios. Agrega que el Comité de Regalías no existe ni es ente autónomo de acuerdo con la integración de la Rama Ejecutiva que consagra el Decreto-ley 1050 de 1968, no pudiendo ser parte en el proceso independientemente ya que sólo es un comité de trabajo que forma parte integral del Ministerio de Desarrollo.

Al referirse a la excepción anterior, el señor apoderado de la demandante expresa que el Consejo por auto de 19 de julio de 1987 ordenó notificar al señor Secretario del Ministerio de Desarrollo Económico y que en desarrollo de ello compareció al proceso a través de apoderada, saneando cualquier irregularidad que pudiera presentarse.

Es cierto que el artículo 18 del Decreto-ley 152 de 1976 "por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico", dice que el Comité de Regalías tendrá las funciones que "le asignan el Decreto-ley 444 de 1967 y las leyes y decretos que lo adicionan y reforman; pero es cierto igualmente, que el estatuto cambiario ni siquiera lo define y sólo en el artículo 102 de los 268 artículos que lo integran se dice: "Para girar al exterior divisas por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares se requerirá la aprobación previa de los contratos respectivos por el Ministerio de Fomento". En esta norma es en que la señora apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico pretende encontrar el origen del Comité de Regalías, pero la simple redacción del precepto no da margen para estimarlo así. Fuera de lo anterior, esta norma fue modificada por el artículo 6º del Decreto-ley 688 de 1967 en la siguiente forma:

"Para tener derecho a giros al exterior por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares, los contratos que se celebren a partir de la vigencia de este decreto y las prórrogas de los ya celebrados deberán registrarse en la Oficina de Cambios, previa aprobación de un Comité integrado por los siguientes funcionarios o los representantes que ellos designen: El Ministro de Fomento, el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación, el Superintendente de Comercio Exterior, el Prefecto de Control de Cambios y el Jefe de la Oficina de Cambios.

"El Comité podrá autorizar o negar el registro de los contratos a que se refiere este artículo teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios:

“a) Utilidad del contrato para el desarrollo económico y social y relación de ella con los desembolsos en moneda extranjera a que pueda dar lugar el contrato;

“b) Posibilidad de elaborar el producto en condiciones similares sin gravarlo con regalías, mediante el uso de procedimientos ordinarios susceptibles de aplicarse para tal fin conforme a los avances de la tecnología moderna y al desarrollo de la industria nacional;

“c) Tratados públicos celebrados por Colombia y prácticas internacionales prevalecientes en este campo;

“d) Efectos del contrato sobre la balanza de pagos del país;

“e) Extensión del mercado a que pueden destinarse los productos fabricados bajo el contrato, y

“f) Vigencia de la patente”.

El Decreto 1234 de julio 18 de 1972 reglamentó parcialmente los Decretos-leyes 444 y 688 de 1967 en cuanto a los criterios que debe tener en cuenta el Comité de Regalías para la autorización o negación del registro de los contratos a que se refieren los artículos 102 del Decreto-ley 444 de 1967 y 6º del Decreto-ley 688 del mismo año.

Debe anotarse igualmente que en el Decreto-ley 149 de 1976, “por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la división administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio”, verbigracia en el artículo 28 al señalar las funciones de la División de Industrias, en el ordinal a), se dice: “Desempeñar las funciones de Secretaría Técnica del Comité de Regalías”. Y en el artículo 30 “De la Sección de Regalías y Tecnología” se expresa: “Son funciones de la Sección de Regalías y Tecnología:

“a) Elaborar los estudios económicos, técnicos y jurídicos de los contratos que deben ser presentados al Comité de Regalías;

“b) Elaborar los estudios sectoriales solicitados por el Comité de Regalías;

“c) Realizar visitas a las empresas que solicitan al Comité de Regalías autorización de registro de contratos sobre asistencia técnica, uso de marcas o explotación de patentes o similares”.

Conforme lo anterior y tal como lo afirman tanto la señora apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico como el señor Fiscal Primero de la Corporación, es evidente que el Comité de Regalías no existe ni es entidad administrativa de acuerdo con la integración de la Rama Ejecutiva que consagra el Decreto-ley 1050 de 1968, no pudiendo ser parte en un proceso independientemente por ser apenas un

comité de trabajo que en el Decreto-ley 152 de 1976 figura dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Desarrollo Económico (art. 3º) y cuyo artículo 18 dice que está integrado por el Ministro de Desarrollo Económico, quien lo presidirá, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, el Superintendente de Control de Cambios y el Jefe de Oficina de Cambios.

Por manera que cuando la demanda se formula con "citación del señor Superintendente de Industria y Comercio, quien preside el Comité de Regalías", funcionario a quien igualmente se pide hacer las notificaciones de rigor, se está señalando al Comité en mención como entidad demandada, como sujeto de la relación jurídica sustancial. Al obrarse así, al señalarse como demandado un organismo que carece de personalidad jurídica, se está actuando contra un ente que no puede ser condenado o absuelto, y así las cosas, es forzoso concluir en el caso presente con una decisión inhibitoria.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 149 del C. C. A. es la Nación la que comparece al proceso contencioso administrativo representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor y que sólo en demandas que se relacionen con el Congreso o la Rama Jurisdiccional, la representación corre a cargo del Ministro de Gobierno o de Justicia, en su orden. Pero en el caso de autos, se pretende demandar al organismo (Comité de Regalías) que expidió los actos acusados, esto es, se pretende dar el carácter de demandado a un organismo que no es persona jurídica.

De otra parte, es cierto que en la providencia de 19 de junio de 1987 y con base en el oficio del folio 299, del señor Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio, se dispuso erróneamente notificar en forma personal el auto admisorio de la demanda al señor Secretario General del Ministerio de Desarrollo Económico. Pero ello no significa en modo alguno que el error inicial de la demanda quedaba subsanado, puesto que como aquí se ha expresado, el Comité de Regalías es un organismo carente de personalidad en derecho. La personería la tiene la Nación, y, por tanto, contra ella debió orientarse la demanda.

Además, es sabido y así lo ha aceptado esta Corporación, que el acto acusado puede originarse en un ente público carente de personería jurídica y que la sentencia que se produce en esta jurisdicción puede ser cumplida total o parcialmente por aquél, pero lógicamente que lo hace a nombre de la Nación que debe ser la persona jurídica demandada y contra quien, obviamente, debe proferirse la sentencia condenatoria, si ese fuere el caso.

Conforme el artículo 164 del C. C. A. en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Pues bien, apareciendo comprobada en el presente asunto una de las excepciones propuestas por la señora apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico, como es la de inexistencia de la parte demandada, queda relevada la Sala del estudio de las demás propuestas.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Por inexistencia de la parte demandada, *declárase inhibido* para una decisión de fondo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 28 de julio de 1989.

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

## **INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA/POTES- TAD REGLAMENTARIA**

*La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de no confundir la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República a fin de ejecutar las leyes, con el ejercicio de la intervención en el banco emisor y en las actividades de las personas que manejan o aprovechan el ahorro privado y la facultad de policía económica de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito.*

## **SUPERINTENDENTE BANCARIO - Facultades / ACTOS DE POLICIA - Abstención de posesionar / SANCION / POSESION DIRECTIVOS BANCARIOS**

*La etapa culminante en el proceso de nombramiento de directores de entidades financieras —la posesión—, conlleva una típica facultad discrecional radicada en el Superintendente Bancario y como tal su ejercicio está encuadrado dentro de dicha finalidad y debe ser proporcional a los hechos en que se basa. El llamado “veto” o abstención del Superintendente Bancario para posesionar a un director de entidad financiera, no encaja en ninguna de las categorías o clases del “derecho sancionatorio” según la clasificación de la Corte, porque no se trata de su imposición con carácter o a título de sanción. La abstención de posesionar a un directivo mediante un acto administrativo, constituye un acto típico de policía destinado a prevenir una situación de orden económico que le atribuye la ley, mas no a sancionar a determinada persona.*

## **SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Circulares**

*Por principio, las circulares que expide el Superintendente Bancario no constituyen ejercicio de la facultad presidencial conferida por el ordinal 3 del artículo 120 de la C. N., sino actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones.*

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1110. Actor: Adriana Herrera Beltrán contra Superintendencia Bancaria. Autoridades nacionales. Fallo.

Una vez reconstruido el expediente original que fuera destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, se decide la demanda que en acción pública de nulidad interpuso la ciudadana Adriana Herrera Beltrán contra varios apartes de la circular externa P.D.055 expedida el 26 de junio de 1984 por el Superintendente Bancario.

De la suspensión provisional solicitada sólo se accedió sobre la frase “declaro bajo la gravedad del juramento, que la información aquí consignada es correcta, completa y verdadera” inserta en la parte final del anexo número 4 —varios— del formulario “hoja de vida”, según autos de agosto de 1985 y 16 de marzo de 1987.

#### *Pretensiones:*

La demandante pretende se declare la nulidad de toda la circular externa 055 de junio 26 de 1984 por medio de la cual el Superintendente Bancario estableció “el procedimiento común para la posesión de directivos” de las entidades sobre las cuales ejerce vigilancia y en especial varios de los apartes subrayados en la transcripción de las instrucciones contenidas en dicha circular, a saber:

“1. Dentro de los quince (15) días comunes

“.....

“a) .....

“b) .....

“c) Hoja de vida de cada uno de los miembros, según formulario adjunto;

“d) .....

“El ejercicio del cargo de Director sin haber tomado posesión del cargo (art. 2º, Decreto 125 de 1976) dará lugar a las sanciones previstas en la ley, *sin perjuicio de que por este solo hecho el Superintendente Bancario se abstenga de*

*autorizar la posesión o, en su caso, declare la vacancia del cargo cuando hayan transcurrido tres meses a partir de la elección y no se haya verificado la diligencia de posesión.*

“ .....

“2. Cuando se trata de la designación de representantes legales, presidentes, gerentes, subgerentes *tengan o no estos últimos representación legal*, así como gerentes de las sucursales, las entidades vigiladas deben enviar a la Oficina de Registro, *dentro de los tres días hábiles siguientes al nombramiento*, los documentos que se relacionan a continuación:

“a) .....

“b) .....

“c) Hoja de vida del funcionario, *debidamente tramitada según formulario adjunto*;

“d) .....

“*Autorizada la posesión por el Superintendente Bancario*, la Oficina de Registro procederá a citar al funcionario por intermedio de la entidad, con el fin de que se efectúe la diligencia de posesión *en un término no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de la respectiva citación*...

“ .....

“3. Para la posesión...

“ .....

“Los representantes legales y suplentes de las sociedades corredoras de seguros y reaseguros deberán presentar el oficio emanado de la Sección de Intermediarios de Seguros de esta entidad, *en que se les autorice la posesión*. Para llevar a cabo...

“ .....

“ .....

“*El incumplimiento de lo dispuesto en el texto de la presente circular será motivo suficiente para que la Superintendencia Bancaria proceda a imponer sanciones a que haya lugar*”.

Adicionalmente solicitó la declaratoria de nulidad o de no exigibilidad por parte de la Superintendencia del modelo de hoja de vida incluido como anexo de la misma circular acusada, especialmente en su acápite 4º al presumir declaración bajo juramento de la información.

Coadyuvó la demanda el ciudadano Leonardo Cajiao F. y la impugnó la Superintendencia Bancaria por intermedio de sus apoderados judiciales. La Fiscal Sexta, doctora Dolly Pedraza de Arenas solicita acceder a las súplicas de la demanda parcialmente, sólo en cuanto al último párrafo de la circular acusada.

En resumen, los cargos formulados por los impugnadores del acto emanado de la Superintendencia Bancaria, son los siguientes:

1º *Potestad reglamentaria.*

Estima la actora violado el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por haber ejercido el Superintendente la facultad reservada exclusivamente al Presidente de la República, al expedir directamente como autoridad competente (sin serlo) reglamento destinado a obtener cumplida ejecución de las leyes en materia de posesiones de directivos de las entidades vigiladas.

El coadyuvante ubica el tema dentro del ejercicio de la función de control y vigilancia atribuida a la Superintendencia pero de manera reglada, no discrecional, puesto que se trata de vigilar el cumplimiento de la ley a la cual están sometidas las entidades.

2º *Falta de competencia.*

Desarrollo de los principios consagrados en los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional, son los artículos 1º, literal d) y 2º del Decreto 125 de 1976 que atribuyen competencia al Superintendente para llevar registro con el fin de expedir certificaciones sobre existencia y representación legal de las entidades vigiladas y dar posesión y recibir juramento a los directivos, pero en ninguno de los cuales se consagra facultad para "vetar" el nombre o para negar "autorización" para la posesión. Consideran que el artículo 104 de la Ley 45 de 1923, en concordancia con el 92 *ibidem*, no le atribuyeron al Superintendente facultad alguna de decidir si da o no posesión, sino simplemente la de dar posesión, similar a la que tiene el Presidente respecto de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

3º *Carácter sancionatorio y carencia de garantías.*

El "veto" es una modalidad de sanción que priva de los derechos que confiere el Código de Comercio a la persona elegida para dirigir una compañía; no hay pronunciamiento previo y se realiza a espaldas del sancionado, con violación de los artículos 26, 28 y 30 de la C. N.,

varios artículos del Código de Comercio y de contera las de la Ley 45 de 1923 y Decreto 125 de 1976 sobre funciones de la Superintendencia.

El veto o negativa a dar posesión a un directivo de entidad financiera, conlleva un contenido punitivo o aflictivo, pues recorta a un individuo el derecho a ejercer una actividad lícita, pero al ejercerlo sin su participación se violan los más elementales derechos y garantías constitucionales a los cuales se refirió la Corte ampliamente en la sentencia de 7 de marzo de 1985 (Ponente doctor M. Gaona Cruz).

#### *4º Tipificación de faltas y obligaciones que competen a la ley.*

Además de la creación del veto en forma ilegal como ya se expuso en otros cargos, la circular tipifica como sancionables otras conductas, careciendo igualmente de competencia, tales como:

a) Ejercer el cargo sin haber tomado posesión o a declarar la vacancia del cargo cuando transcurran más de tres meses;

b) El solo incumplimiento de la circular constituye falta sancionable;

c) Provoca la "confesión" de circunstancias que le pueden ser adversas al interesado, violando la reserva a declarar en su contra según el artículo 25 de la C. N. y el 239 del Código de Procedimiento Penal y desbordando las exigencias administrativas que impone el Decreto 01 de 1984;

d) Impone la obligación de hacer una declaración bajo juramento, cobijando con el delito de perjurio manifestaciones que la ley no ha contemplado como tales;

e) Extiende sus previsiones a quienes carecen de representación legal de las entidades financieras (numeral 2º de la circular "...tengan o no estos últimos representación legal...") pues ninguna norma contempla que estas personas deben dar aviso al Superintendente de su designación o tomar posesión del cargo ante él.

#### *Consideraciones de la Sección:*

##### *Primer cargo. Potestad reglamentaria y facultad de inspección.*

En sentencia de 5 de septiembre de 1980 (expediente 5658, ponente doctor E. Low Murtra, transcrita parcialmente por la entidad demandada), dijo la Sala que las "circulares" constituyen uno de los medios utilizados para ejercer la función de vigilancia e inspección sobre en-

tidades financieras atribuida por la ley a la Superintendencia Bancaria y es obvio que deben estar revestidas de cierta fuerza obligatoria para que no sean elemento de burla sino medio eficaz para cumplir sus objetivos de divulgación, de prevención, de ordenamiento, etc.

La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de no confundir la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República a fin de ejecutar las leyes, con el ejercicio de la intervención en el banco emisor y en las actividades de las personas que manejan o aprovechan el ahorro privado y la facultad de policía económica de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito. El fundamento constitucional de cada una de estas facultades presidenciales está consagrado en los numerales 3, 14 y 15, respectivamente del artículo 120 de la Carta.

Sobre este tema la Sala recuerda un aparte de su fallo de 9 de marzo de 1984 (expediente 9494) sobre una circular relativa al manejo contable de las aseguradoras, en la cual, acogiendo la posición doctrinaria de la Fiscal Sexta, dijo:

“... la función de inspección, de vigilancia y control, que otorgan la Constitución y las leyes de la República al Presidente y que éste ejerce a través de las distintas Superintendencias es distinta a la facultad reglamentaria que ejerce el Gobierno para asegurar la cumplida ejecución de las leyes. La primera de estas funciones es una función de policía administrativa, de control económico, necesaria por razones de su potestad tuitiva en defensa de terceros, y hoy en día, indispensable para la protección del orden público económico. La segunda es una potestad general, la de reglamentar los detalles prácticos de las leyes para que éstas tengan cumplido efecto. En la circular acusada no se trata de ejercer una potestad reglamentaria: Se están dando instrucciones en materia contable en desarrollo de una función de vigilancia y control, de carácter quizás preventivo y no represivo, para proteger los derechos de terceros que realizan gestiones con las compañías de seguros o de capitalización” (*Anales* 1984, pág. 606).

De acuerdo a lo anterior, por principio las “circulares” que expide el Superintendente Bancario no constituyen ejercicio de la facultad presidencial conferida por el ordinal 3º del artículo 120 de la C. N., sino actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones. Se conocen como *internas* cuando están destinadas a sus propios funcionarios y su fundamento principal radica en la relación jerárquica de superior que le permite dictar reglas de conducta u orientaciones a sus subordinados, tendientes a disciplinar el funcionamiento de las oficinas públicas. Son *externas* cuando van dirigidas

al público en general o a las entidades vigiladas con el objetivo principal de divulgar el conocimiento de la ley y prevenir su oportuno cumplimiento por parte de ellas. Su fundamento está en la propia ley, reglamento o norma superior que divulga para su cabal observancia, en desarrollo de la competencia que le asignan sus normas orgánicas.

En cuanto la circular se limita a recordar una obligación legal a cargo de los destinatarios, no existe ningún desbordamiento de facultades sino elemental cumplimiento del deber de divulgación de las normas a las cuales están sujetas las entidades vigiladas.

La circular 055 impugnada se inicia con la indicación de sus alcances y su motivación así:

“Con el fin de mantener actualizados los correspondientes registros y para efectos del cumplimiento del artículo 2º del Decreto 125 de 1976 es necesario ‘recordar’ (a los directivos de las entidades vigiladas) la obligación de comunicar oportunamente la designación de los directores y ‘seguir los procedimientos correspondientes, de acuerdo a instrucciones que se señalan a continuación’”.

La Sala en términos generales (porque la acusación tampoco precisó), no encuentra ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente sino, en principio, ejecución y desarrollo de las funciones asignadas por el artículo 1º del Decreto 125 de 1976 y disposiciones concordantes y en especial divulgación de normas y prescripción de los “métodos, procedimientos, formularios y sistemas para el trámite” de la posesión y registro de los directivos, según lo autoriza el numeral 3º del artículo 18 del C. C. A.

*Segundo cargo, relativo a la competencia.*

En el proceso de nombramiento de un representante de una entidad financiera vigilada bien pueden distinguirse dos etapas: La que inicia y realiza la compañía o entidad con la elección o nombramiento por parte del órgano competente que culmina con su comunicación a la Superintendencia, y la que corresponde a ésta en cuanto a verificación de cumplimiento de requisitos legales a efectos de darle posesión.

Mal puede desconocerse o limitarse la injerencia que en dicho proceso tiene el Superintendente Bancario. En cuanto se relaciona con la verificación del cumplimiento de los requisitos preestablecidos en la ley su función es reglada y aunque abarca la mayor parte del proceso, no puede concluirse que está limitada solamente a tales aspectos.

En efecto, para la Sala es de especial importancia lo previsto en el artículo 27 de la Ley 45 de 1923 referido a los fundadores iniciales

de un establecimiento, según el cual "cuando tal acta haya sido presentada para su revisión, el Superintendente se cerciorará, por cualesquiera investigaciones que estime necesarias, si el carácter, la responsabilidad e idoneidad de la persona o personas expresadas en dicha acta son tales que inspiren confianza, y si el bienestar público será fomentado con otorgarle a tal establecimiento bancario la facultad de emprender negocios".

Para la Sala, como ya lo expuso en fallos como el de 11 de febrero de 1957, reiterado recientemente en el fallo de 5 de mayo de 1989 (expediente número 517), este sistema rige no solamente para la etapa de fundación de la entidad, sino para su posterior funcionamiento y con relación a las personas que lleguen a ocupar los cargos directivos a que se refiere la ley. En primer lugar porque la finalidad primordial expresada por el legislador es la de que se preserve la confianza y se fomente el bienestar público, lo cual no podría lograrse restringiendo esta facultad al momento de creación de la entidad y no a su posterior funcionamiento. Además porque el artículo 93 ordena a los directores permanecer en sus puestos hasta que los sucesores "*sean elegidos y declarados hábiles*" y esta mención de la ley a la declaratoria de habilidad, no puede ser otra que la del Superintendente, no sólo sobre los requisitos objetivos sino sobre los subjetivos relativos al "carácter, responsabilidad e idoneidad" de la persona elegida como director.

El control del cumplimiento de los requisitos objetivos debe considerarse como el aspecto reglado, pero en la medida en que se analizan los subjetivos, se entra en el campo de la facultad discrecional.

Este grado de discrecionalidad tiene justificación en la circunstancia de que mientras la ley le confiera al Superintendente la responsabilidad de preservar la confianza pública en el sistema financiero, debe atribuirle también, como uno de los medios para lograrlo, el poder de objetar, por lo menos, a los directores que fundadamente no inspiren tal confianza. Esta etapa culminante en el proceso de nombramiento de directores de entidades financieras, conlleva una típica facultad discrecional radicada en el Superintendente Bancario y como tal su ejercicio está encuadrado dentro de dicha finalidad y debe ser proporcional a los hechos en que se basa, conforme a las reglas deducidas por la doctrina y la jurisprudencia que se plasmaron en el artículo 36 del C. C. A.

Las especiales características de este sistema no admiten la comparación, que formula el actor, con la posesión de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

### *Tercer cargo, relativo al carácter sancionatorio.*

En la sentencia de 7 de marzo de 1985 (invocada por el actor) la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Manuel Gaona

Cruz, sobre el denominado en general derecho punitivo o de las penas, expresó:

“5º Precísase además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que el *derecho punitivo* es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: El derecho penal delictivo (reato) el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no sólo respecto de una de ella ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que la desarrolle...”.

Para esta Sección, el llamado “veto” o abstención del Superintendente Bancario para posesionar a un director de entidad financiera, de que aquí se viene tratando, no encaja en ninguna de las categorías o clases del “derecho sancionatorio” según la clasificación de la Corte, sencillamente porque no se trata de su imposición con carácter o a título de sanción.

La abstención de posesionar a un directivo mediante un acto administrativo, constituye un acto típico de policía destinado a prevenir una situación de orden económico que le atribuye la ley; mas no a sancionar a determinada persona. En consecuencia, es una medida que no está sometida a un procedimiento previo de discusión, sin que ello implique que puede ser arbitrario, ya que además del factor de competencia está sujeto a los razonables límites de la finalidad buscada y de la proporción de la medida, con arreglo al artículo 36 del C. C. A., como ya se indicó.

Por lo demás es obvio que la decisión es susceptible de los recursos gubernativos y jurisdiccionales comunes a esta clase de decisiones administrativas que la circular acusada no está restringiendo en ninguna parte, de donde no puede atribuírsele a esta violación del artículo 26 de la Constitución.

Tampoco se vulneran derechos adquiridos a los que se refiere el artículo 30 de la Carta, pues ninguno de esta naturaleza se consolida en cabeza del elegido, mientras no se efectúe la posesión ante el Superintendente.

Por las consideraciones anteriores no se aceptan los cargos derivados del supuesto carácter sancionatorio del veto y del desconocimiento de las garantías que consagran los artículos 26, 28 y 30 de la C. N.

*Cuarto cargo, sobre creación de obligaciones y tipificación de faltas, sin competencia.*

a) Se impugna la circular por considerar que, sin facultades para ello, el Superintendente tipifica como falta sancionable el hecho de ejercer el cargo sin haber tomado previamente posesión de él y lo sanciona con la abstención de posesionarlo después.

A juicio de la Sala no se está tipificando falta alguna, ni se consagra ninguna sanción, se trata simplemente del ejercicio de la facultad discrecional de objetar a quien por su carácter y responsabilidad no ofrezca garantía de preservar la confianza pública en el sistema financiero. Y resulta suficiente motivo para dudar, por lo menos, del carácter y de la responsabilidad de la persona que pretende iniciar el desempeño de un cargo, violando el primer deber que le impone la ley, cual es el de jurar cumplirla.

No puede menguarse la importancia jurídica de la posesión como acto de autorización legal, ni su significado moral como compromiso del recto desempeño del cargo, que se asume en aquella diligencia.

En cuanto al término de tres meses sin tomar posesión indicado en este mismo aparte de la circular como causal para declarar la vacancia del cargo, resulta pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 45 de 1923, sustituido por el artículo 12 de la Ley 57 de 1931, que expresa: "...La ausencia de un miembro de la Junta Directiva por un período mayor de tres meses, producirá la vacancia del cargo de Director, y en su lugar, ocupará el puesto su suplente por el resto del período para el cual fue elegido".

Desafortunadamente la actora no analizó esta norma que explica por sí sola lo dispuesto en la circular acusada, sobre lo cual se observa, además, que puede interpretarse como una manifestación de su función policiva de preservar la confianza pública, evitando o corrigiendo hechos nocivos a ella como lo es ejercer el cargo de directivo durante más de tres meses, sin haber tomado posesión de él.

No se trata pues de la declaratoria de "vacancia" tal como la entiende el derecho laboral administrativo, ni tampoco de un desconocimiento de la autonomía que tienen las entidades vigiladas para escoger sus propios directivos.

b) La parte final de la circular se le acusa por convertir en sancionable el incumplimiento de su contenido.

La señora Fiscal Sexta observa que por tratarse en este caso de sanciones, no puede el Superintendente anunciar su imposición sino de aquellas que estén previstas en la ley o norma debidamente expe-

dida. Aunque para ella sería motivo suficiente para anular la expresión demandada, la Sala no comparte esta solución pues considera que tal como está concebida (“... imponer sanciones a que haya lugar”), no constituye de por sí la tipificación de un hecho sancionable, sino de una expresión válida solamente en cuanto existan sanciones previamente señaladas en la ley.

No encuentra la Sala configurado el cargo.

c) En cuanto a la obligación (anexo 4) de confesar circunstancias que le pueden ser adversas o la de hacer declaraciones bajo juramento que la ley no ha previsto, la Sala no encuentra violadas las normas citadas por la demandante: El artículo 239 del C. de P. P. y el 3º del Decreto 01 de 1984. Hoy sería necesario vincular el cargo con el artículo 286 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) que sustituyó en iguales términos al citado por la actora y que expresa:

“Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado, en asunto penal o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil.

“Este derecho se le hará conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio”.

Considera la Sala que la exigencia de veracidad en la información que debe suministrar al Superintendente la persona elegida o nombrada como director de entidad financiera, mediante la fórmula impugnada, no encaja exactamente dentro de las prescripciones del artículo 25 de la Carta, desarrollado en parte por el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, relativas al deber de declarar que tiene toda persona en las investigaciones de índole penal y la imposibilidad legal de exigir en las mismas el testimonio contra parientes o a declarar contra sí mismo.

En primer lugar, porque no se trata de una diligencia judicial ante autoridades penales o de policía para buscar responsables por hechos delictivos o contravencionales a fin de sancionarlos, campos a los cuales se refieren tales normas. Tampoco es diligencia formal ante autoridad administrativa. Y en segundo lugar, porque simplemente se trata de suministrar al Superintendente los informes que él necesita para cerciorarse “por cualesquiera investigaciones que estime necesarias” sobre el carácter, responsabilidad e idoneidad del directivo. No se trata de declarar *contra* sí mismo, sino de acuerdo a la verdad, sobre su situación personal.

Lo anterior desvirtúa el fundamento que inicialmente llevó a la suspensión de la frase relativa al juramento, que obviamente queda sin efecto al no ser anulada.

d) Estima ilegal la demanda el establecimiento de plazos con el criterio de que solamente el legislador tiene facultad para hacerlo, en especial si de ello se derivan sanciones.

Este cargo debe entenderse referido al plazo de 15 días siguientes a la elección de miembros de la Junta Directiva y al de 3 días del nombramiento de los representantes legales para remitir a la Oficina de Registro los documentos allí señalados, así como otros términos prescritos en la circular para regular los trámites de la posesión de directivos.

Estima la Sala que estos plazos encaminados a regular el oportuno y ordenado trámite de la posesión y el registro de los directivos y representantes de las entidades financieras, están instituidas en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia y en aras del oportuno conocimiento público de las personas que son autorizadas para ejercer tales cargos. Actuar en sentido contrario, o sea, demorar o dejar indefinidamente en el tiempo la posibilidad de tomar posesión o hacer el registro, iría en menoscabo de la confianza en el sistema.

Por otra parte, no se ha demostrado que tales plazos modifiquen o sean contrarios a los que haya establecido en alguna parte la ley, ni que vulneran derechos de los elegidos, en razón de lo cual la Sala no encuentra fundado el cargo.

f) Finalmente en cuanto a la extensión de las mismas obligaciones y procedimiento de posesión para directivos aunque no tengan la representación legal, se anota que ello tiene conformidad con los artículos 92, 93 y 94 de la misma Ley 45 de 1923 que establece algunas de las pautas resaltadas en este fallo a los "directores" (nombrados o elegidos) sin distinguir si llevan o no la personería del establecimiento. Y además, porque el artículo 2º del Decreto 125 de 1976 ordena que tomen posesión ante el Superintendente los directivos, igualmente, sin distinguir o exigir la representación legal de la entidad.

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

*Falla:*

No se accede a decretar la nulidad de la circular externa P.D. 055 de 26 de junio de 1984 expedida por el Superintendente Bancario, ni las partes señaladas en la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

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

*Carmelo Martínez Conn*, Presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, salva voto; *Consuelo Sarria Olcos*.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**SUPERINTENDENTE BANCARIO-Incompetencia/POSESION  
DIRECTIVOS BANCARIOS (Salvamento de voto)**

*No podía el superintendente bancario, pues no tiene competencia para ello, establecer a su favor funciones como la de abstenerse de dar posesión a quien haya verificado tal diligencia dentro del plazo de tres meses que en la circular demandada se determina, o declarar la vacancia de un cargo cuya provisión compete a personas de derecho privado como son las juntas directivas de los establecimientos bancarios.*

Referencia: Expediente número 1110. Actor: Adriana Herrera Beltrán.

Consigno a continuación las razones que con todo respeto me movieron a disentir del parecer mayoritario de la Sección.

Básicamente no comparto la sentencia en cuanto no otorgó prosperidad a la demanda en tres aspectos que considero ameritaban la anulación parcial de la circular acusada, que son:

1º La facultad que se autogenera el Superintendente Bancario para abstenerse de autorizar la posesión de directivos bancarios, o en su caso, declarar la vacancia del cargo cuando hayan transcurrido tres meses a partir de la elección y no se haya verificado la diligencia de posesión.

Es evidente que no podía el Superintendente Bancario, pues no tiene competencia para ello, so pretexto de reglamentar el Decreto 125 de 1976, establecer a su favor funciones como la de abstenerse de dar posesión a quien haya verificado tal diligencia dentro del plazo de tres meses que en la circular demandada se determina o lo que es peor, decretar la vacancia de un cargo, cuya provisión compete a personas de derecho privado, como son las Junta Directivas de los establecimientos bancarios. Esta facultad de declarar la vacancia por parte del Superintendente Bancario, de cargos que se regulan por el derecho privado, sin que refleje una competencia establecida por la ley, no puede considerarse en manera alguna como una manifestación de las atribuciones de intervención del Estado en la economía, sino más bien, una indebida e ilegal intromisión.

Es cierto que los funcionarios que dirigen las entidades administrativas, y particularmente el Superintendente Bancario, tienen entre

sus facultades la de expedir reglamentaciones de orden interno para el arreglo y la ordenación de los asuntos a su cargo, y que una de las formas de hacerlo es por medio de circulares, pero ello se refiere exclusivamente a las funciones que les haya atribuido la ley y no puede conducir a que por este sistema el administrador asuma las funciones propias del legislador llegando hasta otorgarse nuevas funciones creadas a su arbitrio.

2º Tampoco comparto por idénticas razones a las expuestas enantes, que no se haya declarado la nulidad del aparte de la circular demandada que establece que "el incumplimiento de lo dispuesto en el texto de la presente circular será motivo suficiente para que la Superintendencia Bancaria proceda a imponer las sanciones a que haya lugar".

Esta manera de tipificar conductas sancionables y de determinar sanciones aplicables, que por cierto quedan también al arbitrio del Superintendente, es contraria a todas luces a nuestro ordenamiento jurídico superior que reserva tal competencia exclusivamente al legislador.

3º Finalmente tampoco comparto el hecho de no haber declarado la nulidad del aparte que obliga a que la información de los datos personales de quien solicita se le realice la diligencia de posesión deban ser presentadas bajo la gravedad del juramento.

En este aspecto, la circular impone obligaciones mucho más allá de las establecidas por la ley y además coloca al candidato a la posesión en condición de cometer el delito de perjurio en relación con manifestaciones que la ley considera deben hacerse en forma pura y simple y la circular los somete al juramento.

En lo demás, comparto las motivaciones del fallo al que hice las anteriores salvedades.

Fecha: *Ut supra*.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

## COMISION DE ESTUDIOS / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA

*La demandante era empleada de libre nombramiento y remoción, no escalafonada en carrera, ni con período fijo. Ni el contrato de comisión de estudios, ni el decreto por medio del cual se concedió esa comisión variaron su situación legal y reglamentaria.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Referencia: Expediente número 1419. Reconstrucción única instancia. Actora: Margarita Hernández de Albarracín.*

Margarita Hernández de Albarracín, obrando en su propio nombre en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del Decreto número 219 de 4 de julio de 1983, expedido por el Procurador General de la Nación, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procuradora Primera Delegada para la vigilancia administrativa y que, como consecuencia, sea reintegrada al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, declarándose la no solución de continuidad de sus servicios.

Los hechos fundamentales de la acción se relacionaron en la demanda en los folios 36 a 41.

En la demanda y su adición se indicaron como normas violadas por el acto acusado, los artículos 16, 17, 20, 26, 30 y 62 de la C. N.; 18, 22, 26 y 32 del Decreto extraordinario 2400 de 1968; 23, 58, 88, 89 y 107 del Decreto reglamentario 1950 de 1973; 62 a 65 de la Ley 167 de 1941; 17, 49, 51, 53, 138, 139, 191 del Decreto 150 de 1976; el Decreto número 1358 de 13 de mayo de 1982; el Acuerdo administrativo de 13 de febrero de 1981; el contrato de comisión de estudios firmado el 2 de marzo de 1982. También se invocó como motivos de nulidad el abuso y la desviación de poder. Estas causales de anulación fueron formuladas conforme se lee en los párrafos siguientes:

“...si bien el señor Procurador General de la Nación conserva respecto de sus Procuradores Delegados la relativa facultad discrecional de libre nombramiento y remoción,

éste no podía ejercerla sino dentro de los mecanismos que le señalaba el artículo 88 y 89 (sic) del Decreto 1950 de 1973, esto es, luego de reintegro del comisionado al cargo y esto tiene su razón de ser por cuanto que, hay que distinguir tres situaciones en la profesional que fue declarada insubsistente: a) Situación de servicio activo; b) Situación de compromiso contractual dentro de la vigencia de la comisión de estudios; c) Situación posterior al cumplimiento de la comisión de estudios, de reincorporación a las funciones del cargo. ...

“En el caso concreto la comisión de estudios en el exterior fue decretada a la doctora Hernández por decreto del señor Presidente de la República con una duración de 14 de mayo de 1982 al 16 de julio de 1983 inclusive. Y el señor Procurador produjo su acto administrativo de insubsistencia del cargo de la comisionada el día 4 de julio de 1983. ...

“La ejecución del contrato en virtud de la comisión otorgada a la doctora Hernández comenzó el 14 de mayo de 1982: En esta fecha hizo la profesional dejación temporal del cargo de Procuradora para poder cumplir con las obligaciones contractuales. Pasó de la situación de funcionaria en servicio activo a la de funcionaria en comisión de estudios comprometida contractualmente, esto es, con obligaciones contractuales.

“Bajo la vigencia del contrato de comisión de estudios la administración sólo podía declarar la caducidad por las causas señaladas en las normas legales pertinentes (art. 88 del Decreto 1950 de 1973, anteriormente transcrito), o sea en términos de síntesis, cuando el estudiante falte a su deber de estudiar o ante el incumplimiento de las demás obligaciones pactadas.

“Pero ocurre que el señor Procurador por un decreto de 4 de julio de 1983, se repite, desconoció el Decreto de 13 de mayo de 1982, decreto del señor Presidente de la República, en lo que sería al restante tiempo de la comisión que faltaba por vencer, por cumplirse. Pues ni más ni menos fue una declaración implícita de caducidad la que profirió, cuando por el decreto de 4 de julio, 12 días antes de vencerse el término de la comisión de estudios, nombró a otra persona en propiedad, en el cargo de Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, ‘en reemplazo de la doctora Margarita Hernández de Albarracín cuyo nombramiento se declara insubsistente con efectos fiscales a partir de la fecha’. Pretendió suprimirle *la plenitud* de los efectos jurídicos a la comisión de estudios, con su acto. Pero ocurre que el mecanismo del artículo 88 del Decreto 1950 de 1973 era la única manera de ponerle término a la relación con-

tractual, mediante una declaratoria motivada de caducidad, en la cual se expresarían las causas que darían lugar a ella, *que no son otras que las causas del orden allí señalado. . . .*

“Esta viciada conducta de la Procuraduría hizo que apareciera como si pudiera coexistir dos condiciones en la misma funcionaria en un momento dado, que se excluyen, que repugnan a la lógica: La de insubsistencia y la de comisión vigente. . . .

“Temporalmente la situación del comisionado se había transformado en una diferente, de carácter contractual, mientras se vencía la comisión. Ocurrido esto, ya reincorporada al cargo, se recobraba por el nominador la potestad relativa de remoción. . . .

“Debía ser motivado el acto de desinvestidura, entonces, por cuanto la administración por el hecho de conceder la comisión estableció la necesidad de ésta para mejora del servicio; si no, no la había otorgado y así debe entenderse. No es para que utilice la comisión, dispense dineros con los visos de creencia inicial en ella y luego no le importa credibilidad o la subestime, o diga que ésta no se dirige al logro del *mejor* servicio público y por tanto se le ocurra que no creen en ella y por tanto concluya que la comisión no debe prestarse ningún servicio. Como la comisión de estudios que costea el Estado en un funcionario lleva su finalidad muy concreta, el funcionario nominador que prescinde de un comisionado en estas condiciones, es apenas natural, debe decir por qué no lo necesita. *El agente público no puede renunciar a ciertos derechos que tiene la administración*, o de que ésta goza: Cuales eran en el caso concreto, el de la retribución de los servicios del funcionario comisionado. No existe la norma que lo autorice a este renunciamiento y es que los funcionarios sólo pueden actuar dentro de la competencia que les asigna la ley. La administración no puede renunciar derechos (sic) como los particulares. Ni transigir. . . .

“... La actora, la profesional Hernández estaba el día 4 de julio de 1983 disfrutando *aún* de una *comisión de estudios* impartida y determinada en su duración por el Decreto presidencial número 1358 de 1982 y el término que determinaba tal comisión aún corría, se reitera, cuando fue interrumpido por el decreto acusado de 4 de julio de 1983 (la comisión comprendía hasta el 16 de julio inclusive). Igualmente se incumplió por el organismo nominador con el compromiso convenido en contrato de 2 de marzo de 1982 por el cual tanto la funcionaria como el Estado —en este caso la Procuraduría—, se obligaban recíprocamente a ciertas y

determinadas prestaciones, tales vg. en la etapa del contrato de estudios, el ente nominador, a pagar los sueldos y prestaciones sociales del profesional, *causados durante el término de la comisión de estudios*. Entonces, con tal determinación de insubsistencia por fuera de los límites legales (un decreto presidencial los había señalado) *se afectó la posición jurídica de quien no había sido oído ni vencido en juicio con violación flagrante de las garantías del artículo 26 de la C. N. . . .*

“Se establece con los documentos agregados que la doctora Hernández llegó al país el 1º de julio de 1983, y el 4 del mismo mes y año previa la firma del acta de presentación en la Procuraduría en esa misma fecha, se le hizo entrega por la Secretaria General de copia del decreto acusado que fue emitido y señaló efectos fiscales, también, a partir de la misma fecha de 4 de julio. La demandante no fue reincorporada. Y sobre ella se ejerció una competencia que aún no se tenía, *porque era necesario el reintegro*. Tan cierto es ello, que aún en el caso del artículo 88 del Decreto 1950, que autoriza la caducidad administrativa de una comisión de estudios, frente a unas taxativas causales, como forma de terminación del contrato, prevé que, aún ante este fenómeno, el funcionario *debe reasumir sus funciones* —reintegrarse a sus funciones—, tal es la locución utilizada por la ley, lo que no es óbice para que se tomen las medidas administrativas y las sanciones disciplinarias a que haya lugar en dicho evento, por el nominador (Decreto 1950 de 1973). . . .

“Clarificado está que a cargo de la funcionaria corría, prestar *al Estado colombiano sus servicios* por un tiempo allí señalado y que a cargo de la Procuraduría corría *determinarle dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de TERMINACION de la comisión de estudios* las labores en un cargo: Igual, superior, o como mínimo de salario equivalente. . . .

“... *El acto administrativo, hoy acusado, de desvinculación de la actora del servicio del Estado sin previamente haber terminado legal y válidamente el contrato existente, quebró, violó, desconoció, la obligación prevista en él, las cláusulas pactadas en el mismo e igualmente en un ordenamiento superior* (Decreto 1950 en sus arts. ya citados y 150 de 1976)” (fls. 43 a 44, 45, 46, 47, 50, 52 a 53, 71 a 72, 75, 81 a 82, 83).

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con las razones siguientes:

“En primer término, tenemos que ninguna norma legal consagra la estabilidad absoluta o relativa de quien desem-

peñe el cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, después de haber sido beneficiado por el Gobierno nacional con una comisión de estudios en el exterior, por el tiempo en que se pactó entre las partes contratantes a prestar sus servicios a la Procuraduría General de la Nación, pues esta situación no modifica el régimen de libre nombramiento y remoción al cual se halla sujeto la ex-funcionaria (sic). Así se desprende de los documentos que obran a folios 6 a 8.

“De otra parte, el contrato celebrado entre la Procuraduría General de la Nación y la doctora Margarita Hernández de Albarracín, estableció únicamente obligaciones a cargo de la demandante, tal como se estipuló en la cláusula segunda: ‘Vencido el término de la comisión de estudios, *el profesional* se obliga a prestar al Estado colombiano sus servicios por un tiempo no menor de veintiocho (28) meses en un cargo de igual o superior categoría o, por lo menos, en uno de salario equivalente...’.

“A su turno, cuando la cláusula tercera del contrato señala que durante la comisión de estudios se mantendrá la situación legal y reglamentaria entre la Procuraduría General de la Nación y *el profesional*, que tendrá derecho al pago de la remuneración mensual que devenga y a las prestaciones sociales lo mismo que a los aumentos que establezca la ley, no quiso decir el contrato cosa distinta a que por el hecho de la comisión de estudios, no perdería la actora su calidad de funcionario público, para los efectos salariales y prestaciones.

“Hecha la anterior observación, es pertinente anotar que el artículo 89 del Decreto 1950 de 1973, señala las consecuencias legales que acarrea para el funcionario, en caso de que la entidad prescinda de sus servicios, dice así la norma:

“Al término de la comisión de estudio, el empleado está obligado a presentarse ante el jefe del organismo correspondiente o ante quien haga sus veces, hecho del cual se dejará constancia escrita, y tendrá derecho a ser reincorporado al servicio. Si dentro de los treinta (30) días siguientes a su presentación, no ha sido reincorporado, queda relevado de toda obligación por razón de la comisión de estudio’.

“En este orden de ideas tenemos que el contrato de comisión de estudio en mención, no podía cambiar la situación de la exfuncionaria, como empleada de libre nombramiento y remoción, pues, no se pueden modificar, con efecto entre las partes, normas de derecho público, como son el régimen de los funcionarios del Ministerio Público.

“Por lo tanto el Decreto número 219 de julio 4 de 1983, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, lo que puso fin a su situación legal y, por ende, a la relación de trabajo, que la vinculaba con la Procuraduría General de la Nación, se expidió en desarrollo de la facultad discrecional de que está investido el señor Procurador General de la Nación, de acuerdo con la Constitución Nacional y la ley” (fls. 104 a 105).

Reconstruido el proceso, se concluyó su tramitación quedando en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede no observándose causal de nulidad de lo actuado, previas las siguientes *consideraciones*:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación rindió el siguiente concepto de fondo, que parcialmente se transcribe:

“En el entendimiento de esta Agencia del Ministerio Público, los pedimentos formulados en el libelo inicial no tienen vocación de prosperidad, por las razones siguientes:

“1ª El acto acusado no pudo quebrantar las normas constitucionales invocadas en la demanda, puesto que el concepto de violación está constituido sobre la base del Decreto 1950 de 1973, cuya preceptiva no rige la situación de los funcionarios del Ministerio Público, en comisión de estudios, situación esta que está reglada por el artículo 99 del Decreto 1660 de 1978, a cuyo texto (sic):

“Artículo 99. El comisionado, una vez cumplida la comisión, deberá prestar sus servicios al Estado en cualquiera de sus organismos por un tiempo mínimo igual al doble del de la duración de la comisión.

“No podrá otorgarse ninguna comisión sin la previa celebración del contrato que asegure la prestación de los servicios a que se refiere el inciso anterior.

“Lo anterior no implica prórroga de períodos ni restricción de la facultad de libre remoción, según el caso’.

“2ª Tampoco pudieron transgredirse las normas constitucionales indicadas en la adición de la demanda (fls. 71 y 72), toda vez que la impugnación supone que el acto acusado interrumpió la comisión de estudios que el día de la expedición de aquél aún estaba disfrutando la actora y que terminaría el 16 de julio siguiente, pues la realidad probatoria demuestra: a) Que la actora venía desempeñando el cargo de Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa, cuando el Gobierno nacional por Decreto 1358 de 1982 le concedió una comisión de estudios para que en el Instituto de Administración Pública de París perfeccionara sus conocimientos en lo referente al contencioso administrativo, co-

misión comprendida entre el 14 de mayo de 1982 y el 16 de julio de 1983 ambas fechas inclusive (fls. 25 y 26); b) Que terminados los estudios el 13 de junio de 1983 (fls. 201 y 202), la demandante compareció el 4 de julio siguiente al Despacho de su nominador "...dando cumplimiento a la cláusula segunda del contrato de comisión de estudios suscrita con la Procuraduría General de la Nación el día 2 de marzo de 1982..." (fl. 2). De tal manera que no se acomoda a la lógica el planteamiento de que la comisión de estudios no había terminado para los efectos del acto impugnado, pero sí para la presentación de la actora en el despacho del nominador, en cumplimiento de la cláusula segunda del referido contrato que la obligaba a tal presentación una vez terminada la comisión para reincorporarse al servicio.

"3ª La primera causal de violación legal que aparece de folios 44 a 47 se fundamenta en el Decreto 1950 de 1973 y en el entendimiento de que la comisión de estudios aún no había terminado el 4 de julio de 1983, argumentos que no son de recibo, por las razones en antes expuestas.

"4ª La segunda causal de violación legal, corre la misma suerte de la anterior, debido a que se apoya en la violación de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 que no son aplicables al caso objeto de examen, como atrás se dijo.

"5ª El abuso o desviación de poder o tercera causal de violación, como lo ha reiterado la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado requiere indagar en la mente del funcionario expedidor del acto las secretas intenciones que lo movieron a tomar su decisión, es a decir, los motivos de hecho determinantes. A este respecto cabe observar que al nominador no se le preguntó por tales motivos sino por *el motivo legal* y, obviamente, aquél respondió que lo era la facultad discrecional para nombrar y remover libremente a sus subordinados (fls. 116 y 120), lo cual impide la verificación de la desviación de poder alegada. Pero, además, el cargo se construyó igualmente con soporte en la reiterada tesis de que el Decreto 1950 de 1973 gobierna el caso.

"6ª Con respecto a la cuarta causal de violación relativa al quebrantamiento presunto de las cláusulas del contrato celebrado ya esta Fiscalía tuvo oportunidad de conceptuar en el sentido de que las normas cuya violación constituye causal de nulidad de los actos administrativos, a que se refieren la Ley 167 de 1941 y el actual Código Contencioso Administrativo, son las normas legales en sentido estricto, o sea, las disposiciones generales de carácter permanente, que comprenden un número indefinido de personas y de actos o de hechos a los cuales se aplica *ipso jure* durante un

tiempo indeterminado —como lo enseñan los tratadistas— y no las normas contractuales, dado que la violación de éstas generaría una acción de tipo contractual que la actora no ha ejercido y para cuyo conocimiento no tiene competencia la Sección Segunda del Consejo de Estado.

“7ª Las violaciones legales de la adición de la demanda (fls. 72 a 77) se apoyan en normas de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 que, se repite, no son aplicables al evento *sub examine*.

“8ª En razón de la inaplicabilidad de las normas invocadas y de la de haber terminado la comisión de estudios el día 13 de junio de 1983, carece de validez la adición de la causal tercera de violación (fls. 77 a 79).

“9ª Finalmente, las mismas consideraciones expresadas en la razón 6ª son válidas para desechar la adición al cargo por violación de las cláusulas contractuales (fls. 79 y ss.)” (fls. 239 a 241).

La Sala acoge los planteamientos de su Fiscal colaborador, los cuales consultan lo alegado y probado en el proceso frente a la normatividad jurídica pertinente y los complementa como sigue:

La demandante tenía la calidad de funcionaria de la Procuraduría General de la Nación, como Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa desde el 1º de noviembre de 1978 (fls. 3 a 6) y como tal le fue concedida por el Gobierno nacional una comisión para adelantar unos estudios en el Instituto de Administración Pública de París, entre el 14 de mayo de 1982 y el 16 de julio de 1983 (Decreto 1358 de 13 de mayo de 1982 —fls. 25 y 26—).

El Decreto reglamentario 1660 de 1978, regulador de la administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal (art. 1º), en sus artículos 96 a 99 regía las comisiones especiales del Gobierno nacional a los funcionarios de esa rama y de ese ministerio, como la conferida a la demandante para adelantar estudios en París.

Consecuentemente, la situación de la demandante estaba sometida a esos preceptos y no a los de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, invocados en la demanda, los cuales regulan la administración del personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público. La actora no pertenecía a este personal.

El artículo 97 del Decreto 1660 de 1978 estipula, en su literal c) que “el tiempo de la comisión se tendrá como de servicio para todos los efectos legales”.

En el contrato de comisión de estudios, celebrado por la actora con la Procuraduría General de la Nación, se estipuló: “Tercero: Durante la comisión de estudios se mantendrá la situación legal y regla-

mentaria entre la Procuraduría General y *el profesional*, quien tendrá derecho al pago de la remuneración mensual que devenga y a las prestaciones sociales, lo mismo que a los aumentos que establezca la ley. *Parágrafo*: Todo el tiempo que dure la comisión de estudios se entenderá como de servicio activo" (fl. 27).

Siendo la actora funcionaria de la Procuraduría General de la Nación estaba regida por el artículo 145, ordinal 4º, de la Constitución Nacional que da al Jefe del Ministerio Público la función especial de "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia", reafirmada por el tercer inciso del artículo 17 del citado Decreto 1660 de 1978. Esta situación no varió durante la comisión de estudios, conforme ya se vio, según el artículo 97 *ibidem* y el respectivo contrato. Por lo tanto, no cabe duda alguna de que la demandante era empleada de libre nombramiento y remoción, no escalafonada en carrera, ni con período fijo, por estar el cargo que desempeñaba bajo la inmediata dependencia del Procurador General de la Nación y no ser de período fijo según el artículo 25 del mismo decreto.

Ni el contrato de comisión de estudios, ni el Decreto número 1358 de 1982 del Gobierno nacional, que concedió esa comisión a la actora, variaron su situación legal y reglamentaria: El tiempo de esa comisión debe tenerse como de servicio activo.

El señor Procurador General de la Nación, al proferir el decreto acusado, no revocó ni modificó la comisión de estudios que había sido conferida a la actora, simplemente declaró la insubsistencia de su nombramiento como Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales (fl. 1).

Por otra parte, la actora en carta fechada el 2 de julio de 1983, expresó al señor Procurador:

"Respetuosamente me permito comunicarle que luego de terminados mis estudios en París, en virtud de la comisión conferida por el Gobierno colombiano, he retornado a Colombia con el deseo de cumplir las obligaciones contraídas por mí con la Procuraduría General de la Nación al firmar el contrato respectivo, previo a mi viaje de estudios a dicha ciudad.

"A partir de esta fecha estoy a disposición del señor Procurador General de la Nación a la espera de su respetable decisión" (fl. 92).

Por la cláusula segunda del contrato de comisión de estudios la actora se obligó a:

"Vencido el término de la comisión de estudios, *el profesional* se obliga a prestar al Estado colombiano sus servicios por un tiempo no menor de veintiocho (28) meses en

un cargo de igual o superior categoría o, por lo menos, en uno de salario equivalente. *Parágrafo: El profesional deberá reincorporarse a sus labores que la Procuraduría General le determine dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de terminación de la comisión de estudios o del vencimiento de la licencia si hay lugar a ella*" (fl. 27).

Era facultativo de la Procuraduría determinar las labores a las cuales debía reincorporarse la actora, que podían ser o no las correspondientes al cargo de Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa. Consecuentemente, no estaba obligada la Procuraduría a mantener en este cargo a la demandante.

Finalmente, la Sala observa que no fue demostrado que el Procurador General de la Nación, al proferir el acto acusado, se hubiera motivado en razones ajenas al buen servicio público o hubiera perseguido finalidad diferente a la que le señalan la Constitución y la ley para el ejercicio de su función de nombrar y remover sus inmediatos colaboradores. En los folios 118 a 121 este funcionario expresó haber obrado conforme a derecho y así fue ciertamente.

No apareciendo demostradas las afirmaciones de la demandante contra el decreto impugnado, éste permanece amparado por la presunción de legalidad y deben denegarse las súplicas de la actora.

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

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**COMISION NACIONAL DE VALORES - Facultades / MERCADO PUBLICO DE VALORES / POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA**

*Teniendo claro que la Comisión de Valores es una entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico del mercado de valores, es preciso señalar que su accionar discurre a través de dos tipos de medidas: Las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo. El procedimiento de la autorización de la oferta pública una vez en marcha, genera obligación para el oferente, principalmente frente a los particulares aceptantes pero también frente al Estado, el cual conserva su poder de intervención para vigilar que el proceso se desarrolle y culmine con sujeción a las normas que rigen la materia y siempre dando prioridad a la misión fundamental de protección del interés general. El poder de policía económico de la Comisión de Valores no puede entenderse agotado cuando expide la autorización para adelantar la oferta pública.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

**Referencia: Expediente número 0477. Actora: Promotora Universal de Inversiones Ltda. Nulidad de los oficios de 14 y 20 de septiembre de 1982 de la Comisión Nacional de Valores. Fallo.**

Las sociedades Promotora Universal de Inversiones Ltda. Pro-unida Ltda. y Coloca Ltda. por conducto de apoderado presentan demanda de plena jurisdicción con fundamento en los artículos 62, 65, 67, 68, 69, 70, 84 y siguientes de la Ley 167 de 1941 con el fin de que el Consejo de Estado mediante sentencia haga las siguientes declaraciones:

*“Primera: Que son nulas las providencias contenidas en los oficios dirigidos por la Comisión Nacional de Valores, a la sociedad colombiana ‘Coloca Ltda.’, de fecha 14 de sep-*

tiembre de 1982 y 20 de septiembre de 1982, el último para resolver la reposición interpuesta contra el primero en oportunidad, por la sociedad, y en el marconigrama o telegrama dirigido por la misma Comisión al Banco de Caldas prohibiendo el registro de transferencia de acciones a favor de las demandantes, de fecha agosto de 1982 (sic).

*“Segunda:* Que la Nación colombiana debe pagarles a las demandantes los perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, incluyendo en ellos capital, intereses y reajuste monetario por la devaluación o depreciación del peso colombiano, que dicha sociedad ha sufrido y llegue a sufrir en el futuro, como consecuencia de los actos administrativos a que se refiere la anterior petición, sea que su cuantía se demuestre en el curso del proceso o en el incidente de liquidación de la condena en abstracto” (fl. 69).

El proceso se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia de Bogotá de 6 y 7 de noviembre de 1985 motivo por el cual se solicitó su reconstrucción a la que accedió este Despacho mediante auto de 19 de diciembre de 1986. Contra este proveído fueron interpuestos los recursos de reposición y ordinario de súplica por los apoderados de la parte impugnadora y actora en su orden, impugnaciones que fueron en forma adversa resueltas por medio de los autos de 24 de marzo y 4 de diciembre de 1987 al ser negadas por improcedente la reposición al tenor de los artículos 180 y 183 del Decreto 01 de 1984; y confirmada la providencia suplicada con la adición de tener como pruebas, los antecedentes administrativos enviados por la Comisión Nacional de Valores tanto en el anterior expediente radicado bajo el número 4241 como el actual reconstruido, es decir los cuadernos o fólderres números 4 y 5 contentivos de 50 y 168 fotocopias respectivamente (fls. 251/253 y 261/273).

#### *Hechos:*

Mediante sendos oficios de 4 y 14 de junio de 1982 (fecha de recibido 17 de junio de 1982) dirigidos al Superintendente Bancario y Presidente de la Comisión Nacional de Valores, los representantes legales de Prounida Ltda. (Isaac Mildenberg M.) y Coloca Ltda. (Jorge Castro López) solicitaron a dichas entidades autorización para adelantar oferta pública de compra de un mínimo de 18.889.994 acciones del Banco de Caldas, precisando en los mencionados oficios que las acciones serían adquiridas con recursos propios, provenientes de la realización de activos, no utilizando así, fondos provenientes del ahorro privado. Para estos fines se informa que acompañaron el formulario F-4 diligenciado, certificados de constitución y gerencia de las sociedades peticionarias y también los respectivos balances de Coloca Ltda. y Prounida Ltda. (fls. 2/9 y 16/21).

La Superintendencia Bancaria por oficio 27914 de 28 de julio de 1982 hizo saber a los interesados en la negociación de las acciones (Isaac Mildenberg M., Jorge Castro López, Rodrigo Romero Sanclemente de sucesores de Jesús Restrepo y Cía. S. A., Alvaro Arango C. de Propaganda Sancho, Alvaro Villegas Villegas del Grupo Agrícola de Seguros Etc., Germán de la Roche del Grupo Central S. A., etc.) que la solicitud de adquisición de las acciones del Banco de Caldas cumplía los requisitos del artículo 5º del Decreto 3604 de 1981 y por tal motivo autorizaba la operación, pero precisando que el permiso otorgado se entendía sin perjuicio de la autorización que le compete impartir a la Comisión Nacional de Valores, entidad ésta a la cual corresponde entre otras, recibir declaración juramentada en cuanto al beneficiario real de las acciones objeto de la transacción proyectada, así como verificar el origen de los recursos que se utilizarían en la misma, los que de conformidad con mandato legal, no podían en ningún caso provenir del ahorro privado. Así mismo se observó que los compradores (Prounida Ltda. y Coloca Ltda.) deberían demostrar ante la Comisión Nacional de Valores la capacidad económica de cada uno de ellos, con la advertencia de que cualquier anuncio público de la referida transacción debería estar ilustrada en los términos y condiciones que la Superintendencia estableció, como lo era: El mantenimiento del domicilio social del Banco en la ciudad de Manizales, la presidencia de la entidad y miembros de la Junta Directiva con personas oriundas del Departamento de Caldas, elevación del capital suscrito a la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000.00) y el compromiso de reinvertir las utilidades que generaran los ejercicios de 1982, 1983 y 1984; también, de colocar preferencialmente entre los inversionistas de la misma región, no menos del 50% de las acciones que cada uno de los compradores adquirieran, la demostración de su capacidad económica ante la Comisión Nacional de Valores y la comprobación del origen de los recursos que utilizarían en la transacción proyectada (fls. 58/60 - antec. adm. folder número 4).

Posteriormente la Superintendencia Bancaria por oficio número 28583 de 3 de agosto del mismo año dirigido a los interesados comunicó las modificaciones introducidas a las condiciones de la oferta ampliando a 6 meses el término para suscribir el aumento del capital; la reinversión de utilidades sólo cobijaría los ejercicios económicos de 1982 y 1983, es decir se autorizaba la distribución de utilidades de 1984 y no sería obligatoria la colocación del 50% de las acciones entre inversionistas de la región sino "indispensable ofrecer en venta a inversionistas de la región una participación adecuada en la conformación del capital del Banco de Caldas, con el objeto de preservar el espíritu que inspiró la constitución de dicho establecimiento bancario" (fls. 70/71 antec. adm. folder número 4).

Antes de la expedición de la Resolución número 248 de 9 de agosto de 1982 (firmada por Enrique Roldán Lemos), mediante la cual la Comisión Nacional de Valores autorizó a las sociedades Prounida Ltda.

y Coloca Ltda. realizar oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas S. A. en cumplimiento del artículo 7º, literal c) de la Resolución número 02 de 1981 expedida por la Comisión Nacional de Valores, el 6 y 9 de agosto de 1982 rindieron declaración bajo juramento los representantes legales de Coloca Ltda., señor Jorge Castro López y de Prounida Ltda., señor Isaac Mildenberg M. en su orden quienes afirmaron en dichas declaraciones que el monto de las operaciones referente a la compra de las acciones del Banco de Caldas era más o menos de mil trescientos cincuenta millones de pesos (\$ 1.350.000.000.00) y que los fondos para esta negociación no provienen del ahorro privado colombiano. Respecto al oferente Coloca Ltda. el señor Castro López manifestó que el origen de los fondos de la negociación provienen principalmente de Coloca Internacional que tiene domicilio en Panamá afirmando: "Coloca Internacional se comprometió a entregarme la plata a dieciocho (18) meses en Colombia. No hay entre las partes intervinientes en el negocio relación alguna de subordinación como filiales o subsidiarias. Como garantía para 'Coloca Internacional' disponemos de los activos de 'Coloca Ltda.', como son por ejemplo: Una finca al norte de Bogotá, el Instituto Bioquímico S. A. y se podrían dar también las propias acciones adquiridas del Banco de Caldas, ya que en dieciocho (18) meses estarán canceladas y totalmente liberadas a nuestro favor" (fls. 75/80 antec. adm. folder número 4).

En relación con la declaración rendida el 6 de agosto de 1982 el Presidente de la Comisión Nacional de Valores por oficio 114/P de 14 de septiembre de 1982 le solicitó al representante legal de Coloca Ltda., señor Castro López que, por tratarse aparentemente de una operación de cambio internacional, presentará las correspondientes explicaciones de la modalidad que tendría la operación con Coloca Internacional y en todo caso, remitiera, a más tardar el 17 de septiembre de 1982, copia autenticada de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades cambiarias competentes impartieron la respectiva autorización (fl. 29, cuaderno principal).

Mediante oficio de 17 de septiembre de 1982 Coloca Ltda., dio respuesta al requerimiento de la Comisión Nacional de Valores expresándole que de acuerdo con la oferta pública de adquisición de las acciones del Banco de Caldas consideraba que no era necesario la operación de importación de capital, dado el plazo de 18 meses para el pago de las acciones, el cual vencería el 20 de septiembre de 1984, a más de que la oferente contaba en Colombia con activos fijos muy superiores a mil cuatrocientos veinticinco millones de pesos (\$ 1.425.000.000.00); que con base en lo anterior ampliará el plazo para demostrar ante la Comisión Nacional de Valores la aprobación de las autoridades cambiarias colombianas para la mencionada importación del capital requerido para ese pago que sólo se haría exigible a finales de 1984. Por oficio 129/P de 20 de septiembre de 1982 la Comisión de Valores acusó recibo de la anterior comunicación puntua-

lizando que en vista de que Coloca Ltda., afirmó que los recursos para la adquisición de las acciones provendrían de una sociedad domiciliada en el exterior y no de otras fuentes, era apenas elemental que su capacidad de pago, o lo que era lo mismo, la viabilidad jurídica de dicha "operación de cambio internacional" fuese demostrada a la luz de las disposiciones cambiarias vigentes al tiempo de formularse la oferta, pues era para la Comisión de interés fundamental el de cerciorarse de que los mecanismos cambiarios que se utilizarían para situar en Colombia los recursos con los cuales Coloca Ltda. cancelaría el precio de las acciones encajaban dentro de las normas cambiarias que en ese momento regían en materia de importación de capitales o contratación de créditos externos. Por consiguiente, resolvió prorrogar hasta la fecha de expiración de la oferta (septiembre 23 de 1982) el plazo que disponía Coloca Ltda. para dar cumplimiento a lo requerido en el oficio 114/P de septiembre 14 de 1982. Acorde con la anterior determinación el doctor Juan Camilo Restrepo Salazar en su condición de Presidente de la Comisión Nacional de Valores le comunicó mediante marconigrama de fecha septiembre 21 de 1982 al Presidente del Banco de Caldas se abstuviera de inscribir los traspasos que efectuara Coloca Ltda., originados en aceptaciones de la oferta pública de acciones del Banco de Caldas, hasta tanto dicha oferente presentara a la Comisión de Valores explicaciones satisfactorias sobre el origen y modalidades cambiarias que utilizaría Coloca Ltda.

En carta de septiembre 30 de 1982 suscrita por los doctores Alvaro Villegas Villegas, Jorge Hernán Arango y Rodrigo Romero Sanclemente en nombre de las entidades y pequeños accionistas que representan (Grupo Agrícola de Seguros, propaganda Sancho y Suc. de J.J. Restrepo & Cía. S. A., etc.) pusieron en conocimiento de la C. N. de V. que la sociedad oferente Coloca Ltda., había cedido su interés en la oferta a la otra oferente Prounida Ltda. y además, que no obstante haberse perfeccionado, con su aceptación de la oferta, el acuerdo de aceptación promovido con la Resolución 248 de 1982, ni Prounida Ltda. ni Coloca Ltda., dieron cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2º de la misma, en cuanto al pago de las acciones negociadas. En respuesta a esta comunicación la Comisión Nacional de Valores por oficio 141/P de 7 de octubre de 1982 puntualizó que "le sorprendía conocer que con anterioridad a la oferta pública, y aún al acto que la autorizó (agosto 9), ya una de las sociedades oferentes, desde el 27 de julio, había cedido privadamente a la otra unos contratos también privados que ambas habían celebrado adquiriendo acciones del Banco de Caldas; de la fecha de dicha cesión apenas vino a enterarse esta Presidencia con ocasión de la lectura de los documentos que ustedes acompañan a su carta de la referencia". Así mismo, en esta carta se hace referencia a la cesión entre Prounida Ltda. y Coloca Ltda. en la cual el Presidente de la Comisión Nacional de Valores señala que si bien en la mencionada charla, en la que participó el doctor Vélez, abogado de la comisión, se expresó la existencia de una solidaridad activa entre las dos sociedades oferentes, tal pronunciamiento oficial

sobre el asunto se debe formular mediante consulta escrita a la Comisión Nacional de Valores, lo cual no tuvo lugar (fls. 99/102 antec. adm. folder número 4).

Por último es conveniente precisar que en la oferta pública de la compra de las acciones del Banco de Caldas que fue autorizada por la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982, tal acto administrativo aparece notificado en esta misma fecha a María Concepción Puello Schlegel, apoderada de Prounida Ltda. y a Jorge Castro López en su condición de representante legal de Coloca Ltda. Además, que las respectivas publicaciones de la oferta se efectuaron en los diarios El Tiempo y La Patria los días 13, 18 y 23 de agosto de 1982, respectivamente, lo cual significa que ésta venció el 23 de septiembre de 1982. Cabe anotar también, que durante el tiempo que estuvo vigente la oferta, en los antecedentes administrativos enviados por la Comisión Nacional de Valores se registra la carta de septiembre 13 de 1982 mediante la cual el doctor Rodrigo Romero Sanclemente de Sucs. de J.J. Restrepo & Cía. S. A. le informa a la Comisión Nacional de Valores que “el total de acciones asciende a la suma de 11.711.273, que sumadas a las presentadas por el Grupo del señor Germán de la Roche, superan el mínimo de 18.889.994 establecido en la oferta. Con lo anterior estamos dando cumplimiento a los requisitos establecidos y en consecuencia, les solicitamos se sirvan autorizar el traspaso de los títulos respectivos”. Al folio 164 del folder número 4 se encuentra fotocopia de carta de fecha septiembre 13 de 1982 dirigida a Coloca Ltda. y Prounida Ltda. por el señor Germán de la Roche en la cual manifiesta que en condición de apoderado de las compañías: Seguros Atlas S. A., Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A., Financiera Unión de Inversiones S. A., Financiera Universal, Central Leasing S. A., Grupo Central S. A., Compañía Inmobiliaria Roche Ltda., Hernando de la Roche Alvarez y Graciela Alvarez Cortés, acepta la oferta de compra y ratifica su voluntad de venderles la cantidad de 7.191.057 acciones en los términos previstos en los documentos que conjuntamente suscribieron los días 4 de junio y 16 de junio de 1982.

En relación con la promesa del contrato de junio 4 de 1982 es importante destacar que según la cláusula novena se sustituye en su integridad el suscrito el 30 de abril de 1982, con el doctor Hernán Jaramillo Ocampo, en su condición de apoderado del Grupo Central S. A., Inmobiliaria Roche Ltda., Central Leasing S. A., Seguros Atlas de Vida S. A., Productora de Gelatina S. A., Unión de Inversiones S. A., Hernando de la Roche, Construcciones Protexa S. A. y Miguel Vélez Jaramillo relativo a la promesa de venta de 18.810.786 acciones del Banco de Caldas; y en la cláusula quinta del mismo se da cuenta de que para responder por el cumplimiento de las obligaciones contraídas a título de arras penatorias los *compradores* (Prounida Ltda. y Coloca Ltda.) constituyeron en el Banco de Caldas, el día 3 de mayo de 1982, un depósito a término (D-5860) por la suma de ciento sesenta y cuatro millones trescientos mil pesos (\$ 164.300.000.00) a favor de Sucs. de

J.J. Restrepo & Cía. S. A. como representantes de los vendedores; y otro, en la misma fecha (D-5862) por cien millones setecientos mil pesos (\$ 100.700.000.00) a favor del doctor Hernán Jaramillo Ocampo (ver cláusula novena). Sobre la constitución de estos depósitos aparece fotocopia de carta de fecha abril 30 de 1982 dirigida al Banco de Caldas por los representantes legales de Prounida Ltda. y Coloca Ltda. (fl. 27, cuaderno principal). Del mismo modo, es importante relieves, como quedó antes dicho, que si bien en la cláusula novena se menciona que queda sin efecto cualquier contrato celebrado con anterioridad entre las partes, en especial el suscrito entre los compradores y el doctor Hernán Jaramillo Ocampo en calidad de apoderado del Grupo que representa, puntualizándose que este último autoriza a Prounida Ltda. y Coloca Ltda. "para que hagan sustituir los depósitos arriba mencionados por otros nuevos que satisfagan lo estipulado en la cláusula *quinta* de este contrato y la similar del contrato que en esta misma fecha y por separado se firma entre los mismos *compradores* y el doctor Germán de la Roche en representación (sic) de las personas mencionadas" (fl. 91, antec. Admt. folder número 4). Respecto del contrato de Germán de la Roche a que se refiere la transcripción anterior se precisa que copia de éste no reposa dentro de los antecedentes administrativos enviados por la Comisión Nacional de Valores pero aparece allegado por la parte demandante a folios 65 a 68 inclusive, del expediente reconstruido; dicho documento no fue tenido como prueba en el auto de diciembre 19 de 1986 que ordenó su reconstrucción (fls. 232/237 del cuaderno principal).

*Normas violadas y concepto de su violación:*

El señor apoderado en su demanda invoca como disposiciones violadas los artículos 30, 32 y 45 de la Constitución Nacional; los artículos 1º, 4º, 6º, 8º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22 y 24 del Decreto-ley 2733 de 1959; los artículos 1º, 7º y 8º de la Resolución 02 de 1º de diciembre de 1981 expedida por la Comisión Nacional de Valores y también el artículo 1º, numeral 1º de la Resolución número 32 de la misma Comisión Nacional de Valores. Por último, invoca como transgredido el artículo 5º del Decreto 3604 de 1981.

Al referirse en concreto a las normas constitucionales antes citadas afirma que el artículo 30 garantiza cualquier derecho adquirido con justo título; que al producirse la ejecutoria de la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982 mediante la cual la Comisión Nacional de Valores autorizó a las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. adelantar una oferta de 19.168.187 acciones del Banco de Caldas, las mencionadas sociedades adquirieron el derecho, protegido por ese artículo 30 de la C. N. para llevar a cabo dicha negociación de compra, cumpliendo las publicaciones de la oferta pública y demás requisitos. Que en virtud de dicha ejecutoria y tal derecho se constituyó una situación jurídica y concreta que generaron derechos subjetivos de contenido

patrimonial para las dos sociedades peticionarias y ahora demandantes, derechos que no podían ser desconocidos, ni vulnerados, ni sometidos a condiciones o requisitos nuevos para su ejercicio y satisfacción, por la Comisión Nacional de Valores, ni por autoridad alguna, nacional ni de otra jerarquía, sin violar manifiestamente el invocado artículo 30 de la C. N. puntualizando al respecto lo siguiente: “Por lo tanto, los actos administrativos posteriores, de la Comisión Nacional de Valores, cuya nulidad reclamo, al exigir nuevos requisitos para la negociación de las acciones del Banco de Caldas, objeto de la solicitud de oferta pública y de las aprobaciones y autorizaciones en firme de la Superintendencia Bancaria y de la misma Comisión, significaron una implícita revocación de tales providencias que habían otorgado, definitivamente, a las dos sociedades peticionarias el derecho a formular y publicar la oferta pública de compra, a aceptarla, a perfeccionar la compraventa, a recibir los títulos debidamente endosados las compradoras y los pagos de ellos las vendedoras, a registrar la transferencia de las acciones en el libro de accionistas del Banco de Caldas. Pero si esos actos posteriores significaran solamente una modificación y adición de las autorizaciones y aprobaciones mencionadas, de todas maneras estarían violando el texto constitucional invocado y esos derechos adquiridos, porque equivaldría a una revocación parcial que, por sus circunstancias, como expliqué en los hechos, hacían imposible la negociación y posteriores a las publicaciones de la oferta pública y a su aceptación (que habían configurado el contrato) e inclusive al retiro por los vendedores de los depósitos constituidos en el Banco de Caldas abonables al precio de la primera cuota de acciones. Y tales modificaciones y adiciones contienen una clara intención dañina, parcial, ilícita de boicotear la negociación, puesto que el término de un día que dejaban para cumplirlas era física y jurídicamente imposible para cumplirlas; lo cual constituye también, por sí solo, violación del texto constitucional invocado, abuso de poder, conducta ilícita, inconstitucional e ilegal” (fls. 75/77 del cuaderno principal).

Respecto del artículo 32 de la Constitución Nacional señala que el Estado a través de los organismos encargados de la vigilancia de los establecimientos, solamente puede exigir los requisitos que la ley autorice y deben respetar los actos administrativos en firme cuando hayan otorgado las licencias, autorizaciones o aprobaciones que la ley requiera como previas para celebrar y perfeccionar los negocios, añadiendo lo siguiente: “Y los requisitos que exigió la Comisión Nacional de Valores, de que se le presentara la aprobación por las autoridades cambiarias, con año y medio de anticipación, al préstamo que Coloca Internacional S. A., sociedad Panameña, había ofrecido darle a Coloca Ltda., en Panamá, para atender el pago de una cuota del valor total del paquete también total de acciones del Banco de Caldas, que ni siquiera se sabía si sería o no necesario, fue ilegal, abusivo, mal intencionado, y además desconocía los derechos adquiridos de las sociedades compradoras”.

En cuanto a la transgresión del artículo 45 de la Constitución Nacional las demandantes sostienen que ella radica en el hecho de que si con la "resolución" de una petición de un particular (persona física o jurídica) se "crea un derecho subjetivo o una situación jurídica concreta, una vez en firme no puede ser revocada expresa ni implícitamente, ni modificada o adicionada (lo cual equivale a una revocación parcial) y mucho menos desconocida; sino que la autoridad debe someterse a la vía contencioso administrativa para que sea la justicia judicial quien decida, ante demanda de dicha autoridad, si hay razón legal para anular total o parcialmente ese acto administrativo. Y como la Comisión Nacional de Valores desconoció la 'resolución' que había dado y se encontraba ejecutoriada, a la petición para formular la oferta pública de compra de las acciones y realizar la compraventa de ellas, violó manifiestamente el dicho artículo 45" (fl. 78 del cuaderno principal).

En lo que atañe al quebrantamiento de los artículos citados del Decreto-ley 2733 de 1959, la demanda hace énfasis en el artículo 24 según el cual "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular"; observando que el texto no se refiere a "derechos civiles" únicamente, *"sino a toda clase de derechos, cualquiera que sea su naturaleza* (de derecho privado o público: Administrativos o judiciales o políticos o civiles o comerciales, etc.) de manera que ampara indudablemente el derecho de las personas que para realizar una negociación de compraventa de acciones de bancos que funcionen en Colombia, sean o no íntegramente colombianos, tienen a que una vez concedido a él el permiso o la autorización y la aprobación para tal negocio (para proceder a la oferta pública de compra, a la aceptación de ella previas las publicaciones, al perfeccionamiento de la operación, al recibo de los títulos por los unos y del precio por los otros y la inscripción de la transferencia en el libro de acciones del respectivo Banco), la autoridad administrativa que otorgó esa autorización o aprobación ante la oportuna y respetuosa petición, no puede revocar su acto, ni en forma total y expresa o indirecta, ni parcialmente en forma indirecta o expresa adicionándolo o modificándolo para hacer más gravosa la situación del particular beneficiado con tal acto administrativo permisivo ejecutoriado". Y en cuanto a la violación de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 18 del Decreto-ley puntualizó que la Comisión Nacional de Valores desconoció la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982, la cual "había quedado ejecutoriada y la vía administrativa agotada, sin que nadie y menos la propia administración pudiera revivirla y mucho menos para modificar, adicionar, impedir el cumplimiento, desconocer sus efectos, del acto administrativo contenido en tal resolución, como obrando con parcialidad e ilicitud manifiestas lo hizo su nuevo Presidente Juan Camilo Restrepo Salazar, aún después que los 'vendedores' aceptantes de la oferta pública de compra, basados en la autorización contenida en la resolución ejecu-

torizada, habían retirado del Banco de Caldas los \$ 265.000.000.00 de los depósitos hechos allí por Coloca Ltda. y Prounida Ltda., para garantizar el pago de la primera cuota de la compraventa de las acciones y con carácter de arras penitenciarías, por haberse cumplido el término para la aceptación de la oferta pública... y solamente faltaba para que se consumara y perfeccionara la operación, la entrega material de los títulos endosados a los compradores y su registro en el libro de Acciones del Banco" (fis. 79/81 del cuaderno principal).

Finalmente, las demandantes invocan violación de los artículos 1º, 7º y 8º de la Resolución 02 de 1981 y también el numeral 1º del artículo 1º de la Resolución 032 de febrero 10 de 1982 mediante las cuales la Comisión Nacional de Valores señala los requisitos que debe cumplir la oferta pública cuando se trata de la adquisición o posesión de acciones del 10% o más del número de éstas que se encuentren en circulación (art. 5º del Decreto 3604 de 1981). Sobre estas normas se precisa que al tenor de ellas "...NO se faculta a la Comisión Nacional de Valores y menos a su Presidente, para adoptar medidas como las que se contienen en los oficios y el telegrama o marconigrama cuya nulidad estoy impetrando, ni para reformar o adicionar o revocar total o parcialmente resolución anterior ejecutoriada; ni para exigir la clase de exigencia que le hizo a Coloca Ltda. de probar, con año y medio de anterioridad al momento en que se podía llegar a obtener el préstamo en dólares, en Panamá, de la sociedad Panameña, Coloca Internacional, para pagar una futura cuota de 1984 de parte del valor de las acciones negociadas del Banco de Caldas, y mucho menos para hacer tal exigencia que se probara haberse obtenido la autorización de las autoridades cambiarias para tal futura operación de importación de esos dólares a fines de 1984, apenas con un día de anticipación a la entrega del oficio a su destinataria Coloca Ltda." (fis. 81/82, cuaderno principal).

#### *Parte impugnadora:*

La Comisión Nacional de Valores por medio de apoderado se hizo parte en el proceso con el fin de desvirtuar los argumentos esgrimidos en la demanda. Según las alegaciones de su procurador judicial visibles a folios 180/190 del folder de antec. administrativos número 5 éstas se pueden resumir así:

1º Que la Comisión Nacional de Valores no revocó el acto administrativo por medio del cual había autorizado a las sociedades demandantes para adelantar una oferta pública de compra, ni tampoco añadió ningún requisito adicional, toda vez que, uno de los documentos que sirvió de base para otorgar la autorización de oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas fue la declaración bajo juramento rendida por el señor Jorge Castro López, representante legal de Coloca Ltda., es decir que no se trataba de una revocación de la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982 sino de la exigencia de cum-

plir un requisito al cual se había comprometido Coloca Ltda., por lo cual no se puede argumentar que al expedirse los oficios números 114/P y 129/P de 1982, existieron violaciones al Decreto 2733 de 1959 ni al artículo 45 de la Constitución Nacional.

2º Que como lo expresa el artículo 32 de la Carta: "Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección de la economía estará a cargo del Estado...", de lo cual se deduce que es precisamente la Comisión Nacional de Valores la entidad que ejerce funciones de intervención por mandato expreso de la ley, como claramente lo definió la honorable Corte Suprema de Justicia al declarar la exequibilidad de la Ley 32 de 1979. Ello significa entonces "que hubo una intervención para velar por el bien común a que hace referencia el artículo 32 de la Carta, desarrollado en la Ley 32 de 1979, la cual determinó el marco de intervención de la Comisión Nacional de Valores (art. 9º, numeral 18), cual es el de adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley". En el presente caso, en sentir de la impugnadora, "se hacía necesario proteger los intereses de los accionistas que aceptaren la oferta pública, es decir, en documentos de que trata la Ley 32 de 1979. Por lo mismo, el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la oferta pública de acciones del Banco de Caldas no podía quedar sometida a un hecho aleatorio como sería el que Coloca Ltda. se sometiera posteriormente a las disposiciones cambiarias que se encontraran vigentes al momento de hacerse exigible el pago del precio" (fls. 164/165, cuaderno principal).

3º Que es importante señalar que si se tiene en cuenta lo expresado en el memorial de demanda en el sentido de que "el dinero para el pago de las operaciones derivadas de la oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas, en lo que hace referencia a la sociedad Coloca Ltda., sólo sería necesario un año y medio después de vencido el término de la oferta, por cuanto, parece ser, la sociedad Prounida Ltda. tenía recursos suficientes para cumplir los pagos de las acciones", esta afirmación no se compadece con la cláusula primera literal c) del contrato entre las sociedades demandantes como compradoras y José Jesús Restrepo & Cía. S. A. como vendedores, cláusula de acuerdo con la cual "las acciones cuya compra se ofrece serán adquiridas por mitad... por las sociedades compradoras", obviamente en los términos y condiciones que en dicho contrato se expresaban. Además, que tampoco aparece acorde dicha información con el negocio jurídico de cesión realizado entre Coloca Ltda. y Prounida Ltda., el 27 de julio de 1982 (fls. 88/90 antec. admvts. folder número 4), concluyendo que la actuación de la Comisión Nacional de Valores al expedir el marconigrama acusado, no actuó ilegalmente porque la autorización impartida para la oferta pública no generó ni creó una situación jurídica de carácter individual, "pues estaba condicionada al cumplimiento de requisitos tantas veces señalados" (fl. 165, cuaderno principal).

*Pruebas solicitadas por la parte actora y la parte impugnadora:*

En escrito de 6 de mayo de 1983 el señor apoderado de las sociedades demandantes solicitó se tuvieran y se decretaran como pruebas las presentadas y pedidas en la demanda (fl. 101, cuaderno principal). A este pedimento se accedió mediante auto de 24 de mayo de 1983 teniendo como pruebas los documentos allegados a la demanda visibles a folios 7 a 33 del antiguo expediente 4241. Respecto de las declaraciones juradas de Isaac Mildemberg M. y Jorge Castro López representantes legales de Prounida Ltda. y Coloca Ltda. en su orden, no se decretaron por cuanto no se precisó la materia sobre la cual debían versar dichas declaraciones.

En cuanto a las pruebas de la parte impugnadora es preciso señalar que éstas fueron solicitadas en escrito presentado el 6 de mayo de 1983 (fls. 104/106) y se refieren a:

1. Envío de copia de los antecedentes administrativos que reposan en la Comisión Nacional de Valores que precedieron y que llevaron a la expedición de la Resolución número 248 de agosto 9 de 1982 mediante la cual se autorizó a Prounida Ltda. y Coloca Ltda. a la realización de una oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas.

2. La remisión de sendas certificaciones expedidas por Planeación Nacional y la Oficina de Cambios del Banco de la República acerca de si el señor Jorge Castro López o la sociedad Coloca Ltda. obtuvieron o, si quiera, solicitaron permiso para realizar la operación de cambio internacional por medio de la cual, Coloca Internacional prestaría a favor de Coloca Ltda. dinero para la compra de acciones del Banco de Caldas.

3. Interrogatorios a los señores Jorge Castro López e Isaac Mildemberg M., representantes legales de Coloca Ltda. y Prounida Ltda.

4. Interrogatorios a los señores Alvaro Villegas Villegas, Jorge Hernán Arango y Rodrigo Romero Sanclemente firmantes de los contratos suscritos el día 4 de junio de 1982, a que hace referencia el apoderado de la parte actora en el primero de los hechos de su demanda.

5. Inspección judicial con participación de peritos contables sobre los libros, archivos y documentos contables que se encuentren en las oficinas de las sociedades Coloca Ltda. y Prounida Ltda. para corroborar la existencia de los activos líquidos necesarios para el pago de las obligaciones derivadas de la oferta pública de acciones del Banco de Caldas, especialmente para establecer mediante tales documentos la existencia y características de los contratos o promesas de contratos y, la cesión efectuada entre las firmas Prounida Ltda. y Coloca Ltda. de los derechos inherentes a esos contratos por medio de convenio firmado a los 27 días del mes de julio de 1982.

Por auto de mayo 24 de 1983 (fls. 112/115, cuaderno principal) se decretaron las pruebas relacionadas con los puntos 1, 2 y 3 inclusive, parcialmente el aparte del punto 5 referente a la inspección judicial en las oficinas de Coloca Ltda. y Prounida Ltda. con intervención de peritos contadores para establecer los activos líquidos necesarios para el pago de las obligaciones derivadas de la oferta pública (esta última prueba inicialmente decretada, fue revocada por auto de 15 de julio de 1983 visible a folios 125/129 del expediente); en cuanto a los interrogatorios a los señores Villegas Villegas, Jorge Hernán Arango y Romero Sanclemente (punto 4) y la inspección judicial sobre algunos documentos contables y correspondencia para demostrar la existencia de los contratos o promesa de contratos, especialmente la cesión entre Prounida Ltda. y Coloca Ltda. firmado el 27 de julio de 1982, dicho proveído calendarado el 24 de mayo de 1983 no accedió a decretar tales pruebas por cuanto no se enunció suscintamente el objeto de los interrogatorios mencionados (art. 219, C. de P. C.) y tampoco se expresó con claridad y precisión los puntos sobre los cuales versaba la inspección judicial (art. 245 *ibidem*).

Sobre el aspecto probatorio conviene señalar que el señor apoderado de la parte demandante en memoriales de fecha 12 de diciembre de 1983 y enero 24 de 1984 visibles a los folios 203/212 de (los antec. admtyv. folder número 5) insinuó al Consejo de Estado "dictara auto para mejor proveer con el fin de que fuera más clara aún la prueba sobre la existencia del perjuicio causado a las demandantes"; y también que tuviera como prueba la copia del contrato de promesa de compraventa de las acciones del Banco de Caldas que acompañó al escrito de diciembre de 1983 correspondiente al grupo De La Roche toda vez que "debiendo existir en el expediente que obra en la Comisión Nacional de Valores, no fue enviada por ésta". Igualmente en este escrito solicitó "se ordenara inspección judicial, previa exhibición de documentos, sobre los libros de contabilidad y los archivos del Banco de Caldas con el fin de establecer si en el mismo Banco se hicieron por Coloca Ltda. y Prounida Ltda., depósitos a término, en el mes de mayo de 1982, para garantizar el cumplimiento de promesas de compraventa de acciones del mismo Banco de Caldas a diversos accionistas y quiénes son éstos, por qué valor se hicieron esos depósitos, sus números y fechas, qué instrucciones recibió el Banco respecto a dichos depósitos tanto en ese mes de mayo de 1982, como en el mes de junio del mismo año, si el dinero de esos depósitos o su valor fue entregado a los promitentes vendedores de las respectivas acciones y cuándo y en qué proporción a cada uno de ellos; y para qué, si existe en ese Banco copias de los mencionados contratos de compraventa, entreguen xerocopia de ellas al Consejo de Estado, tanto de las celebradas en mayo de 1982, como de las celebradas en junio del mismo año" (fls. 205/206 antec. admtyv. folder número 5).

Respecto a la petición del auto para mejor proveer formulada por el apoderado de las sociedades demandantes (fl. 136, cuaderno

principal), el apoderado judicial de la Comisión Nacional de Valores por medio del oficio de 6 de febrero de 1984 precisó lo siguiente:

“3º En cuanto a se tenga como prueba el contrato de promesa de compraventa de las acciones del Banco de Caldas correspondientes al Grupo De La Roche y que no fue enviado en el expediente formado por la Comisión Nacional de Valores, debo expresar que ello no es posible, simplemente porque no obraba allí; además, si el recurrente consideraba pertinente tal documento, debió aportarlo en su debida oportunidad.

“Lo mismo debe decirse en lo relacionado a llevar a cabo una inspección judicial o al librar un oficio con el mismo fin a las oficinas del Banco de Caldas, oficina principal en Manizales y a la sucursal del mismo ubicada en la carrera séptima entre calles trece y catorce de Bogotá, debió solicitarlo oportunamente” (fls. 197/200 antec. admvts. folder número 5).

A folio 135 del expediente aparece copia del escrito de fecha marzo 5 de 1984 mediante el cual el señor apoderado de Coloca Ltda. y Prounida Ltda. solicita al Consejo de Estado se pida a la Comisión Nacional de Valores el envío de xerocopia del contrato del Grupo vendedor De La Roche, etc., en el cual se expresa:

“En oportunidad solicité como prueba que se pidiera a la Comisión Nacional de Valores que enviara copia de todo el expediente del asunto objeto de mi demanda. Forzosamente tenía que haberse presentado a la Comisión los dos contratos de promesa de compraventa de las acciones objeto de la oferta pública, pues sin ese documento no podía aprobar aquella compra por las demandantes. Y esa Comisión alcanzó a darle aprobación a ambas negociaciones: La del Grupo vendedor Luker, Federación de Cafeteros, y la del Grupo vendedor De La Roche, etc. En las xerocopias enviadas aparece el primer contrato, pero no el segundo o sea con el Grupo vendedor De La Roche, etc. Seguramente por omisión involuntaria”.

Por su parte el apoderado judicial de la Comisión Nacional de Valores al referirse al numeral 20 de la solicitud de reconstrucción formuladas por las sociedades demandantes en el cual se expresa que “igualmente acompañó (en 42 folios por separado, xerocopia auténtica de los documentos complementarios de la negociación de compraventa de las acciones por las sociedades demandantes a los Grupos: Cafetero y Sancho por una parte y De La Roche por la otra; que acompañé a la demanda inicial como parte de los ‘antecedentes’ que se enuncian a mitad del último folio de la misma...” (fl. 214, cuaderno principal) puntualizó al respecto lo siguiente:

“a) Esos documentos no obraban en el expediente que fue destruido por la acción de las llamas en noviembre pasado; si se lee el texto de la demanda inicial y sobre todo ‘los antecedentes que se enuncian en la mitad del último folio de la misma’, por ninguna parte se dice que los referidos negocios hubieran sido aportados;

“b) No se explica para qué si había aportado esos documentos con la demanda inicial se dispuso a solicitarlos en reiteradas ocasiones, desconociendo elementales principios procesales; afortunadamente eso no le fue posible en curso del proceso distinguido con el número 4241; lo que de veras sucede es que realmente no los acompañó, ni los solicitó oportunamente y por lo mismo no se ordenó tenerlos como prueba;

“c) Resulta de la misma manera contradictoria la afirmación según la cual aporta documentos complementarios de la compraventa, si todos sabemos que una promesa de compraventa se da en la etapa previa que por su misma naturaleza no es posterior al contrato que se ha prometido celebrar;

“d) Al apoderado judicial las sociedades demandantes se le ocurrió pensar en la posibilidad de tener como pruebas el contrato de promesa de compraventa celebrado con el Grupo De La Roche, desde el 12 de diciembre de 1983, siete meses atrás, el 24 de mayo; se produjo el auto decretando pruebas, entre las cuales por ninguna parte aparece el mentado documento. Dicho negocio jurídico nunca fue enviado a la Comisión Nacional de Valores ni es un requisito que dicha entidad haya debido exigir; no llegó a ella ni estaba sujeta a conseguirlo o solicitarlo. Los requisitos que han debido cumplirse para autorizar la oferta pública de compra no están constituidos por los que pretenden inventarse, ellos son los contenidos en el artículo 8º de la Resolución número 005 de 1982 expedida por la Sala General que dice:

“La solicitud de autorización de oferta pública de valores deberá presentarse ante la Comisión Nacional de Valores acompañada de la siguiente información:

“1. Proyecto de aviso de oferta, el cual debe contener:

“a) Número mínimo y/o máximos de acciones;

“b) .....

“c) .....

“d) .....

“e) .....

“2. Declaración jurada sobre el origen y monto de los fondos que se vayan a utilizar para la adquisición de las acciones, especialmente las fuentes de las cuales provienen. . .

“3. Estados financieros de la sociedad o persona natural oferente. . .

“4. Cuando se trata de negociaciones sometidas a la autorización de la Superintendencia Bancaria, copia auténtica de la providencia mediante la cual se imparte dicha autorización” (fls. 226/228, cuaderno principal).

Finalmente es importante destacar que en la solicitud de reconstrucción formulada por el apoderado de la parte actora pidió se practicaran las siguientes pruebas:

a) Citación de todos los firmantes de los dos contratos (uno: Con Sucés. de J.J. Restrepo & Cía. S. A. etc. y el otro: Con Germán De La Roche Alvarez en representación del Grupo Central S. A. etc.) para que reconocieran sus firmas y declarasen sobre el depósito constituido en el Banco de Caldas y su cobro; b) Declaraciones de los doctores Hernán Jaramillo Ocampo, César Gómez Estrada, Gustavo De Greiff R. y María Concepción Puello S., quienes intervinieron en la negociación y firma de uno de los dos contratos mencionados; c) Envío de informe o certificación por parte del Presidente del Banco de Caldas, principal de Manizales sobre la constitución del depósito en ese Banco por Prounida Ltda. y Coloca Ltda. “mediante carta de 30 de abril de 1982 por valor de \$265.000.000.00 en conjunto; y para qué fines y sobre el pago de ese dinero que hizo el Banco al Grupo del primer contrato mencionado y al Grupo del segundo contrato mencionado, en qué fecha y por qué se hizo ese pago. . .” y d) Y que “en el caso de que el Banco de Caldas no enviara el informe y la documentación solicitada se practicará inspección judicial. . .” (fls. 214/216, cuaderno principal).

Por tanto, cabe relievar que ni del auto de 19 de diciembre de 1986 que decretó la reconstrucción del expediente; ni del proveído de fecha 24 de marzo de 1987 por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto tanto por la parte actora como por la parte impugnadora y, menos aún, de la providencia de 4 de diciembre del mismo año, que decidió la súplica, se deduce que se haya accedido a decretar las pruebas solicitadas por la parte demandante a las cuales se hizo referencia anteriormente (fls. 232/237, 251/253 y 261/273 del cuaderno principal).

*Alegato de conclusión de la parte actora:*

En escrito presentado el 17 de julio de 1984 el señor apoderado judicial de las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. reitera que

el proceso fue promovido mediante demanda formulada el día 20 de enero de 1982, en ejercicio legítimo de la acción de plena jurisdicción impetrando la nulidad de los oficios de 14 y 20 de septiembre de 1982 dirigidos por la Comisión Nacional de Valores a sus patrocinadas, al igual que del marconigrama o telegrama enviado por esta misma entidad el día 21 de septiembre de 1982 al Banco de Caldas con el fin de que se abstuviera de inscribir traspasos de acciones originados en aceptaciones de dicha oferta por parte de Coloca Ltda. El resumen de los hechos materia del proceso precisa que "el día 4 de junio de 1982, se celebraron dos contratos complementarios el uno del otro, denominados de 'compraventa' de acciones del Banco de Caldas, pero cuya naturaleza es más bien de promesa de compraventa, conforme a los cuales 'Prounida Ltda.' y 'Coloca Ltda.', compraban con sujeción a una serie de condiciones o prometían comprar (para los efectos de esta demanda carece de importancia la naturaleza jurídica de tales contratos) en total, repartidas en dos lotes cada uno en su respectivo contrato, un mínimo de 18.889.994 acciones del mencionado Banco de Caldas, así: 11.500.000 acciones al grupo formado por 'Sucesores de José Restrepo & Cía. S. A.', 'Caja de Ahorros y Fondo de Recompensas y Jubilaciones de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia', 'Compañía Agrícola de Seguros S. A.', 'Compañía Agrícola de Seguros de Vida S. A.' y 'Propaganda Sancho Arturo Arango Uribe & Cía. Ltda.' y 7.189.994 acciones al grupo formado por 'Grupo Central S. A.', 'Compañía de Seguros Atlas de Vida S. A.', 'Compañía de Seguros Atlas S. A.', 'Productora de Gelatina S. A.', 'Unión de Inversiones S. A.', 'Construcciones Protexa S. A.', 'Hernando De La Roche, Jaime Echeverry Elejalde y Miguel Vélez Jaramillo'" (fls. 177 y 178 del cuaderno principal).

Luego de referirse a las incidencias de esta negociación y a la forma como se llevó a cabo la oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores por medio de la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982, a las publicaciones efectuadas conforme a las normas reglamentarias y a la constitución de depósitos a término en el Banco de Caldas por \$ 100.700.000.00 y \$ 164.700.000.00, a favor de los representantes de los vendedores o promitentes vendedores designados al efecto, califica de sorpresiva, ilícita e ilegal la actuación de la Comisión Nacional de Valores al producir el oficio 114 de fecha septiembre 14 de 1982, con la firma de su Presidente Juan Camilo Restrepo Salazar, 35 días después de proferida y ejecutoriada dicha resolución, pues afirma: "Significó una revocatoria implícita de aquella resolución, al exigir nuevo requisito, además innecesario o imposible de cumplir en el término que allí se otorgó..." al igual que la carta de 20 de septiembre de 1982 en la que "solamente prorrogaba el término hasta el 23 del mismo mes, lo cual era física y administrativamente imposible de cumplir, dizque por ser ese día 'la fecha de expiración de oferta de compra', sin considerar que podía ésta haber sido aceptada y cumplida porque los terceros que quisieran aceptar por ser titulares también de acciones debían hacerlo dentro de los 15 primeros días siguientes a su publicación".

Así mismo sostiene que “aparece patente, clara, indudable, la parcialidad y la maliciosa e indebida intención del señor Presidente de la Comisión Nacional de Valores, tendientes a boicotear a toda costa la negociación, ya aprobada por su antecesor, violando el derecho adquirido, desconociendo la resolución ejecutoriada y sin importarle los perjuicios que por su conducta ilícita podía causar” (fl. 185, cuaderno principal).

En cuanto a las pruebas y la responsabilidad del Estado el alegato de conclusión precisa que los distintos documentos allegados al proceso brindan la absoluta certeza sobre la justeza de las pretensiones de las sociedades demandantes; que ha quedado plenamente demostrado que la resolución de 9 de agosto de 1982 emanada de la Comisión Nacional de Valores fue notificada en legal forma y ejecutoriada y por lo tanto, pasó a ser un acto administrativo que creó una situación jurídica concreta, inmodificable por dicha Comisión y por las demás autoridades administrativas. También, observa que los hechos reseñados y pruebas allegadas son el trasunto de las violaciones cometidas por la Comisión Nacional de Valores al desconocer la citada resolución, mediante los actos administrativos cuya nulidad ha impetrado, puesto que con ello se causó ingentes perjuicios patrimoniales a las sociedades que representa. Menciona al efecto la sentencia de 28 de octubre de 1967 de la Sección Tercera de esta Corporación (expediente 1482) que en lo pertinente dice:

“Dentro del juicio contencioso administrativo de plena jurisdicción, la nulidad del acto jurídico administrativo conlleva como consecuencia lógica y necesaria la del restablecimiento del derecho lesionado. Acá, la causa o fuente de la responsabilidad radica exclusivamente en la ilegalidad del acto administrativo, sin que sea necesario investigar otras fuentes de responsabilidad, como la falla o falta del servicio. En los artículos 118, 119, 120, primera parte del 121 y en algunas otras disposiciones adicionales de la constitución se reglamenta la función administrativa del Estado y en las normas 2ª y 16 se señalan los límites de su ejercicio. La Ley 167 de 1941, en armonía con esos textos, desarrolla idénticos principios y organiza las acciones aplicables. Nuestro sistema jurídico concibe la función administrativa como una actividad propia del órgano ejecutivo del poder público encaminada a la realización del derecho (no a su violación, agrego) y el acto administrativo como la resultante directa o inmediata de esa función” (fl. 188, cuaderno principal).

Acerca de los vicios de nulidad de los actos administrativos acusados y sus lesivas consecuencias reitera que al producirse la ejecutoria de la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982 “se constituyó un

derecho y situación jurídica concreta que generaron derechos subjetivos de contenido patrimonial para las sociedades peticionarias y ahora demandantes, que no podían ser desconocidos, ni vulnerados, ni sometidos a condiciones o requisitos nuevos para su ejercicio y satisfacción, por la Comisión Nacional de Valores, ni por autoridad alguna, nacional ni de otra jerarquía, sin violar manifiestamente el invocado artículo 30 de la Constitución Nacional” concluyendo que los actos posteriores de la Comisión Nacional de Valores al exigir nuevos requisitos para la negociación de las acciones del Banco de Caldas, significaron una *implícita revocación de tales providencias* (autorizaciones de la Superintendencia Bancaria y de la misma Comisión) que había otorgado, definitivamente, a las dos (2) sociedades peticionarias el derecho a formular y publicar la oferta pública de compra, a aceptarla, a perfeccionar la compraventa, a recibir los títulos debidamente endosados las compradoras y los pagos de ellos las vendedoras, a registrar la transferencia de las acciones en el libro de accionistas del Banco de Caldas, pues con “ello se violaron los derechos adquiridos por las demandantes”. Y agrega: “Pero si esos actos posteriores significaran solamente una modificación y adición de las autorizaciones y aprobaciones mencionadas, de todas maneras estarían violando el texto constitucional invocado y esos derechos adquiridos, porque *equivaldría a una revocación parcial* que, por sus circunstancias... hacían imposible la negociación... e inclusive al retiro por los vendedores de los depósitos constituidos en el Banco de Caldas abonables al precio de la primera cuota de acciones” (fl. 190, cuaderno principal).

Respecto del caso de adquisición de acciones de propiedad de particulares puntualiza que el Estado a través de los organismos encargados de la vigilancia de los establecimientos cuyas acciones sean objeto de negociación que transfieran su propiedad, solamente pueden exigir los requisitos que la ley autorice y deben respetar los actos administrativos en firme que hayan otorgado las licencias, autorizaciones y aprobaciones que la ley requiera como previas para celebrar y perfeccionar las negociaciones anotando al respecto:

“Y los requisitos que exigió la Comisión Nacional de Valores, de que se le presentara la aprobación por las autoridades cambiarias, con año y medio de anticipación, al préstamo que Coloca Internacional S. A., sociedad panameña, había ofrecido darle a Coloca Ltda. en Panamá, para atender al pago de una cuota del valor total del paquete también total de acciones del Banco de Caldas, que ni siquiera se sabía si sería o no necesario, fue ilegal, abusivo, mal intencionado, y además desconocía los derechos adquiridos de las sociedades compradoras. Esta conducta es contraria al artículo 32 de la misma Constitución Nacional, puesto que éste garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pues aun cuando otorga al Estado la

dirección general de la economía, dispone que éste inter- vendrá, sólo 'por mandato de la ley' " (fls. 191/192, cuaderno principal).

Seguidamente el alegato de conclusión mencionado pasa a refe- rirse al derecho de petición (art. 45, C. N.) y las disposiciones que lo desarrollan (Decreto 2733 de 1959) señalando que si toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades y obtener de éstas pronta resolución, estas normas tienen entre otros el significado de que la "resolución" que se dé por las autoridades a la petición, si con ella se crea un derecho subjetivo o una situación jurídica concreta, una vez en firme, en manera alguna puede ser revo- cada ni expresa ni implícitamente, ni modificada o adicionada (lo cual equivale a una revocación parcial) y mucho menos desconocida; sino que la autoridad debe someterse a la vía contenciosa administrativa para que sea la justicia quien decida ante demanda de dicha autoridad, si hay razón legal para anular total o parcialmente ese acto adminis- trativo añadiendo: "Y como la Comisión Nacional de Valores desco- noció la resolución que había dictado y que se encontraba ejecu- toriada, a la petición para formular la oferta pública de compra de acciones y realizar la compraventa de ellas violó manifiestamente las normas citadas" (fl. 192, cuaderno principal).

Reitera además que los actos administrativos demandados son también violatorios de las Resoluciones 02 de diciembre de 1981 y 032 de febrero de 1982 por cuanto al tenor de tales normas no se faculta a la Comisión Nacional de Valores y menos a su Presidente, para adoptar medidas como las contenidas en los oficios y el telegrama o marconigrama acusados, ni para reformar o adicionar o revocar total o parcialmente resolución anterior debidamente ejecutoriada, ni para exigir la clase de requisitos que le hizo a Coloca Ltda. de probar, con año y medio de anterioridad al momento en que se podía llegar a obtener el préstamo en dólares en Panamá, de la sociedad panameña Coloca Internacional. Añaden los demandantes que fue una exigencia muy especial, con nombre propio, tendiente a boicotear ilícita y par- cialmente, con abuso de poder, una concreta y específica negociación, quizás para beneficiar a otro posterior comprador que sí pudiera ad- quirir esas mismas acciones a precio inferior, como ocurrió preci- samente, preguntándose: Se procedió así "para perjudicar a quienes ya las habían negociado? Y con qué razones? Nada había contra Prounida Ltda. o contra Coloca Ltda. que se hubiera probado o hu- biera ocurrido, que les quitara la aptitud económica y moral para ese negocio, y si los vendedores querían otorgar esos plazos y con- sideraban suficientes las garantías pactadas, la Comisión Nacional de Valores carecía de facultades, al tenor de las normas que he citado, para exigir lo que los vendedores no habían querido exigir, ni para considerar pagadores dudosos a quienes habían dado buenas garan- tías en opinión de los acreedores vendedores" (fl. 199, cuaderno principal).

Respecto de la financiación de la adquisición de las acciones el apoderado de las sociedades demandantes observa:

“Si se lee la declaración juramentada del representante de Coloca Ltda. aparece que esta sociedad contaba en Colombia, con medios suficientes para cumplir los pagos de las acciones y la recapitalización del Banco, a través de sociedades del mismo grupo. Coloca Internacional entre los muchos bienes de su patrimonio tenía inclusive un crédito en dólares, a cargo del Banco del Estado, sociedad colombiana, superior a veintinueve millones de dólares norteamericanos, por préstamos dados en Panamá y Nueva York, consignados en cuentas corrientes bancarias del Banco del Estado en esas dos ciudades extranjeras, y cuyos documentos representativos de la deuda (drafts y recibos de las consignaciones en cuentas del Banco del Estado) se habían hecho conocer de la Superintendencia Bancaria; la posibilidad para Coloca Internacional de dar el préstamo, muy inferior a su crédito (sin contar con el resto de sus activos) era evidente e indiscutible. Por qué entonces el empeño torticero parcializado, ilícito, e ilegal del señor Presidente de la Comisión Nacional de Valores para impedir que la compra de acciones del Banco de Caldas por Coloca Ltda. y Prounida Ltda. se perfeccionará?” (fls. 203/204, cuaderno principal).

En conclusión, el apoderado de la parte actora manifiesta que el proceso aparece “en términos absolutamente diáfanos y por lo mismo irrefutables la nulidad de los actos administrativos acusados, por cuanto con ellos se desconoció en forma arbitraria y abusiva los derechos adquiridos con arreglo a la ley por las sociedades Coloca Ltda. y Prounida Ltda.; lo cual conlleva como consecuencia lógica y necesaria la del establecimiento del derecho lesionado, porque:

“Está plenamente probado en el proceso, la existencia del perjuicio, quedando solamente por determinar o liquidar su monto o valor concreto.

“En efecto:

“a) Se probó la celebración de los contratos de promesa de compraventa, en los cuales actuaron como promitentes compradoras las sociedades demandantes (fls. 83, cuaderno 1º y 59, cuaderno 2º o sea el formado por los documentos remitidos por la Comisión Nacional de Valores);

“b) Se probó con los mismos contratos, que las sociedades promitentes compradoras y ahora demandantes, tenían depositado el dinero de las arras penitenciarías, en el propio Banco de Caldas, en cantidad de \$ 100.700.000.00 por Prounida Ltda. y de \$ 164.300.000.00, por Coloca Ltda., o sea en total \$ 265.000.000.00 (cláusula quinta de los contratos);

“c) Se probó con los mismos contratos, que tan pronto se aprobara la negociación por la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores, el Banco de Caldas entregaría esos \$ 265.000.000.00 a los promitentes vendedores;

“d) Se probó con los mismos contratos, que tan pronto como se dieran las mencionadas autorizaciones, se celebraría el contrato de compraventa prometido;

“e) Se probó que la Superintendencia Bancaria otorgó su autorización a dicha compraventa de acciones (oficios DB-3601 de 28 de julio de 1982 y DB-3652 de 3 de agosto de 1982, previas las solicitudes que se le formularon (fls. 7 a 9, cuaderno 1º);

“f) Se probó que ante la Comisión Nacional de Valores se presentó solicitud para autorización de la oferta pública... y que dicha Comisión por resolución de 9 de agosto de 1982 autorizó a las demandantes para adelantar una oferta pública de compra de 19.168.187 acciones del Banco de Caldas S. A....;

“g) Se probó que la anterior resolución fue notificada a las peticionarias... y quedó ejecutoriada cinco días después (el 15 de agosto a las 6 p.m.), puesto que de las copias del expediente administrativo ante dicha Comisión no aparece que alguien haya interpuesto reposición ni otro recurso dentro del término de ejecutoria, ni después;

“h) Se probó que se hizo la oferta pública de compra de las acciones, por las promitentes-compradoras, ahora demandantes; que dicha oferta fue aceptada oportunamente por los promitentes vendedores; que los títulos de las acciones fueron puestos a disposición para perfeccionar la compraventa (cuaderno 2º o sea de copias enviadas por la Comisión, fls. 1 a 51);

“i) Se probó que con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de la Comisión Nacional de Valores, de 9 de agosto de 1982, revocando implícitamente su anterior resolución ejecutoriada y modificándola expresamente, exigió nuevos requisitos, dando para cumplirlo un plazo írrito e imposible de cumplir, y además requisitos que no tenía facultad legal para exigir y que eran injustos e inoportunos, haciendo imposible la compraventa prometida, ofrecida públicamente y aceptada...;

“j) Se probó que la conducta de la Comisión Nacional de Valores, hizo imposible cumplir los contratos de promesa de compraventa por parte de las sociedades promitentes

compradoras, no sólo en el término señalado para ello en la promesa, sino aún después;

*“k) Todo lo anterior prueba plenamente un perjuicio patrimonial y moral, para las promitentes compradoras, ahora demandantes, recibido por los actos de la Comisión, acusados de nulidad, pues es obvio que causa perjuicio económico o patrimonial y moral:*

“a. No poder cumplir unas promesas de compraventa;

“b. No poder adquirir el control de un Banco importante que dichas promesas aseguraban;

“c. No poder recibir los beneficios propios de esa compra de la mayoría de las acciones del Banco y de su control posterior;

“d. Haber tenido depositados en el Banco de Caldas (como lo prueban los contratos de promesa, en la cláusula 5ª) \$ 265.000.000.00, para que fueran entregados a los promitentes vendedores tan pronto se obtuvieran las autorizaciones de la Superintendencia y la Comisión Nacional de Valores, aún cuando no se hubieran entregado a ellos esos millones, pero la verdad es que sí fueron entregados;

“e. Haber efectuado gastos de gestiones profesionales, ante la Superintendencia y la Comisión Nacional de Valores (la doctora Puello aparece representando a los demandantes), gastos de publicaciones en periódicos para la oferta pública, etc.;

*“l) Hay, pues plena prueba, de un perjuicio genérico o abstracto, que sólo requiere el trámite del incidente de liquidación que contemplan los artículos 307 y 308 del C. de P. C., que según jurisprudencia de ese honorable Consejo de Estado, son aplicables a los procesos contencioso administrativos” (fls. 205/209 del cuaderno principal).*

Finalmente, es preciso anotar que el apoderado de las sociedades demandantes con motivo del traslado a las partes para alegar, insinuó que con fundamento en el artículo 169 del nuevo Código Contencioso Administrativo se decretaran pruebas de oficio (oficiar al Banco de Caldas para que enviara fotocopias de los contratos suscritos con los representantes legales de los Grupos Sucs. de J.J. Restrepo y Cía. S. A. y De La Roche, inspección judicial, etc.) en razón “del interés público que hay en el esclarecimiento de los hechos de todo proceso contencioso administrativo e inclusive civil; y porque la manifestación de la Comisión Nacional de Valores de que no existe en su archivo el tal contrato no puede aceptarse, a menos que fuera sustraído, porque sin

ese contrato a la vista no podía la Comisión dar la autorización que inicialmente dio a la operación...". Así mismo solicitó se señalara fecha y hora para una audiencia pública, en vista de la enorme importancia doctrinaria y patrimonial que tiene ese negocio (fs. 210/211, cuaderno principal).

*Concepto fiscal:*

En su vista fiscal número 1.100 de 12 de junio de 1985 el señor Agente del Ministerio Público en primer término, precisa que en el negocio en estudio, oferta pública de compra de acciones en el mercado, secundario de valores, la normatividad vigente en el momento de expedición de los actos acusados, eran: La Ley 32 de 1979, el Decretoley 1169 de 1980, el Decreto 3604 de 1981 y la Resolución 002 de 1981 de la Sala General de la Comisión Nacional de Valores, haciendo a continuación una suscinta transcripción de tales normas.

Luego de referirse cronológicamente a los antecedentes de la Resolución 248 de 9 de agosto de 1982, y a los cargos imputados a los actos acusados (oficios de 14 y 20 de septiembre de 1982 y el telegrama de septiembre 21 de 1982), hace el análisis de cada uno de los cinco (5) cargos formulados en la demanda, de los cuales se destaca lo siguiente:

"1. Expedido el acto administrativo (Resolución 248 de 1982) mediante el cual se refundió en uno solo la voluntad del Estado, expuesta por medio de la Superintendencia Bancaria y la Comisión Nacional de Valores, éste dio vida y eficacia jurídica a aquellos a negocios jurídicos previos a la oferta pública, de tal manera, que sólo era de esperar el término de la oferta pública autorizada, para entrar a cumplir las obligaciones y prestaciones bilaterales de los contratos. Aquí es, en sentir de este Despacho, en donde radica el punto crítico del litigio.

"Pero todo ello guarda relación con los perjuicios presentamente causados y cuya declaración impetran las demandantes, que serán analizados, mas no hace relación directa con los actos acusados, a no ser, con la interferencia que dichos actos tuvieron con el desarrollo de la oferta pública autorizada.

"La oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de Valores, se adelantó hasta antes de terminar el plazo...; cuando iba a culminar el plazo o término, se produjo la expedición de los dos primeros actos administrativos (oficios números 114/P y 129/P) que produjeron cierta confusión en una de las sociedades oferentes, como que a ella estaban dirigidos, y culminó con la expedición del marconigrama de 21 de septiembre, fecha en la cual aún no terminaba el plazo

de la oferta pública y por lo tanto, no se había consolidado la posición de unos y otros.

“Es evidente que con la expedición de la resolución que autorizó adelantar la oferta pública, se determinaron derechos subjetivos a los autorizados, que como es apenas obvio, también surgieron de ella, obligaciones de dichos beneficiados para con la Comisión Nacional de Valores, directamente, y para con los accionistas mayoritarios aceptantes de la oferta pública, en forma indirecta en relación con los negocios jurídicos previamente pactados, y directamente, en cuanto hace relación con la aceptación de la oferta pública”.

“2. Si la Resolución número 248 de 1982 produjo una situación subjetiva y concreta a los solicitantes de la oferta pública, que en los términos y condiciones establecidas en el mismo acto que la autorizó, no la desvirtúa.

“Lo que sucedió, es que no obstante haberse cumplido parte de la oferta pública, ésta no pudo culminar precisamente por la interferencia ocasionada con la expedición de los oficios 114/P y 129/, que añadieron un ingrediente adicional a los requisitos exigidos para su otorgamiento, y que hace relación con el contenido de dichos oficios, en los cuales se exige a una de las sociedades oferentes el cumplimiento de algo que no trae el reglamento en el cual se basaron, no sólo la Comisión Nacional de Valores, sino también, las sociedades peticionarias de la oferta pública, cual es de ‘explicaciones de la modalidad que tendría la operación mencionada (operación de cambio internacional), así como la copia auténtica de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades cambiarias competentes impartieron la respectiva autorización. Este requisito adicional agregado fuera de tiempo... , sí cambió las reglas de juego, interfiriendo indebidamente el buen desarrollo de la oferta pública autorizada, y que remató, con la expedición del marconigrama de 21 de septiembre de 1982, pues con él, se impidió concluir las operaciones aprobadas por la Superintendencia Bancaria y autorizada por la misma Comisión’” (fls. 169/172, cuaderno principal).

De manera pues, que analizados globalmente los cargos formulados en la demanda y efectuadas algunas observaciones sobre el oficio 141/P de 7 de octubre de 1982 en el cual la Comisión Nacional de Valores se refiere a que “entre dos sociedades oferentes existía una solidaridad activa”, la Fiscalía concluye su concepto en los siguientes términos:

“Es evidente, y del estudio de los cargos así se concluye, que hubo violación de la Resolución número 002 de 1981, en

los artículos invocados en la demanda como infringidos; del artículo 1º, numeral 1º de la Resolución 032, ambas de la Comisión Nacional de Valores y de superior jerarquía normativa; y del artículo 5º del Decreto 3604 de 1981.

“Como consecuencia de dicha violación, se violaron indirectamente los artículos mencionados de la Constitución Nacional, por desconocimiento de unos derechos definidos previamente; además, se violaron, en especial el 24, los artículos del Decreto-ley 2733 de 1959.

“En conclusión, la Fiscalía considera que los actos demandados deben ser anulados, como con todo comedimiento y respeto, se solicita del honorable Consejero, así lo declare” (fs. 174/175, cuaderno principal).

#### *Audiencia pública:*

Por auto de 22 de marzo de 1988 se decretó la práctica de la audiencia pública solicitada por el apoderado judicial de la Comisión Nacional de Valores la cual se realizó el día 18 de mayo de 1988 en la Sala de Audiencias de la Corporación y en cuya acta aparece consignado lo siguiente:

“Abierta la audiencia pública se concedió la palabra al apoderado judicial de la demandada, doctor Cárdenas Mejía, quien después de hacer el recuento del proceso y criticar la demanda enfocó su exposición a demostrar que con el oficio 129/P de 20 de septiembre de 1982, dirigido por la Comisión Nacional de Valores a Coloca Ltda., en respuesta a la carta enviada por ésta a la Comisión Nacional de Valores, no revoca implícitamente la Resolución número 248 de 9 de agosto de 1982, por la cual se autoriza a las sociedades Coloca Ltda. para adelantar oferta pública de compra de 19.168.187 acciones del Banco de Caldas y dispuso, los plazos y forma de pago, pues en ninguna de las normas acusadas se expresa, que se desautorizaba la oferta pública que se adelantaba, ni se informó a la opinión pública que la oferta carecía de validez, que sería el mecanismo que debía adoptarse para revocar la autorización, antes de que el acto produjera sus efectos.

“El oficio número 129/P de 20 de septiembre de 1982, por el cual se le daba respuesta a la carta de septiembre de ese año, dirigida al representante de Coloca Ltda., señor Jorge Castro López, no conlleva implícitamente la revocatoria de la resolución de la oferta pública, cuando ya las sociedades habían depositado en el Banco de Caldas \$ 100.700.000.00 y \$ 164.300.000.00, cifra que se elevó en la oferta pública sin

justificación aparente a la suma de \$ 400.000.000.00. Aunque estos depósitos existieran, no era del conocimiento de la autoridad administrativa y por ello no podían tenerse en cuenta, pues el señor Castro López manifestó en la declaración jurada que el dinero lo obtendría de un préstamo que haría a Coloca Internacional, sociedad panameña, por lo cual debió proceder a conseguir autorización de las autoridades colombianas para la operación que debía realizar y a la cual le era aplicable el artículo 128 del Decreto 444 de 1967, que era otra de las razones para concluir que no hubo revocación de la aludida resolución.

“Antes de ser autorizada la oferta pública, Coloca Ltda. cedió a Prounida Ltda. el 50% de la totalidad de los derechos y obligaciones en la compra de las acciones del Banco de Caldas que resultaran de la oferta pública, que se encontraba en trámite. Todo esto sucede antes de la declaración jurada hecha por el señor Castro López, el 6 de agosto de 1982; operación que sólo vino a ser conocida por la Comisión Nacional de Valores el 5 de octubre de ese mismo año, al ser informada por algunos aceptantes de la oferta. Si no existe revocación como lo pretenden los demandantes, lo lógico es que aún cuando exista una autorización expedida por una determinada autoridad, el particular queda sometido a la vigilancia de la autoridad competente. Postulado que es compatible con la naturaleza de la función que ejerce la Comisión Nacional de Valores.

“Por último afirma que no están probados los perjuicios causados con la determinación tomada por la Comisión Nacional de Valores, que constituirían la base para una condena, pues sólo invoca como perjuicio la negativa de los vendedores de las acciones para restituir los dineros recibidos con base en la oferta pública autorizada, quienes alegaron incumplimiento del contrato por culpa de las sociedades demandantes.

“En uso de la palabra el apoderado de las sociedades demandantes, doctor Devis Echandía, reafirmó las tesis de la demanda en cuanto a la revocatoria implícita o tácita de la Resolución número 248 de 1982, por medio del Oficio número 129/P de 20 de septiembre de 1982, con clara violación del Decreto 2733 de 1959, al desconocer la situación jurídica individual y concreta de las compañías demandantes. Para cumplir sus compromisos los demandantes habían depositado en el Banco de Caldas una suma considerable de dinero, parte del pago de las acciones, el resto lo haría con crédito de Coloca Internacional, como se acostumbra en las grandes transacciones comerciales, para lo cual la Resolución número 248 les concedía varios plazos para el pago de éstas. Conce-

da la palabra al señor Fiscal, manifestó que no intervenía" (fls. 278; 279/282 del cuaderno principal).

Dentro de la oportunidad legal prevista en el inciso 3 del artículo 147 del Decreto 01 de 1984, el apoderado de la Comisión Nacional de Valores presentó un resumen escrito de su intervención del cual merece resaltar lo siguiente:

*"1. Respecto de la revocatoria de los actos administrativos:*

"De conformidad con el Decreto 2733 de 1959, vigente en la época en que se produjeron los actos acusados. 'Cuando un acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular'.

"Al precisar el significado de tal disposición, siguiendo el principio consagrado en el artículo 27 del Código Civil, aparece que el sentido natural y obvio de revocar 'es dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución' (Diccionario de la Real Academia).

"La revocación de un acto implica entonces la privación de sus efectos por un acto posterior.

"Es éste el mismo sentido que ha fijado la doctrina al señalar que la revocación del acto administrativo es 'una manifestación unilateral de voluntad de la administración pública por la que se lo retira del mundo jurídico' (Diez Manuel María. El acto administrativo, pág. 288) o al precisar que 'la revocación implica la supresión o aniquilación total o parcial de su contenido por parte de un órgano de la administración activa' (Michel Stansinopoulos. *Traité des Actes Administratifs*, pág. 243).

"De esta manera para determinar si un acto administrativo ha sido revocado por otro es menester examinar si el acto posterior suprime el contenido del acto anterior, si lo priva de efectos. Es claro que como toda manifestación de voluntad aquella que constituye una revocación puede ser expresa o tácita. La revocación será expresa cuando explícitamente se priva de efectos al acto. La revocación tácita supone una voluntad inequívoca pero no explícita que se manifiesta a través de otro acto administrativo.

"La revocatoria tácita equivale a la derogatoria tácita, la cual supone que la norma anterior es incompatible con disposiciones posteriores (art. 3º de la Ley 153 de 1887) o más

precisamente, que la ley nueva contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la anterior (art. 71 del C. C.).

“Desde este punto de vista es claro que no existió una revocatoria expresa de la Resolución número 248 de 1982. En efecto, ninguno de los actos acusados expresa que se desautoriza la oferta pública que se adelantaba. Tampoco se informó a la opinión pública que la oferta no tenía validez. Este último hubiera sido el mecanismo que debió adoptar la Comisión Nacional de Valores si hubiese querido revocar su autorización y evitar que el acto produjese efectos.

“Tampoco existió revocatoria tácita. Esto es evidente si se observa que los actos acusados no impidieron que se produjera la oferta y que ella fuese aceptada, pues el contenido de dichos actos administrativos no era incompatible con el de la Resolución 248 de 1982. Más aún los actos acusados precisamente parten de la base de que existía una oferta que al ser aceptada producía efectos jurídicos y tienden a salvaguardar los intereses de los aceptantes de dichas ofertas.

“Además, señala Díez: ‘La revocación tácita debe ser de interpretación restringida ya que la administración debe manifestarse en forma clara. Si se trata de revocar un acto anterior, la manifestación de voluntad no puede ser ambigua y en caso de duda habrá que mantener el acto anterior’ (Ob. cit., pág. 310).

“Desde este punto de vista puede observarse que consta en el expediente que la oferta se publicó y que la misma fue aceptada por diversas personas, entre ellos varios accionistas minoritarios del Banco de Caldas que en comunicación radicada el 5 de octubre de 1982 manifestaron a la Comisión Nacional de Valores lo siguiente (fl. 312 del cuaderno 4°):

“‘No obstante haberse perfeccionado con nuestra aceptación la oferta, el acuerdo de compraventa promovido con la Resolución número 248 citada en un principio, ni Pro-unidas Ltda., ni Coloca Ltda. dieron cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma resolución’.

“Si la oferta se realizó y se recogieron las aceptaciones correspondientes es evidente que no puede hablarse de una revocación del acto administrativo que autorizó dicha oferta.

“Para precisar aún más que los actos administrativos acusados no impedían que se realizara la oferta y ésta produjera sus efectos es conveniente precisar los efectos inmediatos de la oferta. Sobre el particular ha señalado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de la honorable Corte

Suprema que la adquisición de un bien determinado supone dos elementos, un título y un modo, que aunque vinculados son distintos.

“El título es la causa remota de la adquisición, el modo la causa próxima. Aquel es porque se adquiere, éste como se adquiere. El título en este caso está constituido por el contrato, el modo por la tradición.

“Desde este punto de vista la oferta, que se puede definir como el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra que contiene los elementos esenciales del negocio y es comunicada al destinatario (art. 845 del C. de Co.), es un acto unilateral que da lugar a la formación del contrato, esto es al título. Aceptada la oferta surge el contrato y nacen obligaciones para las partes (art. 864 del C. de Co.). Fue ésto lo que sucedió al formularse la oferta pública de compra y ser ésta aceptada por los destinatarios. Ninguno de los actos acusados impidió que se realizara la oferta y que como consecuencia surgieran los contratos correspondientes.

“La inscripción de las acciones en el libro de registro de accionistas es apenas el modo, la tradición necesaria para transferirlas, lo cual es claramente distinto a la oferta formulada y al contrato que surgió al ser aceptada. La orden de la Comisión Nacional de Valores contenida en el marcognrama de 21 de septiembre de 1982 se refería a este último aspecto y por ello no constituía una revocación de la Resolución 248 del mismo año. Es más refiriéndose a una etapa ulterior, como es la tradición, la orden expedida presuponia necesariamente que la etapa anterior, esto es la oferta y los contratos que por ella surgían, estaban produciendo efectos. En el fondo la Comisión Nacional de Valores sólo estaba asegurándose de que dichos contratos se cumplieran regularmente.

“Es entonces claro que no existía una revocación de la Resolución 248 de 1982” (fls. 287/289, cuaderno principal).

*“2. En relación con las funciones de policía administrativa:*

“Si no existió revocación lo que en realidad pretende el demandante es que expedida una autorización para desarrollar una determinada actividad, el particular puede realizar tal conducta sin que la administración pueda intervenir nuevamente en ese campo. Este postulado no es compatible con la naturaleza de las funciones de la Comisión Nacional de

Valores ni con aquellas funciones policivas que ejercen otras autoridades, como se precisa a continuación:

“4.1. Las funciones policivas.

“De conformidad con el artículo 1º de la Ley 32 de 1979 la Comisión Nacional de Valores fue creada con el propósito de estimular, organizar y regular el mercado público de valores. Para tal fin la ley le otorga una serie de funciones que se pueden calificar, en muchos casos, de atribuciones de policía en el mercado de valores (la mayor parte de los numerales del art. 9º de la Ley 32 de 1979) y que se desarrollan a través de prescripciones generales y de medidas individuales. Esta policía fue creada por el legislador en razón a la importancia que presenta el mercado de valores para un sano desarrollo de la economía.

“La naturaleza policiva de las funciones de la Comisión Nacional de Valores tiene fundamental importancia para determinar el régimen de los actos que expide y de las autorizaciones que imparte.

“En efecto, si a una autoridad administrativa se le atribuye una función de regulación permanente sobre una determinada actividad —como ocurre con la Comisión Nacional de Valores—, dicha función no puede entenderse agotada por el simple hecho de que haya impartido una autorización para desarrollar una conducta. El hecho de que una autoridad autorice el funcionamiento de un establecimiento no puede privar a esa autoridad de la competencia necesaria para velar porque se mantengan los supuestos de hecho en virtud de los cuales otorgó la autorización respectiva y para que establezca nuevas regulaciones sobre el desarrollo de dicha actividad en la medida en que sean necesarios para el fomento del interés público. Si la autoridad administrativa no pudiera intervenir nuevamente en el desarrollo de la actividad que el legislador consideró que debía ser objeto de regulación permanente, por ser de interés público, se determinaría permitiendo que se lesionara dicho interés. De la misma manera, si la autoridad de policía que imparte una autorización no vela porque se mantengan los supuestos por los cuales se otorgó la autorización y que además dicha actividad se ajuste al interés público incurriría en negligencia en el ejercicio de sus funciones con grave violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Política.

“En el caso concreto del mercado de valores corresponde a la Comisión Nacional de Valores velar por que se mantenga el orden público en el mismo ejerciendo, entre otras, las funciones de vigilar que quienes participen en el mercado

se ajusten a las disposiciones que lo regulan (art. 9º, ordinal 16 de la Ley 32 de 1979) y adoptando las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata la Ley 32 (*ibidem* ordinal 18).

“Es por esta consideración que la doctrina tradicionalmente sostiene que las autorizaciones de policía no crean derechos y por ello son revocables (De Laubadère. *Traité De Droit Administratif*. Tome 1 número 781).

“Es por lo mismo que se afirma que los permisos de policía no confieren derechos irrevocables a los particulares. En tal sentido precisa Díez: ‘La revocación tiene límites que provienen en parte de las leyes y en parte de ciertos principios jurídicos. Estas limitaciones se refieren a los actos administrativos favorables... y tiene por finalidad proteger los derechos y las situaciones jurídicas del destinatario... El acto administrativo favorable funda un derecho del destinatario solamente cuando asegura algo a éste de modo positivo... Un principio diferente ocurre cuando el acto administrativo permite algo que está prohibido bajo reserva de permiso —lo que ocurre con las ofertas públicas—. Así con el permiso policial. En este caso no se confiere nada positivo sino que se restablece su libertad natural de acción. De allí la libre revocabilidad de los permisos de policía’ (Ob. cit. pág. 333).

“En aplicación de las mismas ideas se señala se puede revocar un permiso cuando la situación material que sirve de causa al acto ha cambiado de tal manera que si la entidad tuviese que otorgar el permiso en ese momento no lo haría (Stassinopoulos. Ob. cit., pág. 281).

“En realidad en este evento más que revocación se trata de que la entidad que a la cual corresponde la función de policía administrativa ejerce un control permanente que le permite velar porque se mantengan los supuestos de hecho en virtud de los cuales se expidió la autorización y adoptar las medidas adecuadas para conciliar el desarrollo de esa actividad con el interés general.

“Es por esta razón que aun cuando se llegara a cancelar totalmente la autorización inicialmente concedida no podría hablarse de revocación porque como dice Stassinopoulos: ‘La privación de efectos jurídicos de un acto por otro acto independiente de éste no se identifica con la revocatoria del primero. El nuevo acto se emite independientemente del precedente, sin que se tenga cuenta de su legalidad u oportuni-

dad en tanto que el acto revocatorio invoca siempre razones relacionadas con el acto revocado' (Traité des actes administratifs, pág. 246).

"Es claro entonces que la expedición de la Resolución 248 de 1982 no privara a la Comisión de la competencia para verificar que se mantuviera el supuesto de hecho que fundó dicho acto administrativo y además para tomar las medidas complementarias necesarias para cumplir sus funciones policivas, especialmente aquellas previstas en el artículo 9º, ordinal 18 de la Ley 32 de 1979.

"En este punto conviene precisar que como lo ha señalado reiteradamente el honorable Consejo de Estado, los derechos que ampara el artículo 30 de la Constitución Nacional son aquellos conferidos por las leyes civiles por lo cual no es pertinente, como lo hace el actor, invocar la violación de derechos adquiridos en el caso de normas administrativas. Dijo así el honorable Consejo de Estado al referirse al artículo 30 de la Constitución:

"'Dos notas se ponen en relieve a primera vista: 1. Que los derechos que no deben ser desconocidos por leyes posteriores son los adquiridos con arreglo a las leyes civiles; y 2. Que el conflicto entre derechos de los particulares y la utilidad pública o el interés social se resuelve a favor de los intereses de la comunidad. Algún sentido debe darse a la expresión leyes civiles... Así podríamos indicar que hay diferencia sustancial entre las leyes que regulan las relaciones entre los particulares, es decir las relaciones de los gobernados entre sí y aquellas que se refieren a las relaciones gobernantes gobernados. Las primeras son sin duda leyes civiles cuya aplicación deja amplio margen para que se exprese libremente la autonomía de la voluntad, en la aplicación de las segundas la autonomía de voluntad del gobernado prácticamente no existe. En el primer caso hay equilibrio de derechos y poderes; en el segundo hay subordinación de un sujeto frente a otro. De esta primera y ligera confrontación surge obvio el criterio de que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas no son los que protege el artículo treinta de la Constitución.

"'Como en el conflicto entre los derechos de los particulares y la utilidad pública o interés social debe prevalecer esté último criterio, no habría inconveniente en aceptar que derechos adquiridos conforme a las leyes administrativas pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores' (Sentencia 3 de octubre de 1968. Sección Cuarta. *Anales* año 1968, Tomo 75, pág. 168).

*"3. Respecto de los recursos para cumplir la operación de adquisición de las acciones:*

"En declaración jurada rendida ante funcionarios de la Comisión Nacional de Valores el seis de agosto de 1982 el señor Jorge Castro López, representante de Coloca Ltda., dijo (fl. 79 del cuaderno 4º):

"'El monto de las operaciones referentes a la compra de acciones del Banco de Caldas es más o menos mil trescientos cincuenta millones de pesos. En relación con el origen según Acta número 116, Coloca Ltda. me autorizó a mi Jorge Castro López a solicitar los recursos a Coloca Internacional que tiene domicilio en Panamá: *De esta empresa provienen los fondos de la negociación.* Los trámites legales con otras entidades estatales para esta operación estamos dispuestos a cumplirlos Coloca Internacional se comprometió a entregarme la plata a dieciocho meses en Colombia' (he subrayado).

"El supuesto de hecho del acto administrativo, cuya desaparición de acuerdo con el principio fijado por el artículo 66 del Código Contentencioso Administrativo determina la pérdida de su fuerza ejecutoria (regla vigente en la época por ser un principio de Derecho Administrativo), consistía en que Coloca Internacional hiciera un préstamo a Coloca Ltda. y que se obtuviera la autorización respectiva de las autoridades cambiarias.

"Es importante observar que la declaración jurada no se señala que parte de la operación se financiaría con recursos propios o con otras fuentes distintas a Coloca Internacional, sino que por el contrario se afirma que los recursos provendrían de Coloca Internacional. De manera que no es exacta la afirmación del apoderado de los demandantes en el sentido de que los recursos internacionales sólo serían necesarios un año y medio más tarde y que ni siquiera se sabía si eran necesarios o no. Sobre las otras afirmaciones relativas a este punto hechas por el apoderado de los demandantes se pueden hacer las siguientes consideraciones:

"—Sostiene el apoderado de los actores que las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. tenían constituidos depósitos en el Banco de Caldas por cien millones setecientos mil pesos (\$ 100.700.000.00) y por ciento sesenta y cuatro millones trescientos mil pesos (\$ 164.300.000.00). Vale la pena señalar cómo dicha cifra se elevó en la audiencia pública sin justificación aparente a cuatrocientos millones de pesos. Aun cuando estuviere probado que dichos depósitos existían,

debe observarse que por una parte no eran conocidos por la autoridad administrativa y por ello no podían servir de fundamentos a sus actos y que, por la otra, su valor era muy inferior a aquel que deberían pagar las sociedades oferentes de conformidad con los términos de la oferta autorizada por la Comisión Nacional de Valores. En efecto, el artículo 2º de la Resolución 248 de 1982 dispone:

“Las sociedades oferentes pagarán el cuarenta por ciento (40%) de las acciones que cada accionista acepte vender a un precio unitario de ciento quince pesos (\$115.00) los que se *cancelarán en efectivo y de contado*. El veinte por ciento (20%) siguiente a un precio de ciento cuarenta pesos (\$140.00) que se cancelarán con títulos valores de contenido crediticio con vencimiento de doce meses y el cuarenta por ciento (40%) restante tendrá un precio unitario de ciento cincuenta pesos con sesenta y un centavos (\$150.61) que será cancelado con títulos valores de contenido crediticio con fecha de vencimiento a dieciocho meses” (he subrayado).

“Del texto transcrito resulta clarísimo que el precio del cuarenta por ciento de las acciones se pagarían *de contado* esto es ‘al instante, inmediatamente, luego, al punto’ (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Es entonces falsa la afirmación del apoderado de los demandantes en el sentido de que había plazo para el pago de todas las acciones. Si el cuarenta por ciento debía ser cancelado a un precio unitario de ciento quince pesos (\$115.00) en efectivo y *de contado* y si las acciones que ofrecían comprar eran diecinueve millones ciento sesenta y ocho mil ciento ochenta y siete (\$19.168.187) resulta que debían pagarse de contado siete millones seiscientos sesenta y siete mil doscientos setenta y cuatro (\$7.667.274) acciones, que, al precio fijado en la oferta, significaban una erogación de ochocientos ochenta y un millones setecientos treinta y seis mil quinientos diez pesos (\$881.736.510), cifra que sobrepasa ampliamente las sumas que se pretende estaban depositadas en el mismo Banco de Caldas. La sociedad Coloca Ltda. no tenían recursos suficientes para cumplir la operación.

“—De acuerdo con su declaración de renta la sociedad Coloca Ltda. tenía un patrimonio bruto de \$129.311.156 obligaciones financieras por \$127.852.335 y un patrimonio líquido de un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000.00), lo cual claramente demostraba la incapacidad financiera de la sociedad (fls. 38 a 48 del cuaderno 4º). Era entonces decisivo, en el desarrollo de la oferta, que se obtuviera el préstamo respectivo de Coloca Internacional —sociedad panameña— previa la autorización de las autoridades cambiarias” (fls. 294/296 del cuaderno principal).

“4. *En cuanto al perjuicio económico:*

“Si todas las consideraciones anteriores no fuesen suficientes debe observarse que no está probado el perjuicio que constituiría la base esencial de una condena en abstracto.

“En efecto los demandantes invocan para justificar el perjuicio los contratos de compraventa cuya existencia ignoraba la Comisión Nacional de Valores. Dichos contratos no fueron en su totalidad incorporados regularmente al proceso. Además, la prueba de los certificados de depósito que alega el apoderado de los demandantes tampoco obra en el proceso.

“De otra parte, los contratos mencionados no constituyen prueba suficiente de la existencia de un perjuicio por varias consideraciones:

“1. Porque al estar sometidos a una oferta pública debían ajustarse a las condiciones de la misma. De esta manera resulta que el precio respectivo debía ser pagado de acuerdo con lo señalado en la oferta y según se ha demostrado Coloca Ltda. carecía de los recursos para cumplirlos, porque la operación de cambio exterior que pretendía realizar con Coloca Internacional era imposible jurídicamente. Dichos contratos estaban destinados a incumplirse.

“2. Porque entre las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. se celebró un contrato el 27 de julio de 1982, es decir antes de la autorización para realizar la oferta pública, por el cual la segunda cedió a la primera sus intereses en la oferta respectiva. Posteriormente a dicho convenio la Comisión Nacional de Valores conceptuó por oficio 141/P de 7 de octubre de 1982 (fl. 312 del cuaderno 4º) que dicha cesión podía producir válidamente sus efectos siempre que se acreditara el monto de los recursos adicionales para pagar las acciones. Exigencia elemental para tener seguridad que los contratos respectivos podrían cumplirse.

“De esta manera bastaba que Prounida respetando el contrato que había celebrado acreditara los recursos adicionales para obtener la autorización respectiva y adquirir las acciones. Si algún perjuicio sufrieron las sociedades proviene de su propio hecho y nadie puede alegar su propia culpa. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (No puede oírse al que alega su propia torpeza).

“3. Porque si lo que se pretende es que las sociedades Prounida Ltda. y Coloca Ltda. sufrieron un perjuicio por cuanto los vendedores de las acciones en los contratos que se han invocado se negaron a restituir las sumas que habían

recibido, se está invocando una de dos cosas o la propia culpa de quien pretende la indemnización o un hecho ilícito de un tercero.

“En efecto, si los vendedores no restituyeron dichas sumas fue por una de dos razones:

“a) —Porque existió un incumplimiento culpable de las sociedades demandantes, caso en el cual no se ve porque la administración deba responder por esos perjuicios; o

“b) —Porque los vendedores actuaron indebidamente al efectuar dicha retención. En este evento no hay fundamento para que la administración soporte las consecuencias de un hecho ilícito de un tercero. En efecto, si la pretendida revocatoria existió se habría producido un clásico hecho del principio que impedía el perfeccionamiento o el cumplimiento del contrato. En tal evento el contrato no se habría cumplido por una fuerza mayor y por ello Prounida Ltda. y Coloca Ltda. no tendrían porqué cumplir sus obligaciones. De esta manera si los vendedores retenían las sumas entregadas lo hacían irregularmente y las sociedades compradoras podrían exigir la restitución. En tal caso el único que podía invocar un perjuicio eran los vendedores y no los compradores. Debo observar que el apoderado de los demandantes, en la audiencia, se refirió a la existencia de un proceso civil para obtener la restitución correspondiente, en tal caso lo que se está buscando es obtener una doble indemnización a expensas de la administración.

“De las consideraciones expuestas se concluye:

“—Que no existió una revocatoria expresa o tácita de la Resolución 248 de 1982;

“—Que expedido este acto administrativo la Comisión Nacional de Valores conservaba las facultades necesarias para velar porque se cumpliera el supuesto hecho que fundaba su autorización y que se asegurara la protección de los inversionistas;

“—Que en desarrollo de lo anterior la Comisión Nacional de Valores podía requerir la información que solicitó y dar las instrucciones que impartió por cuanto el acto administrativo se fundó en un supuesto jurídicamente imposible;

“—Que Coloca Ltda. actuaba en el fondo como testaferrero de Prounida Ltda., lo que justificó la actuación de la Comisión Nacional de Valores y

“—Que, finalmente, no existe prueba suficiente de un perjuicio reparable” (fls. 301/303, cuaderno principal).

*Consideraciones de la Sala:*

El primero de los aspectos a dilucidar es el referente a la validez legal de los actos acusados, cuya nulidad alegada por las sociedades demandantes, de resultar demostrada daría pie para el estudio del segundo aspecto pretendido por las actoras, o sea, si se causaron perjuicios y si ellos deben ser indemnizados y en qué forma. En el caso contrario, ésto es si considera que no es procedente una decisión anulatoria, se estimaría innecesario pronunciamiento alguno sobre el restablecimiento del derecho impetrado.

Se recuerda que los actos acusados son:

1º El oficio dirigido por la Comisión de Valores a Coloca Ltda. el 14 de septiembre de 1982, cuyo texto es el siguiente:

“Bogotá, D. E.  
“14 de septiembre de 1982

“Señor  
“JORGE CASTRO LOPEZ  
“Representante Legal  
“COLOCA LTDA.  
“Ciudad

Ref: Oferta Pública de Compra de acciones del Banco de Caldas.

“Señor Castro:

“En relación con el asunto en referencia, y en declaración rendida bajo la gravedad del juramento el día seis (6) de agosto próximo pasado, afirmó usted que los recursos que utilizará ‘Coloca Internacional’, domiciliada en Panamá, y que ‘los trámites legales con otras entidades estatales para esta operación estaremos dispuestos a cumplirlos’. ‘Agregó usted también que «Coloca Internacional» se comprometió a entregarme la plata a dieciocho (18) meses en Colombia’.

“Como quiera que la operación en cuestión requiere la aprobación previa de las autoridades cambiarias del país, por tratarse aparentemente de una ‘operación de cambio internacional’, muy comedidamente le solicito presentar a este Despacho explicaciones de la modalidad que tendría la ope-

ración mencionada, así como la copia auténtica de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades cambiarias competentes impartieron la respectiva autorización.

“Coloca Ltda. deberá dar cumplimiento a lo requerido en este oficio a más tardar el día 17 de septiembre del año en curso.

“Atentamente,

“(fdo.) JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR.

“Presidente” (hay un sello) (fl. 29).

2º El oficio dirigido por la Comisión de Valores a Coloca Ltda. el 20 de septiembre de 1982, por medio del cual se resolvió petición de reposición relacionada con el oficio mencionado en el numeral anterior, accediéndose a las solicitudes formuladas. Dice este oficio:

“Acuso recibo de su carta de la referencia, donde solicita se amplíe el plazo fijado para que Coloca Ltda. demuestre haber obtenido la aprobación de las autoridades cambiarias colombianas para realizar la ‘operación de cambio internacional’ a través de la cual ‘Coloca Internacional’ le suministraría los recursos para adquirir acciones del Banco de Caldas y explique la modalidad que tendría la operación mencionada. Sobre el particular este Despacho se permite manifestar:

“1. El cumplimiento de las obligaciones surgidas de la oferta pública de compra de acciones del Banco de Caldas no puede quedar librado a un hecho aleatorio, cual es que Coloca Ltda. se someta posteriormente a las disposiciones cambiarias que se encuentren vigentes al momento de hacerse exigible el saldo insoluto del precio.

“Habiendo afirmado Coloca Ltda. que los recursos que utilizará para adquirir las acciones del Banco de Caldas provendrá de una sociedad domiciliada en el exterior, y no de otras fuentes, es apenas elemental que su capacidad de pago, o lo que es lo mismo, la viabilidad jurídica de dicha ‘operación de cambio internacional’, sea demostrada a la luz de las disposiciones cambiarias vigentes al tiempo de formularle la oferta.

“En síntesis, el interés fundamental de esta Comisión es cerciorarse de que los mecanismos cambiarios que se utilizarían para efectos de situar en Colombia los recursos con los cuales Coloca Ltda. cancelaría el precio de las acciones del Banco de Caldas encajan dentro de las normas cambiarias que hoy rigen en materia de importación de capitales o de contratación de créditos externos.

"2. En consecuencia, y atendiendo a su solicitud, esta Presidencia ha resuelto prorrogar hasta la fecha de expiración de la oferta de compra, o sea hasta el próximo 23 de septiembre del año en curso, el plazo de que dispone Coloca Ltda. para dar cumplimiento a lo requerido en el oficio número 114/P, en lo que dice relación a las explicaciones sobre la modalidad que tendría la operación de cambio anunciada, acompañando además constancia escrita de las autoridades cambiarias acerca de la posibilidad legal de acudir a dicha modalidad, sin perjuicio de que a su debido tiempo, de acuerdo con la secuencia de pagos descrita por ustedes, se acredite ante esta Comisión la obtención de los correspondientes permisos administrativos.

"Atentamente,

"(fdo.) JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR, Presidente" (fls. 31 y 32).

3º El "marconigrama" de septiembre 21 de 1982, dirigido por el Presidente de la Comisión de Valores al Presidente del Banco de Caldas, cuyo texto es:

"BOGOTA SEPTIEMBRE 21 1982

"Doctor

"GUILLERMO ARANGO G.

"PRESIDENTE BANCO DE CALDAS

"MANIZALES.

"EN RELACION OFERTA PUBLICA EN CURSO SOBRE ACCIONES BANCO DE CALDAS SIRVASE ABSTENERSE INSCRIPCION TRASPASOS ACCIONES ORIGINADOS EN ACEPTACIONES DICHA OFERTA POR PARTE DE COLOCA LTDA. HASTA TANTO SE PRESENTEN A COMISION DE VALORES EXPLICACIONES SATISFACTORIAS SOBRE ORIGEN RECURSOS Y MODALIDADES CAMBIARIAS QUE UTILIZARIA LA SOCIEDAD COLOCA LTDA.

"ATENTAMENTE

"(Fdo.) JUAN CAMILO RESTREPO SALAZAR. PRESIDENTE" (fl. 33).

Los cargos planteados para deducir la ilegalidad de los referidos actos pueden clasificarse en tres grandes grupos de conformidad con las normas que se invocan como transgredidas, a saber: a) Normas

de orden constitucional, los artículos 30, 32 y 45 de la Carta Política; b) Normas de carácter legal, los artículos 1º, 4º, 6º, 8º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22 y 24 del Decreto 2733 de 1959, y el artículo 5º del Decreto 3604 de 1981; y c) Normas de tipo reglamentario, los artículos 1º, 7º y 8º de la Resolución 02 de 1981 y el artículo 1º, numeral 1 de la Resolución 32 de 1982, ambas expedidas por la Comisión de Valores.

Como básicamente el argumento central de la demanda en procura de demostrar la nulidad de los actos administrativos antedichos radica en la consideración de que mediante ellos se produjo una revocatoria implícita de la Resolución número 248 de agosto 9 de 1982 de la Comisión de Valores, por medio de la cual se autorizó a las accionantes la realización de una oferta pública para la adquisición de un paquete de acciones del Banco de Caldas, es conveniente analizar el punto de si en efecto, la expedición de los mencionados actos objeto de la acusación comporta o no la revocatoria unilateral de la autorización contenida en la mentada Resolución 248.

Una cuestión aparece clara para la Sala al abordar el análisis propuesto y es la de que no se trata aquí de una revocatoria expresa y manifiesta, en lo cual coinciden las demandantes al endilgarle el calificativo de "implícita", por lo que irremediablemente se deberá hacer un estudio minucioso, tanto de los poderes y funciones de la Comisión de Valores como del contenido, alcances y finalidad de los actos acusados, puesto que la simple confrontación mecánica de éstos con el que se predica revocado no permite en principio llegar a tal conclusión.

En punto a ello, la Sala observa que la creación de la Comisión de Valores por medio de la Ley 32 de 1979 no es más que la manifestación de la función de intervención que por mandato constitucional debe cumplir el Estado colombiano en orden, en el caso específico, a "estimular, organizar y regular el mercado público de valores" según reza el artículo 1º de la mencionada ley. El legislador dotó a este organismo de las funciones y atributos necesarios para que por su intermedio pudiera ejecutarse el mandato constitucional de la intervención en dicho sector de la actividad económica y es así como lo concibió, de manera principal, como entidad de policía económica administrativa, encargada de funciones de regulación y control del mercado público de valores. Ya la Sección, en sentencia memorable de la que fue ponente el Consejero Low Murtra precisó la naturaleza jurídica de la entidad y arrojó luz sobre el alcance de sus funciones cuando dijo:

"A pesar de su corta historia, la Comisión de Valores ya tiene en Colombia alguna evolución importante: La razón es la existencia que se dio en forma simultánea de los controles sobre Bolsas e Intermediarios de Valores: La antigua vigilancia que ejercían sobre unos y otros los funcionarios de

la Superintendencia Bancaria y la nueva forma de intervención basada en la acción de la novísima Comisión de Valores. Sólo hasta el Decreto extraordinario 2920 de 1982 se unificaron las acciones de vigilancia y control en única entidad: La Comisión Nacional de Valores.

“¿Qué es pues la Comisión Nacional de Valores en Colombia? Es por encima de todo una entidad de policía administrativa económica; ello se infiere no sólo de los antecedentes que la precedieron. También surge del propio texto de la Ley 32 de 1979 y de los decretos extraordinarios que se dictaron por el Gobierno nacional con base en las facultades que le otorgó la misma Ley 32.

“1. La Comisión es una entidad de regulación y control: Ello se deduce de las atribuciones establecidas en los numerales 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16 y 18 del artículo 9º de la Ley 32 de 1979.

“2. La Comisión es una entidad de promoción: Ello se infiere del texto de las atribuciones que le otorga el numeral 3º del artículo 9º de la Ley 32 de 1979.

“3. La Comisión es una entidad de registro e información (numerales 1, 8, 9, 13, 15 y 17 *ibidem*).

“A la Comisión le corresponde reglar la oferta pública de valores, determinar reglas de conducta de los intermediarios, y sobre todo, evitar a toda costa manipulaciones en las cotizaciones de la bolsa. Esta última atribución le es tan esencial que podía bien decirse que es su razón de ser. Precisamente por ello se le ha dotado de algunos poderes especiales: Suspender papeles o intermediarios, cancelar el registro de un título o de una firma de Corredores de Bolsa, imponer multas, atribuciones todas propias de un poder de policía económica. Como todo poder de policía parte de esas atribuciones es un poder reglado, pero también existe algún grado de discrecionalidad enmarcado desde luego en el ámbito de una motivación clara por el bien común” (Sentencia de octubre 7 de 1983, Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente número 8321. Actor: Acciones y Valores Alvaro Aparicio y Asociados y Martínez Noguera y Arrázola S. C., Diccionario Jurídico, Tomo V, pág. 162).

Teniendo entonces claro que la Comisión de Valores es una entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico del mercado de valores, es preciso señalar que su accionar discurre a través de dos tipos de medidas: Las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo. Con respecto

a las primeras, que buscan evitar la causación de un daño o que se continúe causando, es indudable que de manera general le fueron atribuidas por el artículo 9º de la Ley 32 de 1979 cuando dispuso en su numeral 18 que correspondía a dicho organismo "adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley".

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se tiene que la Comisión de Valores autorizó por medio de la Resolución número 248 de 1982 a las demandantes para que realizaran oferta pública de adquisición de acciones del Banco de Caldas, en las cantidades y condiciones allí señaladas y que dicha autorización fue utilizada por los beneficiarios sin que hubiera existido manifestación expresa alguna de parte del ente que la emitió tendiente a anularla, suspenderla o revocarla. El expediente reconstruido da cuenta del origen de los actos administrativos que las demandantes acusan de nulidad por estimar que contienen una "revocatoria implícita" radicándolo en la declaración jurada que rindió el representante legal de Coloca Ltda. sobre el origen de los fondos para el pago de las acciones a comprar. Tal declaración obra a folio 79 del cuaderno número 4 y su texto es:

"Comisión Nacional de Valores, declaración jurada del señor Jorge Castro López. Bogotá D. E. Agosto 6 de 1982. En la fecha compareció a este Despacho el señor Jorge Castro López con cédula de ciudadanía número 11.340.762 de Zipaquirá, Representante Legal de 'Coloca Ltda.' con el fin de rendir declaración jurada en cumplimiento del artículo 7º, literal c) de la Resolución número 002 de 1981, emanada de la Sala General de la Comisión Nacional de Valores. Además del declarante estuvieron los doctores Juan Guillermo Serna Valencia Secretario General de la Comisión Nacional de Valores y Eugenio Quintero Regino Asesor de la División Jurídica de la misma. Juramentado en legal forma y advertido de las implicaciones de juramento falso prometió decir toda la verdad en la declaración que se transcribe de inmediato. El monto de las operaciones referente a la compra de las acciones del Banco de Caldas es más o menos mil trescientos cincuenta millones (\$ 1.350.000.000). En relación con el origen según Acta número 116 'Coloca Internacional' que tiene domicilio en Panamá; de esta empresa provienen los Fondos de la negociación. Los trámites legales con otras entidades estatales para esta operación estaremos dispuestos a cumplirlos. 'Coloca Internacional' se comprometió a entregarme la plata a dieciocho (18) meses en Colombia. No hay entre las partes intervinientes en el negocio relación alguna de subordinación como finales o subsidiarias. Como garantía son por ejemplo: Una finca al norte de Bogotá, el Instituto Bioquímico S. A., y se podrían dar también las propias acciones

adquiridas del Banco de Caldas, ya que en dieciocho (18) meses estarán canceladas y totalmente liberadas a nuestro favor. Los fondos para esta negociación no provienen del ahorro privado colombiano. No siendo más el motivo de la aclaración" (fl. 79, cuaderno 4).

La Comisión de Valores en desarrollo de su acción de seguimiento y vigilancia de la operación de oferta pública que había autorizado, que tal cosa según se dejó explicado en apartes anteriores de esta providencia, es función suya como organismo de policía administrativa para el mercado de valores, encontró que la declaración antes transcrita suponía que para la obtención de los fondos a los que en ella se aludía era necesariamente imprescindible realizar una o varias operaciones de cambio exterior, y como debido a la existencia desde 1967 de un régimen de control de cambios internacionales, tales operaciones no son de libre realización por los particulares y en algunos casos están, incluso, vedadas para determinados agentes económicos, solicitó a Coloca Ltda. que explicara el procedimiento y la viabilidad jurídica de dichas operaciones de cambio exterior. Tal solicitud se formuló mediante el oficio que se demanda fechado el 14 de septiembre de 1982, en cuyo texto no advierte la Sala que de manera implícita o tácita se estuviera revocando la autorización expedida con la Resolución 248 antecitada, pues de su texto se infiere claramente que se limitó a solicitar a los interesados las aclaraciones y explicaciones de la modalidad que tendría la operación de cambio exterior mencionada y a pedirle que hiciera llegar dentro de un plazo —ciertamente perentorio— la copia de los actos administrativos por los cuales las autoridades cambiarias impartieran la autorización necesaria.

No encuentra pues la Sala que de este primer acto, de los tres acusados, pueda predicarse que revoca en alguna forma la autorización conferida mediante la Resolución número 248 de agosto 9 de 1982. Por lo tanto no accederá a decretar su anulación.

Tampoco lo entendió así Coloca Ltda. puesto que, de una parte, continuó con el proceso de oferta pública que venía desarrollando con base en la autorización que consideró vigente y de otra, presentó las explicaciones que aparecen consignadas en el oficio que a manera de recurso de reposición dirigió a la Comisión de Valores. En dicho recurso a la vez que plantea la posibilidad de que el pago de las acciones se haga con recursos internos de Coloca Ltda. y que no sea necesario acudir a la operación de "importación de capital" solicita a la Comisión de Valores que "se sirva ampliar el plazo para demostrar ante esa oficina la aprobación de las autoridades cambiarias colombianas..." (fl. 30).

Se tiene establecido en el expediente que la Comisión de Valores responde con el segundo de los actos acusado, el oficio de 20 de septiembre de 1982, transcrito anteriormente, las solicitudes formuladas por Coloca Ltda. mediante el recurso de reposición a que antes se hizo

referencia. La Sala analizará a renglón seguido la legalidad de dicho acto administrativo.

Se recuerda que mediante el oficio examinado la Comisión de Valores expresa a Coloca Ltda. que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta pública de compra que se viene realizando no puede quedar sujeta al hecho aleatorio de que la sociedad obtenga la posibilidad de realizar la operación de importación de capital que ha mencionado como origen de los fondos para el pago de las acciones y que siendo necesario contar con las autoridades cambiarias para que esta operación sea legalmente viable, tal viabilidad debe ser demostrada a la luz de las disposiciones cambiarias vigentes. Así mismo se manifiesta a Coloca Ltda. que el interés de la Comisión de Valores es el de cerciorarse de que los mecanismos cambiarios que se utilizarán para la importación de capital mencionada encajan dentro de las normas que regulan el régimen de control de cambios internacionales vigentes. Finalmente, se accede a modificar el plazo señalado para que Coloca Ltda. explique a la Comisión de Valores la modalidad que tendría la operación de cambio anunciada *"acompañando además constancia escrita de las autoridades cambiarias acerca de la posibilidad legal de acudir a dicha modalidad, sin perjuicio de que a su debido tiempo, de acuerdo con la secuencia de pagos descrita por ustedes, se acredite ante esta Comisión la obtención de los correspondientes permisos administrativos"* (subrayas de la Sala). Como se ve, claramente se determinan dos plazos para que se diera cumplimiento a las obligaciones de Coloca Ltda. respecto a la información sobre el origen de los fondos relacionados con la oferta pública en curso; y por lo demás, ninguno de dichos plazos interfería con su desarrollo; antes bien, ambos partían del supuesto de que la oferta pública se finiquitaría en los términos de su autorización. Tales plazos fueron: El primero hasta el 23 de septiembre de 1982 (fecha en que expiraba el plazo de la oferta de compra) para que la sociedad requiriera explicara la modalidad que iba a seguir para la importación de capital que había declarado bajo la gravedad del juramento tendría que realizar y para que acompañara *"constancia escrita de las autoridades cambiarias acerca de la posibilidad legal de acudir a dicha modalidad"* (subraya la Sala). El segundo de los plazos, para presentar los actos administrativos por medio de los cuales las autoridades cambiarias colombianas autorizaran a Coloca Ltda., la realización de la operación u operaciones de cambio exterior requeridos quedó sujeto, de acuerdo al oficio comentado a la secuencia de pagos que la misma sociedad había propuesto y en todo caso, según ello, hasta dieciocho meses después de expirado el término de ejecución de la oferta pública de compra.

Tampoco advierte la Sala que en relación con este oficio pueda predicarse como lo hacen las demandantes, que implícitamente revocaba la autorización de oferta pública de compra conferida por medio de la Resolución número 248 de 1982 de la Comisión de Valores. Ni

siquiera se advierte que haya producido modificación o reforma de tal autorización y es bien claro, incluso, que el oficio en cuestión parte, como ya se dijo, del supuesto de la existencia de la oferta pública previamente autorizada y no sólo eso, sino que además supone que tal oferta pública culminaría tal y cual había sido autorizada.

Es cierto sí que la Comisión de Valores asumió en este oficio y en el anteriormente comentado un papel inquisitivo tendiente a averiguar esencialmente la viabilidad legal de la operación de cambio exterior que se había mencionado como necesaria para el pago de las acciones que Coloca Ltda. adquiriría como resultado de la oferta pública; pero esta inquisición, en primer término no suponía, como lo advierte la Sala, un desconocimiento o modificación de la autorización otorgada para adelantar la oferta, ni tampoco una suspensión de la misma; y en segundo lugar, tenía pleno fundamento legal en las normas que dotaron a la Comisión de Valores de poderes y facultades de policía administrativa económica en el campo del mercado de valores, según lo expuesto en anteriores apartes de esta providencia. A este respecto reitera la Sala la doctrina expuesta en la sentencia referida anteriormente acerca de las amplias facultades de regulación, vigilancia y control de que fue dotada por la ley la Comisión Nacional de Valores, las cuales como se dejó expuesto son una expresión fidedigna del poder de intervención del Estado en la economía y tienen como objeto según la ley "estimular, organizar y regular el mercado público de valores". A voces de la Ley 32 de 1979 dichas funciones no están limitadas a la autorización de la oferta pública de los valores inscritos, ni a la actuación como simple oficina de registro, sino que se extienden a campos de la actividad general del mercado de los valores y tienden a la protección de los intereses de quienes efectúan inversiones en tal mercado. Entre tales funciones destaca la Sala, a más de las ya citadas del artículo 9º *ibidem*, las consagradas en el artículo 12 *ibidem* que van desde la posibilidad de suspender la inscripción de un documento en el Registro Nacional de Valores, de ordenar la cancelación del mismo, hasta la de cancelar la inscripción de los intermediarios cuando incurran en incumplimiento o violaciones de la ley.

No prosperan pues, los cargos de ilegalidad formulados contra el oficio de septiembre 20 de 182.

El 21 de septiembre de 1982 la Comisión de Valores dirige al Presidente del Banco de Caldas el "marconigrama" de dicha fecha que es también objeto de demanda y cuyo texto se dejó inserto al comienzo de estas consideraciones para resolver. Dicho documento contiene una orden al Presidente del mencionado Banco para que se abstenga de registrar o de "inscribir trasposos de acciones originadas en aceptaciones dicha oferta por parte de Coloca Ltda. hasta tanto no se presenten a Comisión de Valores explicaciones satisfactorias sobre origen recursos y modalidades cambiarias que utilizaría la sociedad Coloca Ltda." (fl. 33).

Inicialmente se advierte por la Sala que tampoco esta orden afecta directa o indirectamente, revocando o modificando o suspendiendo, la autorización de oferta pública de compra contenida en la Resolución 248 de 1982 de la Comisión de Valores, la cual debía culminar en los términos autorizados. La orden emitida mediante el "marconigrama" comentado estaba llamada a tener cumplimiento después de surtidos los efectos de dicha oferta y partía del supuesto de que la oferta se había ejecutado al formalizarse dentro del plazo previsto las aceptaciones pertinentes, ya que ella se refiere claramente a la suspensión de la inscripción de traspasos de acciones originadas en aceptaciones de la oferta. Resulta entonces inane el cargo de que esta orden implique la revocatoria ilegal de la autorización de oferta pública de compra tantas veces mencionada y por ende tampoco son válidos los cargos que se hacen derivar de la prosperidad de éste.

Es de destacar aquí, no sólo en relación con el "marconigrama" comentado, sino también con los oficios objeto de la demanda que ellos para nada hacen mención de la sociedad Prounida Ltda., la otra demandante y beneficiaria de la autorización de oferta pública de compra. Por lo tanto esta firma no pudo ser afectada de manera alguna por los actos demandados y concretamente, la orden de no inscripción de los traspasos de acciones se profirió en relación con las aceptaciones referentes a Coloca Ltda. pero no afectaba a las aceptaciones referentes a Prounida Ltda. que no tenía ningún impedimento para inscribir su correspondiente 50%. Por esta razón considera la Sala que no hay lógica en la pretensión de restablecimiento del derecho formulada por Prounida Ltda. cuando es evidente que los actos acusados para nada afectan su situación en la operación que se adelantaba con base en la oferta de compra autorizada por la Comisión de Valores. Y no se diga que debió tenerse en cuenta la cesión de derechos que Coloca Ltda. hizo en favor de Prounida Ltda. toda vez que este documento no fue conocido por la Comisión de Valores sino tiempo después de haber expirado el plazo de la oferta pública según se infiere del oficio obrante a folios 313 y 314 del cuaderno número 4.

Estima la Sala que no habiéndose dado cumplimiento por Prounida Ltda. en la formulación de su demanda de restablecimiento del derecho, a lo estatuido por el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 167 de 1941 y siendo claro que los actos acusados no se refieren a ella ni directa ni indirectamente y para nada modifican su situación dentro de la oferta pública de compra a que se refiere la Resolución 248 de 1982 de la Comisión Nacional de Valores, carece esta sociedad de interés para accionar y por tanto respecto de ella, el pronunciamiento del fallo habrá de ser inhibitorio.

Ahora bien, es menester reiterar que habida cuenta de las facultades de intervención del Estado en la economía que éste desarrolla en el campo del mercado de valores por intermedio, principalmente, de la Comisión de Valores no cabe duda de que a dicho organismo

competía adoptar medidas de prevención y de protección como las que se encuentran contenidas en los oficios demandados y, especialmente, en el "marconigrama" que ahora se estudia. Nuevamente trae a colación la Sala las funciones de que fue dotado este organismo por la Ley 32 de 1979, en forma concreta las que a lo largo de sus 18 numerales formula el artículo 9º, par concluir que las actuaciones cumplidas por esta entidad y que son objeto de cuestionamiento judicial, se enmarcan dentro de ellas y por tanto no pueden tacharse de ilegales con fundamento en cargo de incompetencia o de desviación de poder.

Se reitera que el procedimiento de la autorización de la oferta pública una vez en marcha, genera obligación para el oferente, principalmente frente a los particulares aceptantes pero también frente al Estado, el cual conserva su poder de intervención para vigilar que el proceso se desarrolle y culmine con sujeción a las normas que rigen la materia y siempre dando prioridad a la misión fundamental de protección del interés general. En otras palabras, que el poder de policía económico de la Comisión de Valores no puede entenderse agotado cuando expide la autorización para adelantar la oferta pública.

Finalmente y como no se dará prosperidad a ninguno de los cargos formulados, los actos administrativos objeto de la demanda se estimarán conforme a derecho y no será procedente el análisis de la pretensión de restablecimiento formulada en la demanda como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los mismos.

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

*Falla:*

*No se decreta* la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios de 14 y 20 de septiembre de 1982 ambos dirigidos por la Comisión Nacional de Valores a Coloca Ltda. y en el "marconigrama" de 21 de septiembre de 1982 enviado por la citada Comisión al Presidente del Banco de Caldas.

*Niéganse* las demás súplicas de la demanda en cuanto a Coloca Ltda. se refiere y declárase inhibido para pronunciarse respecto de los formulados por Prounida Ltda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

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

*Judith López Díaz, Secretaria (E.).*

competía adoptar medidas de prevención y de protección como las que se encuentran contenidas en los oficios demandados y, especialmente, en el "marconigrama" que ahora se estudia. Nuevamente trae a colación la Sala las funciones de que fue dotado este organismo por la Ley 32 de 1979, en forma concreta las que a lo largo de sus 18 numerales formula el artículo 9º, par concluir que las actuaciones cumplidas por esta entidad y que son objeto de cuestionamiento judicial, se enmarcan dentro de ellas y por tanto no pueden tacharse de ilegales con fundamento en cargo de incompetencia o de desviación de poder.

Se reitera que el procedimiento de la autorización de la oferta pública una vez en marcha, genera obligación para el oferente, principalmente frente a los particulares aceptantes pero también frente al Estado, el cual conserva su poder de intervención para vigilar que el proceso se desarrolle y culmine con sujeción a las normas que rigen la materia y siempre dando prioridad a la misión fundamental de protección del interés general. En otras palabras, que el poder de policía económico de la Comisión de Valores no puede entenderse agotado cuando expide la autorización para adelantar la oferta pública.

Finalmente y como no se dará prosperidad a ninguno de los cargos formulados, los actos administrativos objeto de la demanda se estimarán conforme a derecho y no será procedente el análisis de la pretensión de restablecimiento formulada en la demanda como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los mismos.

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

*Falla:*

*No se decreta* la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios de 14 y 20 de septiembre de 1982 ambos dirigidos por la Comisión Nacional de Valores a Coloca Ltda. y en el "marconigrama" de 21 de septiembre de 1982 enviado por la citada Comisión al Presidente del Banco de Caldas.

*Niéganse* las demás súplicas de la demanda en cuanto a Coloca Ltda. se refiere y declárase inhibido para pronunciarse respecto de los formulados por Prounida Ltda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

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

*Judith López Díaz*, Secretaria (E.).

**PROCESO DISCIPLINARIO / INSUBSISTENCIA / ABANDONO DEL CARGO**

*La existencia de un proceso disciplinario o la obligación de iniciarlo no limita la competencia que pueda tener la autoridad nominadora para que en aras del buen servicio declare la insubsistencia del nombramiento, sino existe relación de causalidad entre los hechos imputados y la decisión adoptada de retirar al funcionario del servicio.*

*Se ha dicho reiteradamente que para que la administración llegue a la conclusión de que el abandono del cargo se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo no se requiere adelantar un proceso disciplinario (Reiteración de varias sentencias).*

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

*Consejero ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

*Referencia: Expediente número 1019. Autoridades nacionales. Actor: Rafael Bautista Moller.*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decidió favorablemente las peticiones que presentó Rafael Bautista Moller, de nulidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento, de reintegro al servicio y de pago de los haberes dejados de percibir.

El fundamento fáctico de la demanda se planteó así:

*“Primero. El doctor Bautista Moller, mi poderdante, desempeñó el cargo de médico adscrito a la Sección de Urgencias de la Caja Nacional de Previsión desde el 22 de octubre de 1975 hasta la fecha de la resolución que se acusa, con gran responsabilidad y estricto cumplimiento de su deber sin que jamás se hubiera hecho acreedor de sanción alguna, a excepción de la que injustamente le fue impuesta y posteriormente revocada por la misma Caja después de una exhaustiva investigación, de todo lo cual existe constancia en su hoja de vida que oportunamente se allegará con prueba.*

*“Segundo.* A partir de 15 de septiembre de 1978 le fueron reconocidas vacaciones acumuladas de tres años, las cuales se prolongaron hasta el 22 de noviembre, fecha desde la cual solicitó licencia no remunerada que le fue concedida hasta el 15 de diciembre, habiéndose reintegrado a su trabajo a partir del día 16 de diciembre de 1978.

*“Tercero.* Como al reintegrarse mi representado se encontraba como nuevo Jefe de Urgencias el doctor Ariel Hernández, y también encargado de consulta externa, no le asignó turnos concretos en urgencias que era el sitio o sección en donde siempre a partir de su ingreso había prestado ininterrumpidamente sus servicios, sino que le solicitó que mientras en enero se asignaban turnos de acuerdo con la nueva organización de la sección de urgencias, reemplazara a quienes faltaran en consulta externa, servicio domiciliario, etc.

*“Cuarto.* Sin embargo al doctor Bautista Moller no le volvieron a asignar turnos en urgencias como se demostrará oportunamente, ni le asignaron funciones concretas en otra dependencia.

*“Quinto.* El Jefe de Urgencias, doctor Ariel Hernández, informó a la Oficina de Personal que el doctor Bautista Moller no había vuelto a cumplir con sus funciones, lo cual resulta inexacto y falso, pues la realidad es que no se le volvieron a asignar funciones, y con ese motivo fue declarado insubsistente su nombramiento aunque en la providencia respectiva nada se dijo al respecto, pero el motivo consta en su hoja de vida y en la declaración del propio doctor Hernández rendida con ocasión de una diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado 5° de Bogotá a solicitud del suscrito.

*“Sexto.* Ante el informe del señor Jefe de Urgencias, en el sentido de que uno de los médicos allí adscritos, el doctor Bautista Moller prácticamente había abandonado su cargo, se ha debido abrir la correspondiente investigación disciplinaria conforme lo ordena perentoriamente el Decreto 2400 de 1968 para darle la oportunidad de rendir sus descargos, e imponerle las sanciones legales disciplinarias en el supuesto de que hubiera resultado culpable. Pero ya vimos que la Caja adoptó un sistema más simple declarando insubsistente su nombramiento, pero abiertamente violatorio del régimen disciplinario vigente.

*“Séptimo.* La Resolución número 0435, acusada, jamás se le comunicó al interesado, y solamente se pudo conocer con ocasión de la inspección judicial practicada por el Juzgado 5 Civil del Circuito”.

El capítulo de las disposiciones violadas y el concepto de la violación se expuso en los siguientes términos:

“Con la expedición de la providencia acusada, considero que se violaron las siguientes disposiciones: Artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional; artículo 66 del Código de lo Contencioso Administrativo, y Decretos 2400 y 3074 de 1968, modificatorio del anterior.

“Dentro del régimen legal de los funcionarios y empleados públicos se deben distinguir dos fenómenos jurídicos que aunque concluyen o pueden concluir en lo mismo, jamás son iguales ni en cuanto a sus causas ni en cuanto a sus efectos. Me refiero a la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento y a la destitución de un empleado o funcionario público. Mientras que la primera no exige la existencia de causa o motivo y constituye una facultad discrecional frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, la segunda requiere una causa o motivo que conlleve una sanción disciplinaria, de donde también se deduce que la insubsistencia no implica sanción alguna mientras que la destitución sí es esencialmente una sanción, siendo por consiguiente la única circunstancia igual en los dos casos, la de que se produce la separación del empleado o funcionario público del servicio activo.

“De lo anterior se pueden deducir reglas muy importantes de aplicación práctica, que me van a permitir presentar con mayor claridad y objetividad al presente caso.

“1ª Tratándose de funcionarios o empleados públicos de libre nombramiento y remoción, la autoridad nominadora puede declarar insubsistente el nombramiento en cualquier momento, siempre y cuando no existan motivos para seguirle a ese empleado o funcionario un proceso disciplinario.

“2ª Si contra un funcionario o empleado público existen cargos de que ha incurrido en hechos que conlleven multas, suspensiones o destitución, su nombramiento no puede ser declarado insubsistente sino que se le debe someter al régimen disciplinario a fin de pertimirle hacer sus descargos, y una vez concluida la investigación aplicarle la sanción correspondiente si fuere el caso, o absolverlo si no se hallare mérito para sanción alguna.

“Pero sucede que en la práctica se le ha dado muy poca importancia al régimen disciplinario, quizá porque implica una actividad algo complicada, y se prefiere simplificarla declarando insubsistentes los nombramientos cuando se formulan cargos. Se dirá que es un favor que se les hace a los

funcionarios o empleados no seguirles el proceso disciplinario, pero sin embargo se debe observar que la administración pública no puede actuar en función de favores sino de cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico, para dar ejemplo a los gobernados y tener la suficiente autoridad moral para exigir por su parte el cumplimiento de los deberes e imponer sanciones cuando fuere el caso. Y tampoco es un favor el que se le hace al funcionario o empleado, pues se le priva, como en este caso, de la oportunidad de despejar las dudas y demostrar que no era cierta la inculpación que se le hacía. Declarar insubsistente un nombramiento cuando existen cargos, es dejar flotando en el ambiente una acusación que puede resultar injusta contra un empleado o funcionario. Por todas estas razones resulta imperativo y obligatorio para la administración pública seguirle el procedimiento disciplinario a los funcionarios y empleados públicos cuando existan cargos contra ellos, porque además de tales razones existen normas positivas concretas de forzoso cumplimiento, tales como los artículos 57 y 58 del Decreto 2400 de 1968. El primero ordena que en cada organismo deberá funcionar un Comité de Personal integrado como allí se dice, y el segundo de los citados artículos le otorga funciones específicas al decir que a ellos corresponde 'conocer de las reclamaciones que hagan los empleados sobre desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, sobre la calificación de sus servicios y sobre las sanciones disciplinarias cuando el empleado haya incurrido en hechos que conlleven multas, suspensiones o destitución'. Además, disposiciones posteriores de este mismo Decreto 2400 de 1968, consagran el procedimiento que se debe seguir y las sanciones que se deben imponer según la gravedad de la falta.

"Y no está por demás advertir que este régimen disciplinario tiene su apoyo y fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que ha consagrado expresamente el derecho a la defensa y al debido proceso, y tiene aplicación tanto en el derecho penal como en el disciplinario. Y si existe un régimen disciplinario para juzgar las faltas de los empleados y funcionarios públicos e imponer las respectivas sanciones, todos ellos por el solo hecho de estar vinculados a la Rama Ejecutiva del Poder Público han adquirido el derecho a ser juzgados y sancionados conforme al régimen legal y no de otra manera caprichosa, y al no hacerlo así se cae también en la violación del artículo 30 de la Constitución que en forma clara y perentoria ampara los derechos adquiridos contra cualquier riesgo futuro.

"Trasladando o aplicando lo anterior al caso presente, tenemos lo siguiente:

“El nombramiento del doctor Rafael Francisco Bautista Moller como médico de la Caja Nacional de Previsión, fue declarado insubsistente después de que su Jefe inmediato, doctor Ariel Hernández, informó que había dejado de cumplir con sus obligaciones, no había vuelto a trabajar.

“Sea lo primero advertir, frente a esta acusación, que a nadie se le puede tachar de incumplir con sus deberes si, como en el caso presente, no se le asignaron funciones concretas, como oportunamente se demostrará, y por este aspecto se configuraría una falsa motivación con fuerza jurisprudencial suficiente para anular el acto así expedido. Pero aún en el evento de que se hubiera podido presentar un incumplimiento por parte de mi representado, lo procedente no era declarar insubsistente su nombramiento, sino seguirle el procedimiento disciplinario consagrado en el Decreto 2400 de 1968.

“En Colombia se ha abusado mucho de esa facultad de libre nombramiento y remoción, y se utiliza para todo, hasta confundir la discrecionalidad que ella encierra, con la arbitrariedad que es precisamente su límite. No niego que mi poderdante era un empleado de libre nombramiento y remoción, pero por otra parte se debe tener en cuenta que tratándose de una falta susceptible de una de las sanciones legalmente establecidas, la facultad discrecional que podría tener el Director de la Caja, se convierte automáticamente en una facultad reglada que de ser ejercida ciñéndose estrictamente al régimen disciplinario contemplado en el Decreto 2400 de 1968 y modificado por el 3074 del mismo año, y que al no hacerlo así, como no se hizo, esa violación de normas superiores de derecho acarrea irremediablemente la nulidad del acto *sub judice*.

“Y precisamente por haberse omitido seguir el régimen disciplinario en este caso, consagrado expresamente para los empleados o funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción cuando se les acusa de faltas susceptibles de sanción, se ha violado en una forma por demás ostensible el artículo 26 de la Constitución Nacional que ampara y garantiza el derecho a la defensa y al debido proceso, y por consiguiente también el 30 *ibidem* sobre los derechos adquiridos con justo título y conforme a las leyes, si tenemos en cuenta que todos estos empleados públicos de libre nombramiento y remoción que pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público, como antes se analizó, por el solo hecho de haberse vinculado regularmente a su servicio, han adquirido el derecho a ser juzgados disciplinariamente conforme a las leyes preexistentes.

“Finalmente, no está por demás insinuar que en este caso se configura también la causal de nulidad de los actos administrativos que consagra el artículo 66 del C. C. A., pues al emplear el Director General de la Caja Nacional de Previsión procedimientos distintos a los legalmente establecidos para sancionar una falta, y mediante acusaciones reñidas con la verdad, se configura el abuso o desviación de poder de que trata el artículo citado”.

El proceso se destruyó en la segunda instancia, en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte apelante obtuvo su reconstrucción.

El Ministerio Público en su vista fiscal solicita se confirme la sentencia apelada, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

“El Tribunal en la sentencia apelada accedió a las súplicas impetradas considerando que del análisis del material probatorio aportado al proceso se desprendía que el acto acusado no constituía ejercicio de la facultad de libre remoción, puesto que había sido expedido con móviles distintos.

“Dice así la sentencia en el aparte final:

“La declaratoria de insubsistencia de que habla el acto administrativo demandado constituye, en el fondo, una destitución, ya que tal acto administrativo fue dictado como consecuencia del incidente que se presentó con el Jefe de Personal y también con el Jefe de Urgencias de la Caja, en donde no se le asignaron las funciones que le correspondía desarrollar al actor como médico de tal dependencia de la Caja. Hay una relación estrecha entre tales hechos y el acto administrativo demandado que permite concluir que la administración, al dictar el acto administrativo enjuiciado, no hizo uso de sus atribuciones legales, sino más bien con un criterio de sanción al proceder a desvincular al demandante. Ante estas circunstancias, prosperan las pretensiones de la demanda”.

“En los alegatos presentados por la Caja durante la 1ª y 2ª instancia se argumentó que el señor Bautista Moller había dejado de concurrir varios días a su trabajo.

“Se observa sin embargo, que aun cuando fue la entidad la que solicitó la reconstrucción del proceso, no se cuidó de aportar documentos que seguramente están en su poder, y que formaban parte de los antecedentes administrativos que dieron origen a la resolución acusada, y que obraron como prueba en la primera instancia.

“Así las cosas, sin conocer los elementos de juicio que analizó el Tribunal para llegar a la decisión controvertida, resulta materialmente imposible llegar a la conclusión de que el *a quo* se equivocó en sus apreciaciones.

“Tal como se encuentra el proceso, es imperativo respetar la sentencia del Tribunal pues no existe base fáctica ninguna que permita decidir en contrario.

“Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se confirme el fallo apelado”.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

*La vista fiscal.* La Sala no puede acoger el concepto del Ministerio Público el cual sostiene que “sin conocer los elementos de juicio que analizó el Tribunal para llegar a la decisión controvertida, resulta materialmente imposible llegar a la conclusión de que el *a quo* se equivocó en sus apreciaciones”.

Sugiere, además, la vista fiscal, que hacen falta elementos probatorios que obraron en la primera instancia y que sin ellos debe “respetarse la sentencia del tribunal pues no existe base fáctica ninguna que permita decidir en contrario”.

Lo anterior tiene que ver con los resultados de la reconstrucción del expediente, sobre la cual se advierte que el Decreto extraordinario 3825 de 1985, le dio oportunidad a las partes y al Ministerio Público para pedir las pruebas pertinentes (art. 1º, numeral 8º).

De tal manera que la carga probatoria en la reconstrucción siguió los mismos principios que la orientan para los casos comunes y corrientes del adelantamiento de un proceso, pero, lo ocurrido en esta oportunidad fue que ni el demandante ni el Ministerio Público solicitaron en la reconstrucción prueba alguna.

Consecuentemente, las deficiencias probatorias de la reconstrucción que sólo han sido motivo de pronunciamiento del Ministerio Público porque la parte demandante no hizo observación alguna, no pueden producir los efectos que le atribuye aquel, sino los ordinarios de no probar los hechos pertinentes por la omisión de la parte que ha debido solicitar las pruebas.

*El fondo del asunto.* En síntesis la acción del actor se fundamenta en dos puntos a saber:

“1º Tratándose de funcionarios o empleados públicos de libre nombramiento y remoción, la autoridad nominadora puede declarar insubsistente el nombramiento en cualquier momento, siempre y cuando no existan motivos para seguirle a ese empleado o funcionario un proceso disciplinario.

“2º Si contra un funcionario o empleado público existen cargos de que ha incurrido en hechos que conlleven multas, suspensiones o destitución, su nombramiento no puede ser declarado insubsistente sino que se le debe someter al régimen disciplinario a fin de permitirle hacer sus descargos, y una vez concluida la investigación aplicarle la sanción correspondiente si fuere el caso, o absolverlo si no se hallare mérito para sanción alguna”.

Ahora bien, del estudio de la sentencia apelada la Sala llega a la conclusión de que es equivocada en la medida en que apoya su decisión en aspectos que la demanda no esgrime como fundamento de la nulidad que se impetra y, en otro, que aunque sí se invocó, el de la obligatoria investigación disciplinaria por el presunto abandono del cargo, como se verá más adelante, no es acertado.

En efecto, obsérvese que

a) La demanda en el hecho primero resalta la forma como el actor desempeñó sus funciones “con gran responsabilidad y estricto cumplimiento de su deber sin que jamás se hubiera hecho acreedor de sanción alguna, a excepción” de la originada en el incidente que tuvo con el Jefe de Personal la cual fue revocada “después de una exhaustiva investigación, de todo lo cual existe constancia en su hoja de vida...”.

No se afirma en parte alguna de la demanda que el acto de insubsistencia hubiera tenido como motivo aquel incidente, como perentoria y oficiosamente lo dice la sentencia apelada. Además, tampoco ha fundamentado el accionante su petición de nulidad en las irregularidades en que incurrió la parte demandada, casi tres años antes, con ocasión de aquella sanción revocada (violación del derecho de defensa por omisión de proceso disciplinario), pero que oficiosamente sí toma en cuenta la sentencia apelada para proferir su decisión.

b) En el hecho tercero ya transcrito, relata el demandante cómo a partir de 16 de diciembre de 1978, al reintegrarse al servicio después de gozar de vacaciones, no se le asignaron turnos en urgencias sino que su respectivo jefe “le solicitó que mientras en enero se asignaban turnos de acuerdo con la nueva organización de la sección de urgencias, reemplazara a quienes faltaran en consulta externa, servicio domiciliario, etc.”. Y en el hecho cuarto se sostiene que no le volvieron a asignar turnos en urgencias, ni se le asignaron funciones concretas en otra dependencia.

Como se ve, el interesado no ha dicho que hubiera tenido incidente alguno con el Jefe de Urgencias por no haberle asignado turnos ni función que desempeñar, ni menos que tal circunstancia hubiera sido motivo de la expedición del acto impugnado, como de su cosecha lo sostiene la sentencia apelada. El actor toma la no asignación de funciones como la explicación de por qué no pudo haber incumplido con sus deberes frente al informe presentado por el Jefe de Urgencias, que sí le sirve de soporte fáctico para pedir la nulidad del acto acusado y que califica como acusación de abandono del cargo y de incumplimiento de sus obligaciones, que merecían investigación disciplinaria. Dicho informe dice:

“Atentamente me permito comunicar a usted que el doctor Rafael Bautista Moller no acude a esta institución a cumplir con sus labores contra-actuales (sic) desde el día 22 de enero hasta la fecha”.

Resta por analizar, de los argumentos expuestos por la sentencia apelada, el relacionado con la obligación de investigar en un proceso disciplinario el cargo que se le hizo al actor de no asistir al trabajo, lo cual se hará dentro del estudio que sigue sobre los planteamientos que sí invoca la demanda.

Se afirma que respecto de los empleados públicos de libre remoción la autoridad nominadora puede declarar insubsistente el nombramiento en cualquier momento “siempre y cuando no existan motivos para seguirle... un proceso disciplinario” y el mismo argumento cambiando sus factores, o sea, que si contra un funcionario existen cargos que conlleven sanción disciplinaria no puede ser declarado insubsistente su nombramiento sino someterlo al proceso disciplinario y sancionarlo o absolverlo si no se hallare mérito para ello.

Alrededor del tema, si bien alguna vez esta Sala tuvo ese criterio, con posterioridad lo rectificó, precisamente con fundamento en que no existe necesaria dependencia entre el ejercicio de la facultad de libre remoción y la obligación de adelantar la acción disciplinaria, de manera que la ley no las subordina o condiciona reciprocamente. En síntesis, la existencia de un proceso disciplinario o la obligación de iniciarlo, no limita la competencia que pueda tener la autoridad nominadora para que en aras del buen servicio declare la insubsistencia del nombramiento, si no existe relación de causalidad entre los hechos imputados y la decisión adoptada de retirar al funcionario del servicio.

Frente a lo visto, es evidente que la parte demandada con la expedición del acto acusado no quebrantó el régimen disciplinario como lo afirma la demanda.

También se sostiene que se incurrió en desviación de poder “al emplear el Director General de la Caja Nacional de Previsión proce-

dimientos distintos a los legalmente establecidos para sancionar una falta, y mediante acusaciones reñidas con la verdad”.

Lo anterior se relaciona con el informe transcrito del folio 85 del cuaderno número 2, que el demandante califica como de acusación de abandono del cargo y de incumplimiento de las obligaciones que merecían investigación disciplinaria.

Al respecto, observa la Sala, que al demandante no le asiste razón en sus planteamientos, ni a la sentencia apelada, debido a que, sobre el presunto abandono del cargo esta Sección ha dicho reiteradamente que para que la administración llegue a la conclusión de que el se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo, no se requiere adelantar un proceso disciplinario (ver sentencias, de 15 de julio de 1981, expediente 3361, actor Víctor Ernesto Beltrán; 18 de noviembre de 1983, expediente 6467, actora Blanca Cendales de Núñez; 28 de septiembre de 1984, expediente 6754, actor Pedro A. García y 29 de agosto de 1986, expediente 1330, actor Guillermo Franco Quevedo, publicadas respectivamente en los Tomos IV, V, VI y VIII del Diccionario Jurídico - Evolución Jurisprudencial del Consejo de Estado, de María Helena Giraldo y Nubia González Cerón, págs. 909, 572, 640 y 1).

De otro lado, tampoco atina el demandante al calificar el informe transcrito como una acusación de incumplimiento de obligaciones por la potísima razón de que fáctica y jurídicamente no lo es. En razón de lo primero, esencialmente no es más que un informe de ausencia al lugar del trabajo que no contiene alguna calificación que desvirtúe lo dicho. Obsérvese que no se le puede dar el alcance que le atribuye el actor por la circunstancia de que allí se diga que no acude *a cumplir con sus deberes*, pues, si se llegare a suprimir tal complemento quedaría sin sentido. Y en relación con lo segundo, acusación o cargo sólo existe cuando el funcionario competente lo formula a términos del artículo 150 del Decreto reglamentario 1950 de 1973. Un simple informe, entonces, es sólo eso.

Pero, finalmente, tampoco existe prueba, indicio al menos, acerca del motivo que tuvo en mente el funcionario que expidió el acto acusado, o sea el Director General de la Caja demandada, en forma de poder hacer el análisis pertinente para verificar la causal de nulidad por desviación de poder que formula la demanda.

En las condiciones que se dejan expuestas, resulta necesario concluir que la parte demandante no demostró las causales de nulidad formuladas y, consecuentemente, que el fallo apelado debe revocarse, para, en su lugar, negar las peticiones de la demanda.

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

*Falla:*

*Revócase* la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

*Niéganse* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 6 de octubre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna*, con salvamento de voto; *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Pedro Charria Angulo*, Conjuez.

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

**PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA-Desvío de poder/DESVIACION DE PODER/PODER DISCRECIONAL**

*Si debiéndose adelantar una investigación disciplinaria no se adelanta, o debiéndose continuar el proceso, en medio del mismo, se hace uso de la facultad discrecional mencionada, es posible que el acto que tal cosa decida esté afectado del vicio de la desviación de poder, con todas sus consecuencias, si en el juicio respectivo se demuestra la existencia de causalidad entre la falta y la emisión de dicho acto.*

Salvedad de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna en la sentencia acogida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sesión de 6 de octubre de 1989. Expediente número 1019 (ant. 8456). Autoridades nacionales. Actor: Rafael Bautista Moller.

Mediante las siguientes observaciones, el suscrito expresa su respetuoso disenso en lo que respecta a algunos de los criterios que la mayoría sentó en la providencia arriba referenciada y en lo que atañe a la decisión que culminó la segunda instancia de este proceso:

1ª Es demasiado contundente lo que se dice en torno a la rectificación que hubo de hacer la Sala alrededor del tema de la libertad de remoción de funcionarios públicos no vinculados a carrera cuando puede haber lugar a un proceso disciplinario. En verdad, "no existe necesaria dependencia entre el ejercicio de la facultad de libre remoción y la obligación de adelantar la acción disciplinaria, de manera que la ley no la subordina o condiciona recíprocamente", pero esa aseveración, complementada o reiterada con la explicación de que "la existencia de un proceso disciplinario o la obligación de iniciarlo, no limita la competencia que pueda tener la autoridad nominadora para que en aras del buen servicio declare la insubsistencia del nombramiento, si no existe relación de causalidad entre los hechos imputados y la decisión adoptada de retirar al funcionario del servicio", resulta, a ojos del suscrito, excesivamente concluyente, porque hay circunstancias en las cuales, en un caso concreto y determinado, un acto administrativo que declara una insubsistencia soslaye el adelantamiento de una investigación disciplinaria o la prosecución de una causa de esta clase escudándose la autoridad nominadora en la facultad de la libre separación del empleado, incurriendo así en un clásico desvío de poder,

Para el suscrito, si debiéndose adelantar una investigación disciplinaria no se adelanta, o debiéndose continuar el proceso, en medio del mismo, se hace uso de la facultad discrecional mencionada, es posible que el acto que tal cosa decida esté afectado del vicio de la desviación de poder, con todas sus consecuencias, si en el juicio respectivo se demuestra la existencia de causalidad entre la falta y la emisión de dicho acto. Porque el principio del "buen servicio" que cobija los actos discrecionales no puede ser pretexto para que se incurra en arbitrariedades. Dependerá, por consiguiente, de cada caso, según lo que resulte probado y demostrado, si hay o no nexo de causalidad entre las medidas disciplinarias y la manifestación de voluntad del órgano administrativo correspondiente.

2ª Ahora, si, según Laubadère ("Manuel de Droit Administratif", Onzième Edition —1978—) "*hay poder discrecional* cuando la ley, habiendo creado una competencia, deja libre al agente de fijar el sentido en el cual ejercerá esta competencia, dejándole apreciar la oportunidad de la medida a tomar", el ejercicio de esa facultad puede estar afectado de "ilegalidad relativa al fin perseguido, cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí misma, pero en vista de otro fin distinto al previsto en la ley cuando le señala competencia", que es lo que sucede en el caso *sub lite* y que fue lo que llevó al tribunal de instancia a despachar favorablemente las peticiones de la parte actora y a la agencia del Ministerio Público ante el Consejo a conceptuar acerca de su confirmación.

Es por ello que el suscrito hace suyo este párrafo de la distinguida colaboradora fiscal que a continuación se transcribe:

"En los alegatos presentados por la Caja durante la 1ª y 2ª instancia se argumentó que el señor Bautista Moller había dejado de concurrir varios días a su trabajo".

Porque el propio apelante está hilvanando, está aceptando la conexidad entre las faltas en que se dice en que incurrió el señor Bautista Moller y la desvinculación de la entidad. Está aceptando como motivo de esa desvinculación las supuestas faltas, de lo que se deriva, como sostiene el tribunal, que "la declaratoria de insubsistencia de que habla el acto administrativo demandado constituye, en el fondo, una destitución, ya que el acto administrativo fue dictado como consecuencia del incidente que se presentó con el Jefe de Personal y también con el Jefe de Urgencias de la Caja, en donde no se le asignaron las funciones que le correspondía desarrollar al actor como médico de tal dependencia de la Caja. Hay una relación estrecha entre tales hechos y el acto administrativo demandado que permite concluir que la administración, al dictar el acto administrativo enjuiciado, no hizo uso de sus atribuciones legales, sino más bien con un criterio de sanción al proceder a desvincular al demandante".

3ª Se trata, como bien se sabe, de un proceso reconstruido, dado que desapareció a raíz de los desventurados sucesos de 6 y 7 de no-

viembre de 1985. De allí que hayan debido seguirse, en inteligencia del suscrito, las atinadas reflexiones del Ministerio Público en el sentido de que al observar que la Caja, que fue la parte recurrente, fue la que así mismo solicitó la reconstrucción, "no se cuidó de aportar documentos que seguramente están en su poder y que formaban parte de los antecedentes administrativos que dieron origen a la resolución acusada, y que obraron como prueba en la primera instancia. Así las cosas, sin conocer los elementos de juicio que analizó el tribunal para llegar a la decisión controvertida, resulta materialmente imposible llegar a la conclusión de que el *a quo* se equivocó en sus apreciaciones. Tal como se encuentra el proceso, resulta imperativo respetar la sentencia del tribunal, pues no existe base fáctica ninguna que permita decidir en contrario".

Es más: Si, conforme dice el tribunal, que al regresar de vacaciones el actor Bautista Moller, médico, no se le asignó por el Jefe de Urgencias las tareas que debía desempeñar como propias de su profesión y debido a que en tal calidad había sido designado y lo que dio origen, también conforme al sentenciador de primera instancia, a un incidente con el Jefe de Personal, la Caja debió —ese era su deber— averiguar qué ocurría en realidad, adelantar la investigación que correspondiera y, si de ello resultaba la necesidad de hacer proceso disciplinario, obrar en derivación de lo que resultase. Si las pruebas que tuvo a su vista el tribunal lo llevaron a fallar en el sentido de aceptar las pretensiones de la parte actora, porque, de ellas resultó debidamente probada la desviación de poder, ha debido confirmarse, a juicio del suscrito, el revisado proveído.

Las anteriores lucubraciones son suficientes para manifestar la disconformidad del suscrito.

Con acatamiento,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Bogotá, D. E., 20 de octubre de 1989.

*DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS-Facultades/CIRCULARS-Aduanas/DIRECCION GENERAL DE ADUANAS-Competencia/IMPORTACION DE VEHICULOS-Funcionarios del servicio exterior*

*Son varias las disposiciones del derecho positivo que confieren al Director General de Aduanas la facultad de emitir circulares y reglamentos como una de las formas de ejercer sus funciones siendo esa, la de dictar reglamentos, una de ellas como lo dice el literal d) del artículo 3º del Decreto 075 de 1976. El objetivo de la circular demandada es el de proteger los derechos de quienes se benefician con la importación de los vehículos proporcionando a los administradores de aduana una guía que, sin violar las normas que le son rectoras, les indica la forma de proceder cuando "el nuevo valor resultante sea superior al límite pertinente establecido en el Decreto 2399 de 1986, y dicha diferencia se origine únicamente en fluctuaciones del tipo de cambio de terceras monedas respecto al dólar americano, hecho que debe comprobarse plenamente".*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

*Referencia: Expedientes acumulados números 832-2164. Autoridades nacionales. Actor: José Huber Restrepo González y Luis Marino Duque Gómez.*

Los ciudadanos José Huber Restrepo González, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.468.964 expedida en Neira (Caldas) y Luis Marino Duque Gómez, al parecer identificado con la cédula de ciudadanía número 4.469.773 expedida en Neira (Caldas), promovieron ante esta Corporación, en idénticos libelos presentados en fechas diferentes, demanda de nulidad contra una resolución emitida por el Director General de Aduanas. Los ciudadanos obran en su propio nombre y la acción ejercida es la consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

*La demanda:*

Se pide en los libelos ya referenciados, que se declare nula "la Resolución (sic) 910 de 12 de noviembre de 1986 emitida por el Director General de Aduanas. En su defecto, que es nulo el literal d) del numeral 2º y el numeral 3º de la misma instrucción". Por medio de la Circular 910 demandada, el señor Director General de Aduanas imparte instrucciones a los administradores de Aduana en relación con la aplicación del Decreto 2399 de 1986 en lo que hace a funcionarios de servicio exterior colombiano o de organismos internacionales de carácter intergubernamental.

Cita el actor en la demanda, como hechos y omisiones fundamentales de la pretensión, varias normas de carácter nacional e internacional, comenzando por la emitida por la ALALC que "en su quinto período de sesiones adoptó la Definición del Valor Bruselas y sus Notas Interpretativas. Esto lo hizo a través de la Resolución número 133 de 30 de diciembre de 1965, teniendo como fundamento la necesidad de crear una noción uniforme del valor aduanero de las mercancías con los instrumentos y procedimientos aduaneros que conduciera (sic) a armonizar la aplicación de los diferentes aranceles y demás impuestos en la Subregión". Cita también el Decreto 2011 de 1973, el Decreto 2666 de 1984 y el Decreto 2399 de 1986, al igual que la misma Circular 910 de 12 de noviembre de 1986 emitida por "el Director General de Aduanas, con el pretexto de instruir a los funcionarios sobre la aplicación del Decreto 2399 de 1986".

*Las normas violadas y el concepto de la violación:*

Sintetizando, el actor señala y expone así las normas superiores en su concepto violadas:

a) De orden constitucional: 1. Los artículos 2º, 16, 20 y 63 ya que las instrucciones dadas en la circular demandada modificarían ostensiblemente el sistema de la fijación de la base imponible para la valoración de las mercancías y que "la atribución de funciones que no tienen los empleados al servicio del Estado constituye un grave resquebrajamiento del orden constitucional que generalmente atropella los derechos ciudadanos en contravía de las directrices que inspiran la cabal marcha del estado de derecho".

2. Los artículos 30, 76-22 y 205 porque, según el actor, "es evidente que si una circular del Director General de Aduanas establece un procedimiento para valorar mercancías, modificando el que se ha emitido a través de un decreto reglamentario y, a la vez, da instrucciones para que funcionarios de inferior categoría puedan desconocer un régimen arancelario excepcional, esta instrucción no es de las que está facultado (sic) a expedir y ha invadido la órbita funcional del

presidente, única autoridad que, de acuerdo con las normas enunciadas, puede reglamentar la materia”.

b) De orden legal: 1. La Ley 6ª de 1971 que como Ley Marco de Aduanas, prevé que las modificaciones que se introduzcan deben ser decretadas por el gobierno, previo concepto del Consejo de Política Aduanera y consultando otras entidades y documentos previstos en dicha ley marco. “Así las cosas, ni las normas que se atacan fueron dictadas por el gobierno ni se cumplió con las exigencias de la ley cuadro para operar las modificaciones que con violación de ésta se produjeron con la circular en comento”.

2. Los artículos 3º y 4º del Decreto 075 de 1976, porque las instrucciones dadas en la circular, pretenden cambiar el método de valoración de los vehículos importados y el sistema de sanciones del Decreto 2666 de 1984, no teniendo facultades para ello, saliéndose del ámbito de su competencia y omitiendo, además, el lleno de todas las formas ya que la circular no fue refrendada por el Subdirector General de Aduanas de acuerdo con el artículo 4º del decreto mencionado.

3. Los Decretos 2011 de 1973, 2666 de 1984 artículos 3º, 7º y 308, 2399 de 1986 artículo 2º y Decreto 01 de 1984 artículo 84.

El primero de ellos, en su artículo 24 y 25 estableció un régimen sancionatorio para los casos en que la revisión del valor declarado diera como resultado un ajuste. La reforma de la legislación de aduanas, Decreto 2666 de 1984, se ocupó en el artículo 308 de la “declaración de un precio inferior al normal”. El actor considera violado todo el articulado del Decreto 2399 de 1986, sin embargo “es resaltable (sic) que después de que el artículo 2º reconoce a los funcionarios del servicio exterior colombiano unos gravámenes preferenciales para sus automóviles, una disposición de categoría inferior les cambie lo que el decreto les ha reconocido como un derecho. Si al momento de presentarse a la aduana a cancelar los derechos le resultan conque ya se los han incrementado hasta en un 181%, con seguridad que en la mayoría de los casos no tendrán otro remedio que dejar abandonada la mercancía a favor del Estado”.

#### *La impugnación:*

La Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, por conducto de apoderada, se opuso a la pretensión de la demanda “por falta de causa en los hechos y en el derecho”. Dice que con la estructura de la demanda se pretende hacer confundir a los magistrados por tener una redacción antitécnica y confusa; discrimina cada uno de los puntos de dicha demanda y aclara la equivalencia idiomática de algunas expresiones técnicas en ella empleadas y pertenecientes al lenguaje mercantil, tales como “Valor FOB”, iniciales de los términos “Free On Board” (libre a bordo). “Valor CIF”: Cost, Insurance, Freight and

excitange (Costos más seguros y fletes); hace una reseña histórica sobre el sistema de valoración en Colombia, explicando cómo la Circular 910 de noviembre 10 de 1986 no implica nuevo procedimiento de valoración sino meras instrucciones sobre la aplicación del Decreto 2011 de 1973 en las importaciones de que trata el Decreto 2399 de 1986; refuta la afirmación del actor sobre la falta de competencia del Director General para dictar circulares y reglamentos diciendo que el hacerlo es una de las facultades conferidas en el Decreto orgánico 075 de 1976, solicitando, después de análisis diversos sobre los diferentes tópicos de la demanda, que sean desatendidas las pretensiones de la misma.

#### *La vista fiscal:*

Al emitir su concepto de fondo, el señor Fiscal Primero de la Corporación sugiere que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda ya que, con relación al primer cargo, el Director General de Aduanas estaba facultado para la emisión del acto acusado por el Decreto 2011 de 1973, y, sobre los demás cargos, "prohíja los planteamientos de la apoderada del Ministerio de Hacienda".

#### *Consideraciones de la Sala:*

Penoso y dilatado, por decir lo menos, resulta el examen de una demanda como la que es motivo de estas consideraciones cuando, además de estar presentado el mismo discurso en factura doble, atenta contra la economía procesal so pretexto, no manifestado, de salvaguardar la material. La carencia de márgenes y espacios, la inclusión de conceptos personales dentro de los textos oficiales atacados sin solución alguna de continuidad, restan claridad a la exposición y hacen confusas las razones del pedimento.

Hecho el anterior exordio, obligante es, en primer lugar, hacer referencia a la doble demanda acumulada. Como se refirió al comienzo de este escrito, dos son las acciones a decidirse. La primera está contenida en el expediente señalado con el número 832 y fue presentada el 3 de febrero de 1988 en la Secretaría de esta Sección Primera por el profesional José Huber Restrepo. Una vez admitida, y habiéndose negado la suspensión provisional en ella impetrada del acto acusado, se presentó la misma demanda ante la Secretaría de la Sección Cuarta. En esta nueva acción, la constancia de la publicación del acto acusado es expedida a petición del mismo profesional José Huber Restrepo y, aunque el escrito de demanda está firmado por otra persona, contiene igualmente la solicitud de suspensión provisional del mismo acto, suspensión que ya había sido negada, como se dijo, en Sala Unitaria de esta Sección. La Consejera ponente de esa Sección, denegó igualmente la suspensión. El proceder de los actores no aparece claro y lo encuentra la Sala contrario a las normas del Decreto-ley

196 de 1971 que contiene el estatuto del ejercicio de la abogacía, razón por la cual en esta providencia se dispondrá ponerlo en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La apoderada de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas—, promovió, en escrito que aparece a folio 57 del expediente número 832, incidente de acumulación de los procesos atrás relacionados “en consideración a la relación del tema, identidad de la pretensión y por tratarse del mismo demandado”. Decretada la acumulación mediante auto de 13 de abril de 1989, se dispuso la suspensión temporal del proceso *ut supra* señalado a fin de nivelarlo al estado procesal del juicio contenido en el expediente número 2164. Este proveído versa pues sobre la pretensión contenida en ambos libelos que, como ya se dijo, contienen el mismo texto.

Observa la Sala que la segunda demanda presentada ante la Sección Cuarta ha seguido su curso normal, pero no ha debido de ser admitida por la razón que seguidamente se expondrá:

La Ley 39 de 1961 en su artículo 1º determina: “A partir de 1º de enero de mil novecientos sesenta y dos (1962), los colombianos que hayan cumplido veintiún años (21) sólo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales”.

Ni en la ley misma, ni en disposiciones posteriores, se dice de excepciones a ese perentorio mandato. El escrito de la demanda a que se alude aparece bajo el nombre de “Luis Marino Duque Gómez”, pero el ciudadano que se presentó a la Secretaría de la Sección Cuarta, si ése era su nombre, no acreditó su identidad como lo exige la ley. Y ésta no podía ser derogada por el señor secretario de esa Sección admitiendo, en lugar de la cédula, la copia de la denuncia de la pérdida de sus documentos, copia que, en sí misma, no era tampoco ni auténtica ni autenticada. Se colige de lo anterior, que el demandante no acreditó su existencia y que, en concordancia con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, es ésta, la sentencia definitiva, la oportunidad para decidir sobre las excepciones que el fallador encuentre probadas. Se hará entonces, en la parte resolutive de esta providencia, el pronunciamiento respectivo.

Y pasando ya al tema de fondo, vemos que las normas señaladas por el actor como violadas son, de carácter constitucional unas, y de carácter legal las otras. Dice en primer lugar, que “la circular atacada por su entidad material y jurídica no está dentro de las facultades del Director General de Aduanas, sino que corresponde su emisión a otra autoridad de rango y jerarquía superior”. Con fundamento en tal afirmación, encuentra el demandante agredidas ocho normas de la Carta, entre ellas el artículo 30 que explica así: “La persona, que cumpliendo las exigencias de la norma presenta a la aduana la declaración de des-

pacho para consumo que se le reconozca la preferencia arancelaria que le concede la disposición aduanera, tiene ante sí un verdadero derecho adquirido de los que protege el artículo 30 de la Constitución”.

La Circular número 910 de 12 de noviembre de 1986 del Director General de Aduanas, tiene como finalidad impartir instrucciones a los administradores de aduana en lo relacionado con la aplicación del Decreto 2399 de 29 de julio de 1986, relativo a funcionarios del servicio exterior o de organismos internacionales de carácter intergubernamental.

El Decreto 2399 de 1986 expedido por el Presidente de la República, reglamenta la importación de vehículos de propiedad de los funcionarios dedicados a las actividades allí mencionadas. Tales son, a guisa de ejemplo, los funcionarios con rango diplomático y consular, los funcionarios y técnicos al servicio del Banco Interamericano de Desarrollo, los funcionarios especializados adscritos a las misiones diplomáticas y consulares de la República.

Conviene dejar establecido, como elemento primordial de las consideraciones sobrevinientes, que son varias las disposiciones del derecho positivo que confieren al Director General de Aduanas la facultad de emitir circulares y reglamentos como una de las formas de ejercer sus funciones siendo esa, la de dictar reglamentos, una de ellas como lo dice el literal d) del artículo 3º del Decreto 075 de 1976. Puede afirmarse que, en casi todos los literales estipulados en los artículos primero y tercero de ese decreto en los que se estructuran las funciones de la Dirección General de Aduanas y, en particular, las del Director General de Aduanas, cabría la aplicación de dicha modalidad. Cosa distinta es escudriñar, como conviene hacerlo, la redacción y finalidad de dichos reglamentos a fin de descubrir en ellos una posible violación de la facultad reglamentaria cuya competencia, por disposición constitucional, corresponde exclusivamente al jefe del ejecutivo.

Encausando pues este raciocinio hacia el objetivo que se acaba de enunciar, se hace indispensable establecer una relación comparativa entre tres actos administrativos: El Decreto 2011 de 1973, el Decreto 2399 de 1986 y la Circular 910 de 12 de noviembre del mismo año a fin de establecer si esta última disposición se amolda a las dos normas que le son rectoras o, por el contrario, les es agresiva formando una tricotomía que repugnaría al orden jurídico.

a) El más antiguo de los ordenamientos citados, es el Decreto número 2011 de 1973 “por el cual se adopta la Definición del Valor de Bruselas, con sus Notas Interpretativas y Explicativas”. Es decir, se adoptó el sistema Bruselas de valorización de mercancías de importación debido a que, a partir de la creación del Acuerdo de Cartagena, se unificó el sistema de un tanto por ciento *ad valorem* a fin de igualarlo al de los demás países de la ALALC. El decreto entonces, rige sobre las mercancías importadas y establece un procedimiento

para fijar el valor normal en aduana, los elementos de ese valor normal, la determinación del valor normal a partir del precio pagado o por pagar, a partir del precio usual de competencia y a partir de otros procedimientos. Establece igualmente un régimen de sanciones cuando se comprueben falsedades en los valores declarados, mala fe o incongruencias;

b) El Decreto 2399 de 1986 dicta norma sobre algunas mercancías de importación de las que habla el Decreto 2011, concretamente, sobre la "importación de vehículos de propiedad de funcionarios del Servicio Exterior Colombiano o de organismos internacionales de carácter intergubernamental".

Tienen estos dos decretos, la misma base legal esto es, el Presidente de la República además de basarse en las facultades constitucionales, se apoya, en especial, en las conferidas por la Ley 6ª de 1971 de septiembre 16 "por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas". Esta ley, en su artículo 3º, establece que "las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado por la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931". Y, en el literal c) del artículo 1º autoriza al gobierno para la "Actualización de las Normas de Valoración de Mercancías, para lo cual podrá incorporar los ajustes que periódicamente acuerde el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, tanto de la Definición del Valor como de sus respectivas Notas Legales e Interpretativas, y establecer los mecanismos y reglamentaciones conducentes a la percepción adecuada y regular de los gravámenes arancelarios". Fue entonces este ajuste, esta actualización, el cometido esencial del Decreto 2011 de 1973; y el Decreto 2399 de 1986 una concreta aplicación, una reducción a la realidad de dichas disposiciones teniendo como material tangible los vehículos que solicitan entrar al país, es decir, importar, los funcionarios que le han servido en el exterior, ya sea a nivel diplomático, ya técnico o en cualquiera otra de las actividades taxativamente señaladas en dicha disposición.

c) La Circular número 910 de 12 de noviembre de 1986, acto atacado, aparece, siguiendo los lineamientos de las reglamentaciones anteriores, como la secuela lógica de las mismas, como la explicación, la instrucción técnica y atemperada a la época que el Director General imparte a sus subordinados sobre la manera de asimilar el valor de las mercancías que ingresan, a los valores límite establecidos en el Decreto 2399 de acuerdo "al tipo de cambio vigente en el momento de la aprobación de la respectiva licencia, según el Decreto 2011 de 1973". Porque, al parecer de la Sala, es apenas natural que dado el origen diverso de los vehículos, los diferentes tipos de moneda que rigieron

su compraventa inicial, al hacer la conversión en dólares de acuerdo a la tabla en la cual se tienen en cuenta los años de uso del vehículo y los límites en el valor FOB, resulten diferencias originadas en las fluctuaciones del tipo de cambio de dichas monedas. Nace, en esta posible diferencia, que por obvias razones no es propiamente esporádica, la razón de ser del literal d) de la circular juzgada.

Se hizo ya mención en estas consideraciones, al régimen de sanciones establecido en el Decreto 2011 que deben ser aplicadas por la Dirección General de Aduanas cuando "a través de los estudios realizados llegue a comprobar falsedad, incongruencia o mala fe en los valores declarados". Lo que excluye, *ipso jure*, la aplicación de multas o sanciones a los importadores que por razones diferentes a las anotadas, exceden el límite fijado y, muy particularmente, cuando ese exceso se debe a las fluctuaciones cambiarias que, en resumidas cuentas, sería la única razón admitida para el desajuste. Se intuye, por tanto, que la circular no está extralimitando atribuciones cuando en el literal d) del numeral 2 dice: "Como se admite el exceso en el límite fijado únicamente por fluctuaciones cambiarias, no procede la aplicación de multas o sanciones". No lo está haciendo puesto que esta apreciación es lógica conclusión a que se llega leyendo lo dispuesto en el Decreto 2011 sobre sanciones. No se está reformando ni violando, como lo afirma el actor, el estatuto de valoración.

En concordancia con lo que se acaba de afirmar, no se vislumbra en la circular demandada una modificación "al régimen sancionatorio previsto en el Decreto 2399 de 1986 el cual, al regular las importaciones de vehículos de los funcionarios del servicio exterior y otras actividades ya descritas, establece gravámenes *ad valorem* en forma preferencial, indicando el proceso que se debe seguir en el caso de exceso de valor, respecto a los límites señalados, cuando dicho exceso es debido a las naturales fluctuaciones entre la firmeza del dólar y los cambios valorativos de las otras monedas, circunstancia ajena a la voluntad de los funcionarios o exfuncionarios importadores y a la voluntad del Estado mismo. Caso distinto se presentaría cuando dicho exceso se presenta por causa diversa, como cuando se pretende hacer pasar un automóvil que tiene como límite un valor FOB de treinta mil dólares como si fuera de veinte o de catorce mil; o se pretende que dicho vehículo tiene más años de uso que el real. Invocar en esta circunstancia el artículo 7º del Decreto 2666 sería una acción fuera de lugar puesto que es apenas natural que se estaría incumpliendo con las exigencias de la norma (El dicho artículo reza: "Los derechos de importación aplicables a la mercancía serán los vigentes en la fecha de presentación de la declaración y en los demás casos los vigentes en la fecha de ocurrencia del hecho generador"). Y es claro: La modificación de "los derechos de importación a los declarantes después de presentarse la declaración y sin que haya habido cambio en la posición arancelaria" no se podría atribuir a la autoridad aduanera sino al importador de mala fe. En cuanto a la hipotética violación del

artículo 3º del mismo decreto, sirva lo ya dicho por esta Sala en el tercer acápite de estas consideraciones de fondo. Y se agrega: Lo que ordena dicho artículo en cuanto a que “el Director General de Aduanas dictará las instrucciones que considere pertinentes para la debida aplicación de este decreto”, forma una secuencia hilada con las normas ya citadas y con el artículo 31 del tantas veces citado Decreto 2011 de 1973 que, por lo ya explicado, forma el eje en cuyo entorno gira toda la normativa jurídica a cuya aplicación está consagrada, sin que le sea contradictoria, la circular denunciada. Veámoslo: “Queda facultada la Dirección General de Aduanas para tomar las medidas complementarias que juzgue necesarias para la correcta interpretación y aplicación de este decreto”.

Ya en cuanto a la no refrendación de la circular por parte del Subdirector General de Aduanas, conviene destacar lo dicho por esta Corporación en lo que se refiere a la finalidad del establecimiento de las formalidades en la expedición de los actos y en cuanto a las “irregularidades no causantes de la sanción de nulidad” en la sentencia citada por la apoderada del Ministerio de Hacienda con ponencia del Consejero Carlos Portocarrero Mutis la cual, más adelante de la parte por ella transcrita, dice: “No tiene ciertamente, ninguna lógica, sacrificar el derecho sustancial en aras de reparar una informalidad de ritualidad administrativa cuyo fin y esencia es precisamente la protección de ese derecho; menos cuando la expedición irregular del acto no acusa ningún tipo de lesión en sentido alguno, ni a persona o entidad alguna” (*Anales*, pág. 827).

En el acto examinado, su objetivo mismo es el de proteger los derechos de quienes se benefician con la importación de los vehículos proporcionando a los administradores de aduana una guía que, sin violar las normas que le son rectoras, les indica la forma de proceder cuando “el nuevo valor resultante sea superior al límite pertinente establecido en el Decreto 2399 de 1986, y dicha diferencia se origine únicamente en fluctuaciones del tipo de cambio de terceras monedas respecto al dólar americano, hecho que debe comprobarse plenamente”.

Con tal acto no se está haciendo daño a nadie, ni en general ni en particular, pues si esta última ocurrencia se presentara, habría que deducir que es inepta la demanda al pretenderse, indirectamente, el restablecimiento de un derecho.

Aduce además el demandante que “el Decreto 2399 de 1986 ha creado con detalle unas expectativas (sic) económicas para los funcionarios que prestan sus servicios en el exterior en el cuerpo diplomático”, para luego concluir: “Si la aduana considera que hay modificación del valor, ya no son (los gravámenes) los preferenciales del Decreto 2399, sino los ordinarios, con grave desmedro de los derechos económicos que ya han ingresado en la esfera patrimonial del interesado”.

Asiste razón al actor cuando afirma que el decreto citado "ha creado unas expectativas (sic) económicas". Pero, por ese mismo motivo, la razón no le asiste cuando se refiere a ellas como "los derechos económicos que ya han ingresado en la esfera patrimonial del interesado". Y no le asiste porque, según parece, él se refiere realmente es a las "expectativas" que el diccionario de la lengua define como "espera fundada en promesas o posibilidades" lo que indica, en cierta forma, que se trata de un beneficio aleatorio que dependería de otro suceso, y ese suceso es el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley. Mal podría hablarse entonces de "derechos adquiridos" con base en el artículo 30 de la Constitución.

Varios son los pronunciamientos que conforman la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que "el artículo 30 carece de los ilimitados alcances que generalmente se le atribuyen y no permite la generalización indiscriminada de su tutela". Esa norma hace referencia sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas.

Es claro entonces el sistema que se debe seguir en los fenómenos, que a causa de la diversidad de monedas internacionales, se podrían presentar en lo que el autor en su lenguaje llama la diligencia de "desaduanamiento", sistema que armoniza perfectamente y concatena a su vez, con el primer eslabón citado en la demanda es decir, la Resolución número 133 de 1965, por la cual la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, adoptó la Definición del Valor de Bruselas y sus Notas Interpretativas, "teniendo como fundamento la necesidad de crear una noción uniforme del valor aduanero de las mercancías con los instrumentos y procedimientos aduaneros que "conduciera (sic) a armonizar la aplicación de los diferentes aranceles y demás impuestos en la subregión".

Recapitulando lo dicho, es un imperativo concluir que, comparadas una a una las normas constitucionales enunciadas por el actor y señaladas como transgredidas por la Circular número 910 del Director General de Aduanas con destino a los administradores de las mismas, no aparece tal transgresión, como tampoco se nota violación a ninguna de las disposiciones legales citadas, y menos aún al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pues el concepto expresado por el actor confirma lo que es lógico que sea, dada la acción incoada esto es, que dicho artículo es el fundamento de derecho de tal acción, no la norma violada.

Por las razones que se acaban de exponer, no encuentra la Sala que haya existido violación de las normas citadas y por tanto no prosperará la pretensión de la demanda.

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

el concepto del señor Agente del Ministerio Público y estando de acuerdo con él,

*Falla:*

1º *Se declara probada* la excepción de inepta demanda en el proceso número 2164, por inexistencia de la parte demandante.

2º *Se deniegan* las peticiones de la demanda en el proceso número 832.

3º *Póngase* en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el proceder de los actores en los procesos acumulados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

*COSA JUZGADA - Procedencia / HOMEOPATIA - Reglamentación / ICFES*

*Cuando la decisión jurisdiccional es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe, exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otra causa con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 635. Autoridades nacionales. Actor: Edgar Brecci Martín.

El ciudadano Edgar Brecci Martín, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C. C. A., solicita que previos los trámites legales y con citación del Ministro de Educación, se declare la nulidad del Acuerdo número 050 de marzo de 1980 expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, mediante el cual se adoptó una política sobre la enseñanza de la homeopatía en Colombia.

*El acto acusado:*

Dictó la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—, el Acuerdo número 050 de 24 de marzo de 1980, en el cual, luego de una serie de consideraciones, dispuso:

*“Artículo primero. La Junta Directiva del ICFES podrá autorizar el funcionamiento de programas de homeopatía, siempre y cuando los aspirantes a ingresar a ellos tengan como requisito mínimo indispensable el título de profesional en medicina y cirugía, esto es, que sólo se podrán autorizar programas de educación avanzada o de postgrado, tal como se definen en los artículos 34, 35, 36 y 37 del Decreto extraordinario 80 de 1980”.*

*La demanda:*

Refiere el demandante que el artículo 11 de la Ley 67 de 1935 establece que “a partir de la vigencia de la presente ley no se podrá conceder licencia para el ejercicio de la homeopatía, sino a personas que obtengan un título en una institución o facultad cuyo pènsum haya sido aprobado por el Poder Ejecutivo y cuyo funcionamiento esté previamente vigilado por representantes del Gobierno. El Poder Ejecutivo determinará los elementos que debe tener la institución o facultad y las materias que deben constituir el pènsum a que se refiere este artículo”. Añade que “el legislador no ha prohibido en ningún caso el ejercicio de la medicina homeopática, sino que se ha limitado su ejercicio tal como lo establece la Ley 67 de 1935, exigiendo título obtenido de una institución o facultad cuyo pènsum haya sido aprobado por el Ejecutivo”. Por último, que ni el Congreso ni el Gobierno han prohibido el ejercicio de la medicina homeopática y que al ICFES no le han sido otorgadas atribuciones para adoptar políticas con relación a la enseñanza superior, siendo esta atribución exclusiva de la ley.

Como normas violadas cita el artículo 39 de la Constitución Nacional y el artículo 11 de la Ley 67 de 1935.

En cuanto al concepto de la violación, dice, transcribiendo sentencia de la Corte, de 3 de marzo de 1972, que “el artículo 39 de la Constitución en sus incisos 1 y 2, adopta tres normas fundamentales sobre la materia, que son pauta para legislar e interpretar la ley:

“a) Libertad de escoger profesión u oficio;

“b) Facultad del legislador de exigir, *por medio de ley*, títulos de idoneidad y de reglamentar el ejercicio de las profesiones;

“c) Deber de las autoridades de inspeccionar, además de las profesiones, los oficios, en relación con la moral, la seguridad y salubridad pública, función que supone la existencia de reglamentos adecuados a ese fin”.

Concluye al respecto que “la Junta Directiva del ICFES no podía determinar ni adoptar política alguna con relación a la enseñanza de la homeopatía en Colombia, toda vez que la definición y limitación en lo referente a las profesiones, única y exclusivamente, se insiste, corresponde al legislador y mal podría salir de su órbita toda vez que cualquier decisión a ese respecto, envuelve y cubija una serie de derechos que tienen los ciudadanos, los que no pueden ser vulnerados mediante acto administrativo”.

Respecto del quebranto del artículo 11 de la Ley 67 de 1935, dice el actor que, al tenor de tal norma, son los siguientes los requisitos para obtener la licencia para el ejercicio de la homeopatía:

"a) La licencia debe ser expedida por el Gobierno;

"b) Sólo le será otorgada a quien obtenga un título en una institución o facultad, cuyo pénsum haya sido aprobado por el Ejecutivo;

"c) Que dicha institución o facultad esté vigilada por representantes del Gobierno;

"d) El Ejecutivo determinará los elementos que deba tener la institución o facultad y las materias que deba constituir el pénsum" (sic).

Agrega que "el legislador al autorizar al Gobierno para reglamentar el ejercicio de la homeopatía lo hizo a sabiendas de la diferencia entre las dos medicinas —alópata y homeópata—, y en ningún caso ni siquiera en forma indirecta hace alusión alguna de que la homeopatía es un método terapéutico, porque de considerarlo así no autorizaría su reglamentación ya que un simple método de terapia no requiere reglamentación gubernamental como si se tratara de una profesión".

Por último, dice el demandante que el acto acusado infringe el artículo 41 de la Carta relativo a la libertad de enseñanza, por cuanto "el Gobierno alegando cumplir con su deber de vigilar e inspeccionar desconoce derechos adquiridos, reconocidos por leyes, interfiere con la enseñanza de una ciencia lícita, extralimitando sus funciones sin justificación legal alguna".

#### *Impugnación de la demanda:*

Inicialmente se constituyó en parte impugnadora el Ministerio de Educación Nacional, mediante procuradora judicial consignando su oposición en escrito fechado el 2 de octubre de 1987. Dice en esencia el impugnador que al tenor del Decreto 80 de 1980, del Decreto 81 y del Decreto 2743 del mismo año, "está en manos del Ejecutivo ocuparse de lo atinente a la autorización de funcionamiento y aprobación de programas de educación superior", por lo cual lo que se hizo en el decreto acusado fue "precisamente establecer las pautas que deben cumplirse para el funcionamiento del programa de educación superior", lo que se halla dentro de las facultades del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, puesto que "la homeopatía es un método de aplicación de la medicina". Finalmente, que mediante el acto acusado no se limita o prohíbe el ejercicio de la homeopatía sino que se le da la categoría de "Formación Avanzada que según el artículo 34 del Decreto 80 de 1980, constituye el máximo nivel de Educación Superior", y que "el artículo 39 de la Constitución Nacional, señalado como violado en la demanda, se refiere al ejercicio de la profesión, no a la determinación ni autorización de programas académicos en la enseñanza de la educación superior".

Posteriormente y en virtud de la nulidad decretada, compareció al proceso el ICFES a través de apoderado, quien en oportunidad para ello dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones de cosa juzgada, por cuanto esta Corporación ya se había pronunciado sobre la legalidad de dicho acuerdo; y la de ineptitud sustantiva de la demanda, ya que el acuerdo demandado “en vez de desconocer los programas de homeopatía los reconoce, pero estableciendo una limitación”.

#### *Alegatos de las partes:*

Presentó alegato de conclusión el demandante, haciendo un breve recuento del proceso y solicitando se decrete la nulidad del acuerdo demandado por cuanto éste en su sentir, “no se ajusta a la legislación vigente y sí viola en forma ostensible y clara normas jerárquicamente superiores”.

Por su parte, el señor apoderado del ICFES solicita se declaren probadas las excepciones propuestas por cuanto esta Corporación en proceso anterior ya se había pronunciado sobre el acuerdo demandado, además de que considera que el acuerdo acusado “tan sólo se limita a acoger las recomendaciones que hace el Consejo Nacional de Formación de Recursos Humanos para la Salud como consta en el Acta número 56 de noviembre de 1979 de tal forma que debió acusarse tal acto”.

#### *Concepto Fiscal:*

Sostiene el señor Fiscal Primero de la Corporación que no existe una norma legal que contemple como requisito previo para ejercer lícitamente la homeopatía, el ser médico cirujano titulado, pues ni la Ley 67 de 1935 ni la Ley 14 de 1962, que “son las que, hasta donde se tiene noticia, actualmente rigen la materia”, exigen tal circunstancia, por lo cual “mal puede consagrarse por un organismo eminentemente fiscalizador y controlador, como lo es el ICFES, que el título requerido para que aspirantes puedan ingresar a programas de homeopatía, sea obligatoriamente profesional en medicina y cirugía”. Que por consiguiente “el acto demandado efectivamente viola, como lo plantea el actor, el artículo 39 de la Carta, que atribuye la potestad de reglamentar las profesiones a la ley, o sea, al legislador que es completamente distinto al órgano que lo hizo”. Por lo anterior, concluye, “deben despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Antes de abordar el estudio del problema planteado, conviene advertir que el presente proceso sufrió un atraso considerable en su

tramitación debido a la nulidad procesal que por falta de notificación del auto admisorio de la demanda al señor Director del ICFES, que se detectó cuando entró a despacho para fallo y hubo de decretarse a partir del auto admisorio de la demanda, mediante providencia de 2 de septiembre de 1988, por no haber sido saneada por la parte que podía hacerlo. Consecuencialmente, debió repetirse toda la actuación surtida hasta ese momento.

Y en esta nueva situación procesal, el señor apoderado del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, en su alegato de conclusión ha propuesto entre otras excepciones, la de cosa juzgada, en razón a que conforme consta en la copia idónea acompañada al proceso, esta misma Sección en sentencia de 24 de mayo de 1985 al resolver una demanda propuesta contra el mismo Acuerdo 050 de 1980 aquí demandado, no accedió a las pretensiones de la nulidad incoadas.

Conforme el artículo 175 del C. C. A. "la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada 'erga omnes'". "La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la 'causa petendi' juzgada".

De acuerdo con la norma en cita, el fenómeno jurídico de la cosa juzgada con efecto *erga omnes* en las sentencias que se produzcan en acciones de nulidad, opera sin ningún límite en los casos en que la acción prospera y la decisión jurisdiccional consiste en la declaratoria de nulidad del acto impugnado, porque obviamente dicho acto desaparece del medio jurídico y mal podría ser objeto de nuevo proceso judicial o ser objeto de aplicación el acto acusado. Pero si la decisión jurisdiccional es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe, como lo ha dicho el Consejo de Estado, exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del *petitum* que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otra causa con diferente *petitum* y dejar de regir para ese efecto.

Ahora bien, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso en virtud del artículo 267 del C. C. A., para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes.

En cuanto a la identidad del objeto y la identidad de la causa es conveniente destacar que el objeto de la demanda, es la pretensión, la cual está contenida en la parte *petitoria* y la causa de pedir, que se relaciona con los hechos de la demanda, consiste en el fundamento inmediato del derecho que se ejerce; es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior.

En el proceso originado en la demanda presentada por el señor Hernán Gómez Forero esta Sección en sentencia de 24 de mayo de 1985, acompañada en copia autenticada al proceso, negó las peticiones de la demanda.

En la demanda que dio origen al presente juicio, el actor Edgar Brecci Martín solicita que previos los trámites del proceso ordinario se declare la nulidad del Acuerdo 050 de marzo 24 de 1980 "por el cual se adopta una política sobre la enseñanza de homeopatía en Colombia", expedido por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—.

Y en el proceso anterior, esto es el fallado el 24 de mayo de 1985, el ciudadano Hernán Gómez Forero impetró la nulidad en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 del Acuerdo número 050 de 24 de marzo de 1980, expedido por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—.

No obstante que la formulación de las pretensiones, la redacción de los hechos, los argumentos expuestos y la forma en general, son diferentes, la causa que motiva la demanda es la misma o sea, que el Acuerdo número 050 de 1980 no podía reglamentar el ejercicio de la homeopatía, pues solamente el legislador puede reglamentar las profesiones y por tanto el ICFES no podía determinar ni adoptar política alguna en relación con la enseñanza de la homeopatía en Colombia. En ambos procesos se dice que el Instituto tiene funciones de colaboración y de asesoría, mas no definitivas de políticas educativas en el plano de la enseñanza postsecundaria. Y si bien es cierto que los argumentos aducidos en la demanda no son iguales, no por ello la causa deja de ser la misma ya que la diferencia en el planteamiento de los hechos, no cambia el estado de la causa.

Así mismo, en los procesos contencioso administrativos, como reiteradamente lo ha dicho la Corporación, el fallador no puede salirse del marco de las normas que como violadas le indique el demandante. Así las cosas, respecto de las normas que en los dos procesos se indican como violadas, en ambos se coincide en el señalamiento de los artículos 39 y 41 de la Constitución Nacional mas no en el artículo 11 de la Ley 67 de 1935 que se indica en el presente proceso. Consecuencialmente y acorde con las ideas que antes se han expresado, en el caso presente se opera el fenómeno de la cosa juzgada en relación con los artículos 39 y 41 de la Carta indicados en ambos procesos, pues es evidente que entre los dos juicios existe identidad de objeto y de causa porque las nociones se fundan en las afirmaciones consistentes en la violación de ellos. Y en cuanto al artículo 11 de la Ley 67 de 1935 que estima la demanda ha sido violado por el acto acusado, por cuanto en su sentir éste prohíbe la enseñanza y ejercicio de la homeopatía, no aprecia la Sala su violación pues el Acuerdo 050 de

1980 en parte alguna prohíbe la enseñanza de ella y antes bien señala con toda nitidez la posibilidad de ofrecer los estudios de la homeopatía dentro de los programas de educación avanzada o de postgrado tal como se define en los artículos 34, 35, 26 y 37 del Decreto-ley 080 de 1980; todo ello como lo anota el señor apoderado del ICFES, en consonancia con las atribuciones que le fueron otorgadas a la Junta Directiva del mismo, advirtiéndose que el acto impugnado se limita a regular asuntos propios de un programa en la modalidad de educación superior.

Y en razón de las anteriores consideraciones y acorde con lo previsto en el artículo 164, segundo inciso del C. C. A. se declarará probada la excepción de cosa juzgada en la forma antes indicada y negarse las demás peticiones de la demanda.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

1º *Se declara* probada en este proceso la excepción de cosa juzgada en relación a los artículos 39 y 41 de la Constitución Nacional.

2º *Se niegan* las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

Se deja constancia que la providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Víctor M. Villaquirán M., Secretario.*

*MUNICIPIO - Creación / DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION - Concepto / ACTO PREPARATORIO*

*El concepto del Departamento Nacional de Planeación es un acto preparatorio en el sentido obvio de que en primer lugar ha de rendirse y de manera favorable respecto de las circunstancias del artículo 16 del Decreto 1333 de 1986 y en segundo término, será el instrumento a manera de asesoría técnica que ha de servir a los diputados como elemento de juicio para formarse su opinión y adoptar la decisión a que hubiere lugar. Siendo ello así no procede la acción de nulidad.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Referencia: Expediente número 1305. Actor: Alcaldía Municipal de Chiriguana.*

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de 2 de octubre de 1989 mediante el cual el Consejero ponente de este proceso decidió inadmitir la demanda incoada contra el oficio número J-114 de 22 de noviembre de 1988 suscrito por la señora Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

*El acto suplicado:*

Se expresó así para inadmitir la demanda:

*“Par decidir acerca de la admisión de la demanda se considera:*

*“Decide el artículo 16 del Decreto 1333 de 1986 que, ‘sin el lleno de los requisitos a que se refiere el artículo 14 del presente código, las asambleas podrán erigir en municipios aquellos territorios que carezcan de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forman parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales así lo aconsejan, previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación’.*

“Pues bien, el doctor Rodrigo Alfonso Escobar en el caso presente demanda la nulidad del concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación en torno a la creación del municipio de El Paso con fundamento en el artículo 16 citado, concepto según el cual, analizada la información aportada por el Departamento del Cesar, ‘conceptúa favorablemente sobre la iniciativa a que se ha hecho referencia, por cuanto se configura la circunstancia exceptiva de que trata el artículo 16 del Decreto extraordinario 1333 de 1986 para la creación del municipio de El Paso, previa la derogatoria de la Ordenanza 029 de 1979 de la Asamblea del Departamento del Cesar’.

“El señor apoderado considera, sin sólido fundamento, que el concepto transcrito es un acto administrativo. Pero ese concepto, en sentir del suscrito Consejero, es una simple opinión que exige la ley para la conformación posterior de un acto administrativo ordenanzal. Ese concepto como lo dice el profesor González Pérez en su obra Derecho Procesal Administrativo, es un ‘simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa realizada por el órgano correspondiente.

“‘Constituye una garantía de acierto en la decisión final. Preparan la resolución administrativa. Tradicionalmente han sido llamados actos de trámite’. Estos actos en términos generales, no son susceptibles de recurso contencioso administrativo.

“Los actos preparatorios, conforme doctrina tradicional del Consejo, son aquellos que se dictan para hacer posible un acto principal ulterior, en este caso una ordenanza; son de muy variada clase y constituyen el antecedente necesario del acto principal que vendrá después y cuya validez condiciona con frecuencia, y que es en definitiva el que produce realmente el efecto jurídico deseado como declaración esencial de voluntad administrativa.

“La acción de nulidad consagrada en el artículo 84 procede contra los actos de carácter definitivo y sólo excepcionalmente contra los actos preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 del código, casos en los cuales no se encuentra el concepto del Departamento de Planeación Nacional demandado”.

#### *Sustentación del recurso:*

Pide el recurrente la revocación de la providencia suplicada con base en las siguientes argumentaciones:

Es erróneo considerar que el concepto a que se refiere el artículo 16 de la ley (sic) 1333 de 1986 no es un acto administrativo sino “una simple operación”, pues lo que constituye la figura jurídica de acto administrativo es el carácter de manifestación de la voluntad unilateralmente de la Administración Pública dirigida a la producción de efectos jurídicos.

El quid del problema para juzgar si el acto cuestionado es susceptible o no de control jurisdiccional estriba en la determinación de si “decide directa o indirectamente el fondo del asunto” al margen de que sea de trámite o preparatorio.

Es indudable que cuando para la formación de la voluntad administrativa la ley exige dictamen o concepto favorable de entidades administrativas de asesoría y consulta, dichos actos deciden indirectamente el fondo del asunto, lo que permite su impugnación jurisdiccional (art. 84, numeral 4º del C. C. A.), cual es el caso del concepto objeto de litis.

#### *Consideraciones de la Sala:*

1. Previene el artículo 16 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986):

“...Sin el lleno de los requisitos a que se refiere el artículo 14 del presente código, las asambleas podrán erigir en municipios aquellos territorios que carezcan de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forman parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales así lo aconsejan, previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.

“Igualmente, y por razones de conveniencia nacional, podrán crearse municipios en las zonas fronterizas sin el lleno de los mismos requisitos, previo dictamen favorable del Presidente de la República...”.

2. Del examen del *texto* pretranscrito se establece y concluye claramente que el concepto del Departamento Nacional de Planeación respecto de las circunstancias señaladas en tal norma, no es en sí mismo un acto creador de municipio alguno, sino un requisito o expediente previo que necesariamente ha de producirse y con el cual debe contarse para someterse a la consideración de la asamblea que ha de examinar la creación del municipio de que se trate (en el evento *sub judice*: El Municipio de El Paso) y expedir si fuere el caso *la ordenanza* correspondiente. Es entonces esta última, la que instituye o da vida al ente municipal y por ello tiene el carácter de acto definitivo.

El concepto entonces del Departamento Nacional de Planeación es un acto preparatorio en el sentido obvio de que en primer lugar ha de rendirse y de manera favorable respecto de las circunstancias del artículo 16 precitado y en segundo término, será el instrumento a manera de asesoría técnica que ha de servir a los diputados como elemento de juicio para formarse su opinión y adoptar la decisión a que hubiere lugar.

Siendo ello así, no procede la acción de nulidad contra el concepto ahora cuestionado de Planeación Nacional, de conformidad con el artículo 84, inciso 3º del C. C. A. tal como se resolvió en el auto recurrido. Los yerros que pudieran haberse cometido en relación con las exigencias legales del artículo 16 del Decreto 1333 de 1986 para la creación de municipios o todavía más, con la formación y expedición de la ordenanza respectiva pueden alegarse pero ya dentro del contexto de dirigir la acción de nulidad contra el acto definitivo, esto es, la ordenanza creadora del municipio.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión decide confirmar el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y decidida en sesión de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

*ACTO COMPLEJO / ICEL - Estatuto de Personal*

*Acto complejo es en el cual la declaración de voluntad se forma con la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella. Igualmente que no habiéndose emitido el segundo, o los demás que fueren necesarios, según el caso, el primero al no poder producir efectos jurídicos, se torna imperativo, se vuelve inexistente.*

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

*Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

*Referencia: Expediente número 2371. Autoridades nacionales. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.*

El ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad de un aparte del artículo 84 del Acuerdo número 020 de 3 de octubre de 1972, aprobado por la junta directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL— y por el cual “se adopta el Estatuto de Personal” del mencionado establecimiento público, en lo que atañe a la frase “y a las prestaciones contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967 y las convenciones colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato”. El texto completo del artículo en cuestión es el siguiente: “Los empleados y trabajadores de ICEL tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales determinadas para los demás empleados públicos y trabajadores oficiales establecidas en los Decretos 3135 y 3148 de 1968 y normas reglamentarias o aquellas que los modifiquen o adicionen, y a las prestaciones contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967 y las convenciones colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato”.

Anota el actor que, siendo el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica un establecimiento público creado por la Ley 40 de 1946 y reorganizado por el Decreto-ley 2175 de 1968, en cuanto a su personal, ha regirse por el principio de que sus servidores son *empleados pú-*

blicos, "sometidos al régimen legal vigente para esa categoría", excepto aquellos vinculados mediante contratos de trabajo por desempeñar actividades de construcción y sostenimiento de obras. Que por lo tanto, al señalar su junta directiva que las prestaciones sociales contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967 y las convenciones colectivas de 1968 y 1970 se extienden también a los que tienen rango de empleados, está rebasando facultades que la Constitución sólo otorga al legislador, por lo que quebranta el numeral 9º del artículo 76 de la Carta y, de contera, el artículo 20 de la misma, igual que los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 34 del Decreto 1485 de 1970 porque, según ellos todas las personas que prestan sus servicios al ICEL son empleados públicos, con excepción de los que desempeñen actividades en la construcción, sostenimiento de obras, equipos, etc. y labores de aseo, servicio de alimentación, lavado y planchado de ropas, asistencia doméstica, amén de que entre las facultades que otorga el Decreto 1485 de 1970 a la junta directiva del instituto, no está la de fijar las escalas de remuneración ni la de indicar el régimen de prestaciones sociales para los empleados.

Diserta también el libelista demandante acerca de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado respecto al tópico, entre otras la que obra en la sentencia de 13 de diciembre de 1972 que declaró inconstitucional el artículo 38 del Decreto-ley 3135 de 1968 (G. J., Tomo CXLIV, págs. 266 a 271), la que se halla en auto de 6 de septiembre de 1980 (Expediente 3874, C. de E., Sección 2ª, ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, actor: Ricardo Silva Redondo) y el criterio sentado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la última corporación mencionada (Concepto número 1826 de 22 de marzo de 1983, consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo).

También afirma y argumenta el ciudadano-actor que, al ser declarado inexecutable el artículo 38 del Decreto-ley 3135 de 1968 como se dijo, que fue la base para la expedición del acusado artículo 84 del Acuerdo número 020 de 1972 del ICEL, hizo desaparecer hacia el futuro sus efectos, lo que conduce a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición de la norma declarada inexecutable, más "los actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexecutable, son válidos. Su nulidad sólo será procedente cuando contrarían normas jurídicas de superior jerarquía, es decir, para solicitar la nulidad del acuerdo acusado no es suficiente demostrar que el artículo 38 del Decreto 3135 de 1968, disposición sustentatoria del acto acusado, ha desaparecido de la vida jurídica por el fallo de inexecutable de diciembre 13 de 1972, sino que es condición *sine qua non* demostrar que el acto acusado, es contrario al nuevo orden jurídico conformado por todas las normas que se han mantenido y aquellas que recobran su vigencia como el Decreto 3135 de 1968 y las normas que lo reglamentan y adicionan, Decreto 1045 de 1978, artículos 20 y 79-90 de la C. N."

En su apoyo trae el demandante en su escrito, lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de mayo de 1983 (Sección Primera, Consejero ponente doctor Roberto Suárez Franco, expediente 3920, actor Gustavo Salazar) que a continuación transcribe.

Así las cosas, el propio actor, con base en los planteamientos dichos, solicitó la suspensión provisional de los efectos de la providencia administrativa acusada, a lo que accedió la Sala Unitaria al admitir el libelo por auto de 16 de febrero de 1987 (fls. 43 a 46). Sobre el particular dispuso: "Suspéndese provisionalmente la siguiente frase del artículo 84 del Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972 dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica: 'Y las prestaciones contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967 y las convenciones colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato', respecto de los empleados públicos del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica".

De esta suerte, en su oportunidad, solicitaron ser tenidos como partes impugnadoras la ciudadana Aida Avella de Osorio (fls. 54 y 55) y el sindicato de trabajadores del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica a través de su junta directiva (fls. 58 a 66) e igualmente, se opuso a las pretensiones del libelo el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica en su calidad de entidad demandada en este asunto (fls. 67 a 71). Implícita o explícitamente se les ha reconocido la respectiva calidad (fls. 81 a 82, 84 y 95).

La ciudadana Aida Avella de Osorio centró su escrito, más que todo, para lo atinente a interponer recurso de súplica contra la suspensión provisional, el cual fue rechazado por la Sala de Decisión (fls. 81 y 82) por haber quedado ejecutoriado, antes de su interposición, el proveído que tal medida decidió. Sin embargo, como así mismo dice que invoca los argumentos que trae para impetrar la revocatoria de la suspensión como fundamentos de hecho y de derecho para que se niegue la nulidad solicitada por el demandante, a continuación se transcriben:

"Ahora, en 1987, a primera vista, puede aparecer como ostensiblemente inconstitucional (sic) el acto acusado (sic).

"Sin embargo, ello es tán (sic) sólo a primera vista y en forma aparente y parcial.

"El acto acusado, (sic) tiene antecedentes constitucionales y legales, que no se advirtieron, pero que es necesario considerar.

*"2.1. Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.*

"Lo que es hoy el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, como establecimiento público (sic) del orden (sic)

nacional (sic), data como tal, es desde 11.1968 (sic), cuando mediante el Decreto número 3175 de 1968 (julio 19) 'se reorganiza el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico', en cumplimiento del Decreto número 1050 y 3130 de 1968.

"Adviértase que si bien en 1968, también se dictó el Decreto número 3135 que en su artículo 5º estableció la equivalencia general de establecimiento público = empleados públicos, es evidente igualmente, que antes de dichos decretos, rigió el Decreto reglamentario número 2127 de 1945 que en su artículo 4º, atribuía la condición de *trabajadores oficiales* a quienes laboraban en *'instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'*.

"Por ello, la *Corte Suprema de Justicia*, (sic) anotó:

"De tal modo están dispuestas las cosas en el artículo 40 del Decreto reglamentario 2127 de 1945, que la excepción es de contenido más amplio que la presunción... Con la excepción muy notoria de la Rama Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional del Poder Público, los miembros de las Fuerzas Armadas, empleados de los resguardos y empleados políticos... quizás no haya ninguna otra actividad que no sea susceptible de fundarse al modo de los particulares' (Sentencia, julio 6 de 1955).

"Lo anterior ubica, (sic) el porqué de la procedencia legal (sic) de las convenciones colectivas en el extinto Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.

"2.2. *Prestaciones sociales y Decreto número 3130 de 1968, artículos 38 y 39:*

"De conformidad con la Constitución Nacional (art. 76, numeral 12), el Congreso de la República, mediante la Ley 65 de 1967, revistió al Ejecutivo de Facultades Extraordinarias (sic), en uso de las cuales expidió el Decreto número 3130 de 1968 (diciembre 26).

"Y en ese decreto, en su artículo 38, se atribuyó a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos, la facultad de adoptar un estatuto de personal, en el que se debía determinar para la respectiva entidad, entre otras, lo atinente a *'prestaciones sociales'*, y, complementariamente, en su artículo 39 se dispuso:

“*De las normas actuales sobre personal:*

“Las normas *vigentes* sobre las materias de que trata el artículo 38 («*prestaciones sociales*»), *continuarán rigiendo en cada organismo* hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior’.

“Se explica así, tanto la continuidad sobre ‘prestaciones sociales’, como el acusado (sic) Acuerdo número 020 de 3 de octubre de 1972, dictado por la Junta Directiva del ICEL y ‘por el cual se adopta el Estatuto de Personal del ICEL’, ‘en uso de sus *facultades legales* y en especial de las que le confiere el Decreto 3130 y el Decreto 3175 de 1968’.

“2.3. *Inexequible y efectos profuturos:*

“Después de dictado el acuerdo acusado (octubre 3 de 1972), a los dos meses y diez días, el 13 de diciembre de 1972, la honorable Corte Suprema de Justicia, (sic) declaró la *inexequibilidad* (sic) del referido artículo 38 del Decreto 3130. Pero adviértese, (sic) que tal *inexequibilidad* no se hizo sobre el artículo 39 sobre *continuidad* (sic) en cada organismo (sic) de las normas vigentes, en nuestro caso sobre *prestaciones sociales*.

“Y también tengáse (sic) en cuenta, que la *jurisprudencia* (sic) inveterada de la Corte Suprema ha sido de que (sic) las *sentencias* (sic) de *inexequibilidad* (sic) sólo tienen efecto *profuturo* (julio 17 de 1915, octubre 22 de 1922, entre otras, como igualmente lo ha sostenido el honorable Consejo de Estado mayo 22 de 1974, mayo 9 de 1983, a manera de ejemplo).

“Es evidente pues, que la *sentencia de inexequibilidad* (sic) de diciembre 13 de 1972 no tiene *virtualidad* para afectar lo dispuesto con anterioridad, en octubre 3 de 1972, y que el artículo 39 no fue, ni ha sido declarado *inexequible*.

“2.4. *Continuidad de derechos prestacionales:*

“De conformidad con la Constitución Nacional (art. 76, numeral 12), el Congreso de la República, mediante la Ley 5ª de 1978, atribuyó *facultades de legislador extraordinario* (sic) al Ejecutivo, quien así revestido, expidió el Decreto número 1045 de 1978 (junio 7) ‘por el cual se fijan reglas generales para la aplicación de las normas sobre *prestaciones sociales* de los *empleados públicos* y trabajadores oficiales (sic) del sector *nacional*’.

“El artículo 2º expresamente se refiere a los ‘establecimientos públicos’ (como lo es el ICEL).

“Y el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 3º preceptúa:

“*Del reconocimiento de las prestaciones:*

“ .....

“Las *prestaciones* que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos (sic) en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos’.

“*Conclúyese* que,

“No existe lo ostensible, (sic) ni inequívoca violación del artículo 76, numeral 9º de la Constitución Nacional; sino, por el contrario,

“Ha existido y existe un soporte constitucional, (sic) en el artículo 76, numeral 12, para que el Presidente como legislador extraordinario (sic), hubiere dictado los Decretos: 3175, 1050 y 3130, de 1968 y el Decreto número 1045 de 1978, que son el sustento del acuerdo acusado (sic), contentivo de derechos adquiridos (sic) con justo título legal (sic) y constitucional (sic) (C. N., art. 30).

“ .....

De un contenido similar es el razonamiento del apoderado judicial del Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —SINTRAICEL— para oponerse a las peticiones de la parte actora. Hace así una narración de la historia del instituto desde la época en que se introdujo constitucionalmente el principio del intervencionismo de Estado en la economía, en cuanto atañe a la explotación de industrias y empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas (art. 11 del Acto legislativo número 1 de 1936); circunscribese luego al tránsito de legislación que dio nacimiento al actual ICEL y al porqué de las prestaciones sociales comunes para sus empleados y sus trabajadores; analiza las consecuencias de los efectos profuturo de los fallos de inexecutable y la reiteración legislativa por Ley 5ª de 1978, desarrollada por el Decreto 1045 de 1978, sobre el tópico de los derechos prestacionales de los servidores de ICEL, y hace conclusiones parecidas a las que llega la primera impugnadora.

En cuanto hace a la parte demandada, su procuradora judicial en este asunto plantea dos excepciones: La de ineptitud de la demanda "por falta de los requisitos formales exigidos por la ley", por cuanto el Acuerdo número 020 de 1972, que adoptó la Junta Directiva de ICEL, nunca llegó a tener vida jurídica, puesto que jamás fue sometido a la aprobación del Gobierno conforme lo ordenaba el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, amén de que él mismo, en su artículo 113, decía: "El presente acuerdo *rige a partir de la fecha de su aprobación por el Gobierno nacional* y deroga todas las normas que le sean contrarias", y la de falta de competencia, porque el artículo 84 del C. C. A. prescribe "que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos de carácter definitivo", y sólo excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 5º, 88 y 153 del citado código, y el Acuerdo número 20 demandado no alcanzó a perfeccionarse. Su alegato de conclusión amplía los puntos de vista sostenidos en el escrito de contestación de la demanda.

El Ministerio Público, por conducto de la Fiscalía Quinta de la Corporación, opina que "el acto que contiene la norma acusada está incompleto, y por lo mismo no ha producido efectos jurídicos, por faltarle una etapa para su perfeccionamiento que se puede producir en cualquier momento, siendo ahí sí permitido demandar el acto que es complejo. En efecto, la situación contemplada en el caso de estudio encuadra dentro de la noción del acto antes señalado, por cuanto éste estaría formado por varias voluntades que actúan en forma separada, la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y el Gobierno nacional, tendientes a un mismo objetivo, como sería el reconocimiento para los empleados públicos y trabajadores oficiales de las prestaciones contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967, y las convenciones colectivas firmadas en 1968 y 1977 entre el ICEL y su sindicato. En consecuencia, solicita decisión inhibitoria y el levantamiento de la medida cautelar de la suspensión provisional.

Quepa por último recordar, antes de ocuparse la Sala de las motivaciones que han de enmarcar la decisión que corresponda, que a veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) celebróse audiencia pública, a la cual asistieron la parte actora, el apoderado del sindicato y el apoderado de la parte actora. Cada uno de ellos sostiene sus respectivos criterios, y el segundo interviniente mencionado hace una petición en el sentido de que se haga un análisis concreto "acerca de la continuidad de derechos prestacionales (sic), en relación con las siguientes normas: 1. Decreto número 3175 de 1968 (diciembre 26, Diario Oficial número 32.698), artículo 8º; 2. Acuerdo número 020 dictado durante la vigencia del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968; 3. Decreto 3175 de 1968, artículo 8º y Acuerdo número 020, artículo 84, en relación con el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, y 4. Decreto número 1045 de 1978, artículo 3º". Además, la parte actora afirma que el Acuerdo número 020 de 1972 acusado no necesitaba de la aprobación del Gobierno y que, por ende, surtió plenos efectos, dado

que el artículo 8º del Decreto 1485 de 1970 establece las tres clases de funciones de ese cuerpo (la Junta Directiva) y que el artículo 13 prescribe "que sus decisiones se denominarán acuerdos, los cuales deberán llevar la firma de quien presida la reunión y del secretario de la Junta". De allí deriva: "Con lo anterior es fácil deducir en sana lógica que el acuerdo objeto de debate no era susceptible de aprobación por parte del Gobierno, pues, como se dejó dicho, los actos administrativos (acuerdos de la Junta) que requiere la aprobación del Gobierno nacional, únicamente aquellos que adoptan los estatutos de dicho establecimiento público o lo reforman, por ellos es impertinente alegar que el acuerdo demandado era inexistente por carecer de la susodicha aprobación del Gobierno nacional, cuando ésta no era condición ni para su vigencia ni para su validez". Extiéndese en otras lucubraciones sobre el tema y en cuanto a la petición que hace el apoderado del sindicato en cuanto a que se haga un análisis de varias normatividades sobre las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, remata: "...dejó sentada la proposición en el sentido que lo solicitado por el apoderado del sindicato, es una consulta cuya respuesta es de competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado y no (sic) de esta Sección".

*Para resolver, se considera:*

I. Es indubitable que a través de la acción pública de nulidad (art. 84 del C. C. A. vigente), demandóse un aparte o frase de un *acto administrativo*, es decir, más específicamente, aquella contenida en el artículo 84 del Acuerdo número 20 de 1972 (3 de octubre) expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y que dice: "... y a las prestaciones sociales contempladas en los laudos arbitrales de 1965 y 1967 y las convenciones colectivas firmadas en 1968 y 1970 entre ICEL y su sindicato".

Porque, en verdad, allí se refleja una manifestación unilateral de la voluntad de un organismo que dirige la actividad de un establecimiento público que hace parte de la administración del Estado y que tiene el propósito de que produzca efectos jurídicos. Y dentro de la clasificación que de esta especie de declaraciones de voluntad que ha hecho la doctrina, por ser creador de situaciones jurídicas objetivas, cabe ubicarlo dentro del campo de los llamados "actos administrativos generales o genéricos" y que, por tanto, tendería a ser aplicado a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales al servicio de ICEL.

Pero, cabe preguntar, ¿produjo realmente efectos jurídicos tal "declaración unilateral de voluntad administrativa del Estado"? ¿Fue, entonces —o es— cabal acto administrativo, perfecto en sí mismo, en su esencia y en sus consecuencias?

Uno de los caracteres consustanciales del acto administrativo es la imperatividad que le hace generar la totalidad de los efectos jurídicos

de la manifestación de la voluntad completa, mientras no sea declarado nulo por los tribunales competentes. Si un acto administrativo se halla privado de ese carácter consustancial a él, si en virtud de la ley o porque el acto mismo así lo expresa o por cualquier otra circunstancia que obstruya los efectos jurídicos que debiera realizar, el acto, mientras no supere el estorbo que tal cosa le impide, será inexistente, porque no pueden imponerse y porque no obligan a terceros.

Es lo que ocurre cuando, v.gr., el acto administrativo de que se trata es apenas la expresión de voluntad de un órgano administrativo que requiere, como complemento, la expresión de voluntad de otro órgano para que, con este nuevo acto, forme una unidad llamada *acto complejo*. Es decir, que se trata de un acto administrativo que es sólo el comienzo, la primera etapa de la manifestación de voluntad administrativa integral, y que, debido a que la otra parte, a que el otro acto administrativo que formaría el complejo, nunca fue emitido.

Quepa recordar, siguiendo a Sayagués Laso, que acto complejo es el que en el cual la declaración de voluntad administrativa se forma con la intervención conjunta o *sucesiva* de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella. Igualmente que, no habiéndose emitido el segundo —o los demás que fueren necesarios, según el caso—, el primero, al no poder producir efectos jurídicos, se torna inimperativo, ausentándose así de uno de los caracteres consustanciales suyos, como se ha explicado arriba; o, en otras palabras, se vuelve inexistente.

Siendo ello así, como sucedió con el acto acusado en el evento *sub lite*, es claro que ese acto *inexistente*, y, por lo tanto, desprovisto de la calidad de verdadero acto administrativo, nunca llegó a ser parte del orden jurídico y de allí que no haya debido ser acusado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y es evidente que la suspensión provisional que se decretó, jamás tuvo operancia.

Impónese entonces sentencia inhibitoria, como ha de pronunciar la Sala como corolario de lo que se ha expuesto.

Finalmente, en relación con la petición que hiciera el apoderado judicial del sindicato de que se hiciera un estudio acerca de varias normatividades legales y reglamentarias expedidas con posterioridad al Acuerdo 020 de 3 de octubre de 1972 acabado de analizar y atinentes a las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales o más específicamente del ICEL, ha de aclararse que ello no es función de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, dado que su esfera se circunscribe a juzgar los actos o los hechos de la administración, dentro del campo que fija el código de la materia en sus artículos 128 y siguientes, en desarrollo del ordinal 3º del artículo 141 de la Constitución. A través de esta Sala, el Consejo de Estado desempeña las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Adminis-

trativo y no le es lícito "actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración..." (ordinal 1º, art. 141, cit.).

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

*Falla:*

Declárase inhibido para decidir en el fondo de este asunto.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*

## SUSPENSION PROVISIONAL / CARRERA JUDICIAL

*Para determinar si la violación de las normas constitucionales y legales que se han indicado aparece diáfana y ostensible, habrá que medir las acepciones, las tendencias o significados que el ordenamiento de la Carta otorga a los verbos conjugados en futuro del indicativo “establecerá” y “reglamentará”, atributivos de la potestad encomendada al legislador en cuanto hace a la “carrera judicial” y a los “sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales...” (art. 62 del Acto legislativo número 1 de 1945). Si para llegar a la conclusión que corresponde de tal modo que no quepa duda de la violación, es claro que ésta deja de ser manifiesta, obvia, flagrante.*

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

*Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 4039. Autoridades nacionales. Actor: Jaime Horta Díaz. (Recurso de súplica).

Decídese los recursos de súplica interpuestos por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación y el actor, ciudadano Jaime Horta Díaz, contra el auto de 14 de agosto de 1989 dictado en Sala Unitaria por la consejera Clara Forero de Castro, en cuanto resolvió, entre otras cosas, no suspender provisionalmente y parcialmente los efectos del Acuerdo número 002 de 13 de octubre de 1988 “por el cual se señalan las bases, fechas y modalidades para la convocatoria del concurso a carrera de los magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial”.

### *1. Argumentación del Agente del Ministerio Público:*

Afirma el señor Fiscal que, contrariamente a lo sostenido en la providencia recurrida, existe una ostensible violación del artículo 162 de la Carta en el acto acusado por el demandante, porque “...el precepto en cita le asigna sólo a la ley la competencia para reglamentar

la carrera judicial”, no obstante lo cual, la Corte, “extralimitándose en la facultad que le confiere el artículo 23 del Decreto 0052 de 1987 para efectos de coordinar, con el Consejo Superior de la Administración de Justicia, la fecha, modalidades y bases del concurso para efectos de la convocatoria...”, resolvió exonerar de la prueba más importante del mismo, el examen de conocimientos, a los magistrados en ejercicio. Exoneración ésta no consagrada en la ley; y no porque ésta no hubiera contemplado, para privilegiarla, la situación de quienes se suponen dotados de experiencia por estar desempeñando el cargo de magistrados, sino por cuanto, considerando tal situación, les otorgó frente a otros aspirantes, ventaja distinta a la de exonerarlos del examen de conocimientos, a saber: “En la calificación de antecedentes la experiencia judicial tendrá valoración preponderante según la escala de puntaje que establezca el Consejo Superior de la Administración de Justicia (art. 30 del Decreto 0052 de 1987)”. Y continúa: “Tenemos, entonces, que el legislador, asistido éste sí de competencia, había tomado en buena cuenta el desempeño de la magistratura, anterior o coetáneo al concurso, para darle tratamiento de privilegio frente a otros aspirantes sin esa ‘experiencia’ (entre comillas, porque experiencia, o suma de conocimientos, sin comprobación mediante examen, queda sólo en ‘permanencia’... en un cargo, para el caso). En conclusión: Ventajas en el concurso, para quienes sean, no otorgados por el legislador, con o sin buenas razones, resultan ser, como en el *sub lite*, dispensadas sin competencia funcional; pues ‘coordinar fechas, modalidades y bases de concurso’ no es exonerar, virtualmente, del mismo, a las personas en condiciones ya privilegiadas por el legislador. A propósito: La propia Corte Suprema de Justicia en conocida sentencia, dijo:

“La norma parcialmente demandada (art. 30 del Decreto 0052 de 1987) parte de dos supuestos que se hace indispensable considerar para los efectos del fallo; por una parte, que el concurso previsto en el estatuto ha culminado con igual puntaje entre dos o más aspirantes hay por lo menos uno inscrito en la carrera judicial o que se encuentra actualmente en el servicio.

“El inciso 2º, objeto de controversia en este proceso, dirime el empate ordenado que se opte por la persona ya vinculada a la carrera, y, en su defecto, por aquella que se encuentre laborando en la Rama Jurisdiccional. No comparte la Corte el concepto de la ciudadana demandante en el sentido de que este sistema presenta idénticos vicios a los señalados por la Corporación en sentencia de junio 25 de 1987 en relación con el artículo 29 del nombrado Decreto 0052 de 1987, ya que los eventos contemplados en una y otra norma son diferentes.

“Pero sí merece glosa la disposición que se analiza si se tiene en cuenta la regla consagrada por el inciso 1º del mismo

artículo 30, que dice textualmente: 'En la calificación de antecedentes la experiencia judicial tendrá valoración preponderante, según escala de puntaje que establezca el Consejo Superior de la Administración de Justicia'.

"Siendo ello así, se tiene que el factor de estar en el cargo, en cuanto comporta experiencia, ya fue computado en el sentido de otorgar un mayor porcentaje en el concurso a esa persona, lo cual implica, para ella, una ventaja inicial que se ve incrementada al aplicar el inciso acusado. En efecto, agregar de nuevo el mismo elemento ya computado implica doble valoración del criterio 'experiencia judicial' y por ende, *un tratamiento inequitativo que elimina el pie de igualdad implícito en el sistema de selección mediante concurso al que hace referencia el artículo 162 de la Constitución Política.* El inciso impugnado resulta inconstitucional en cuanto predetermina la escogencia de un candidato, anulando las posibilidades de otros particulares en el concurso por el solo hecho de no pertenecer al servicio.

"Si se analiza bien el punto, se encuentra cómo la persona ajena al servicio que logra empatar con la ya vinculada, en realidad la supera por todos los demás factores de puntaje dada la ya mencionada ventaja o 'valoración preponderante' del artículo 30, inciso 1º. Si a eso se agrega una preferencia como la plasmada en el inciso 2º, es patente la desigualdad y la consiguiente desfiguración del sistema constitucionalmente previsto".

Continúa el señor Fiscal diciendo que "si la honorable Corte Suprema de Justicia encuentra inconstitucional el 2º inciso del artículo 30 en mención ('Realizando el concurso y con igualdad de resultados se designa al inscrito en la carrera; en su defecto, a quien se encuentre en el servicio'), con cuánta mayor razón el Consejo de Estado encontrará inconstitucional unas normas de menor rango que la ley, no sólo producidas sin competencia, sino que, extralimitando la ley que se pretende reglamentar, desvirtúan su más categórico objetivo y hacen tábula rasa (sic) de los principios de igualdad de oportunidades, sistema de mérito y, como si fuera poco, computa con extravagancia (sic) prodigalidad, un factor ha tenido en cuenta por el propio legislador y el reglamento para otorgar mayor porcentaje a los jueces en ejercicio". A ello se suma lo siguiente: "Se dice en la providencia suplicada que 'estando autorizada la entidad nominadora para establecer en coordinación con el Consejo Superior las modalidades y bases del concurso, optó por evaluar los conocimientos a través del examen de las providencias expedidas por los magistrados, modalidad esta que se consideró adecuada para tal fin'. Tal evaluación, que no constituye el examen, es apenas lógico para establecer si la permanencia en el cargo se tradujo en experiencia y proceder a calificarla dentro de los

parámetros del artículo 30 ya citado". Y concluye haciendo una comparación entre el sistema que adoptó el Consejo de Estado al no exonerar a los magistrados de los tribunales administrativos del examen de conocimientos, con el acogido por la Corte mediante el acto aquí demandado.

2. *De la sustentación del recurso por la actora:*

A su turno, el otro recurrente presenta su punto de vista así:

"La providencia impugnada se apoya en que no se expresaron concretamente, para los efectos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en qué consiste esa infracción atribuida al acto *sub judice*. No obstante que a renglón seguido comenta la presentación en doble columna de la inconstitucionalidad e ilegalidad denunciada.

"En resumen, el acto acusado es violatorio del artículo 162 de la Constitución Nacional que atribuye al *legislador* la competencia para establecer la carrera judicial y reglamentar los sistemas de concursos. Así, pues, se produce el Decreto número 0052 de 1987 que expresamente señala que 'la carrera judicial tiene por objeto garantizar la eficiente administración de justicia y, *CON BASE en el sistema de méritos, ASEGURAR en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio de funcionarios y empleados con estabilidad e independencia*' (art. 1º y que 'el sistema de méritos se establece con la finalidad de asegurar el ingreso y promoción en la administración de justicia, de las personas más idóneas, mediante el análisis y evaluación de sus calidades, conocimientos, capacidad, vocación y experiencia', art. 5º), preceptos estos flagrantemente desconocidos por el acto controvertido.

"Entonces fue el legislador quien consagró la igualdad de oportunidades para los distintos aspirantes a los cargos de magistrados y no puede el órgano ejecutor de la ley, para el efecto de la Corte Suprema, establecer excepciones al principio general, en beneficio de los magistrados nombrados en propiedad, sin contradecir la Constitución y la ley.

"¿Puede imaginarse un concurso de carrera administrativa, a la luz del Decreto-ley 2400, por ejemplo, en que el funcionario que se encuentre desempeñando el cargo sea exonerado del examen de conocimientos? Desde luego que no.

"Pero es más. El artículo 21 del Decreto 0052, también vulnerado, que gobierna el proceso de selección e ingreso, elocuentemente indica que todo concurso será abierto y re-

conoce el derecho a participar en la licitación a quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos.

“La providencia recurrida tampoco encuentra quebranto ostensible del artículo 9º del Acuerdo número 20 de 31 de agosto de 1988 del Consejo Superior de la Administración de Justicia y dice que ‘ni siquiera se puede afirmar que sea norma de superior jerarquía’.

“Si por jerarquía se entiende subordinación y poder disciplinario, claro que no. Pero es que el Consejo Superior de la Administración de Justicia es por excelencia el órgano administrador de la carrera judicial y de conformidad con el artículo 10 del Decreto-ley 0052 de 1987 le corresponde ‘fijar políticas y programas para convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera’, en desarrollo de lo cual profirió el Acuerdo número 20 de 1988.

“Lo que resulta a todas luces inconcebible, es que una misma disposición legal tenga simultáneamente dos interpretaciones, ambas correctas, en punto a la obligatoriedad del examen de conocimientos o no, como parte esencial del concurso para ingreso a la carrera judicial”.

*Para resolver, se considera:*

Ha de tenerse en cuenta sobre todo, que el auto recurrido atendió una solicitud de suspensión provisional de aquellos apartes del acuerdo de la Corte que considera vulnerativos de normas de estirpe superior. Porque, como es sabido, esta medida sólo puede tomarse cuando el quebranto pueda percibirse “a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas”, según lo estatuye el artículo 152 del C. C. A. Y este primer requisito no basta; es necesario, además —si no se trata de acción distinta de la de nulidad— que se solicite y *sustente de modo expreso* en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

Ahora bien, bajo esas pautas, en vista de las peticiones que en tal sentido hiciera el demandante y de los planteamientos expuestos en sus respectivas sustentaciones, esta Sala de Decisión reexaminará lo que ya analizó la Consejera conductora del proceso en la providencia de la que conoce, en virtud de que fue impugnada antes de la vigencia del Decreto-ley 2304 de 1989 que en sus artículos 31 y 32 modificó algunos de los alcances y de la ritualidad de esta figura; se tiene entonces:

A) Se ha impetrado por la parte actora la suspensión provisional del literal a) titulado “etapa eliminatoria” (Capítulo 5º, “Características del concurso”) en cuanto hace a la expresión que subraya de su segundo párrafo que dice: “Las personas aceptadas al concurso, con

*excepción de quienes estén desempeñando en propiedad el cargo de magistrado de tribunal superior, deberán presentar un examen de conocimientos en el área de especialización del cargo al cual aspiran, de acuerdo con reglamentación que expida la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia”;*

B) Igualmente, de todo el literal b) titulado “etapa clasificatoria”, cuyo tenor es el siguiente: “Para los magistrados de tribunal superior nombrados en propiedad que participen en el concurso se les asignará hasta 40 puntos por un jurado de tres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, según su rendimiento en el trabajo. La Sala de Gobierno de la Corte integrará las comisiones y definirá y reglamentará el procedimiento para hacer la evaluación”.

Y se dice por el demandante —y que en la sustentación del recurso también es apoyado por el señor Fiscal Cuarto del Consejo— que tales disposiciones transgreden flagrantemente, en primer término, el artículo 162 de la Carta, dado que éste atribuye a *la ley* el establecimiento y la reglamentación de la “carrera judicial”, y que tal ley, que lo es el Decreto 0052 de 1987, ya hizo lo que le correspondía en lo atinente a los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales, por lo que es extraño que la Corte rompa lo que dicha normatividad legal dispuso en cuanto hace a la igualdad de oportunidades en el ingreso y ascenso en el servicio de funcionarios de los tribunales superiores, primer principio sentado en el artículo 1º del mencionado Decreto-ley 0052 de 1987.

Para determinar si la violación de las normas constitucionales y legales que se han indicado aparece diáfana y ostensible, habrá que medir las acepciones, las tendencias o significados que el ordenamiento de la Carta otorga a los verbos conjugados en futuro del indicativo “establecerá” y “reglamentará”, atributivos de la potestad encomendada al legislador en cuanto hace a la “carrera judicial” y a los “sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales...” (art. 62 del Acto legislativo número 1 de 1945). Si para llegar a la conclusión que corresponda de tal modo que no quepa duda de la violación, es claro que ésta deja de ser manifiesta, obvia, flagrante, como lo exige el Código Contencioso Administrativo en su artículo 152, y siendo así las cosas en el *sub lite*, impónese que no es dable la aplicación de la medida precautoria que se ha solicitado.

Algo semejante puede afirmarse en torno a una eventual violación de los artículos 1º y 23 del Decreto-ley 0052 de 1987. Si bien es cierto que dicha normatividad sentó el principio de la igualdad de oportunidades para el ingreso y el ascenso a la “carrera” y la necesidad de evaluar los conocimientos para el mismo propósito, esos cánones no pueden interpretarse de manera aislada, sino que se impone su concordancia con otros, como son, por ejemplo, el artículo 10 del mismo

decreto-ley que atribuye al Consejo Superior de la Administración de Justicia varias facultades y, entre éstas la de "fijar políticas y programas para convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera", en desarrollo de lo cual expidió el Acuerdo número 20 de 1988, para fijar en la Corte Suprema de Justicia la función de *determinar*, realizar y calificar las pruebas del concurso. Será, por tanto, sumamente prolijo fijar dentro de cuáles rumbos el mencionado órgano colegiado se halla autorizado para la determinación, la realización y la calificación de las pruebas del concurso y cuál es el grado de competencia administrativa al respecto, máxime si lectura rápida del artículo 25 del Decreto-ley 0052 de 1987 permite pensar que "la realización de pruebas, *exámenes*, entrevistas, *concursos u otros para la selección de persona...*" son enumeraciones de métodos que la ley enumera como posibilidades para seleccionar para los fines de la "carrera". Por lo tanto, si *prima facie* no es viable llegar a la conclusión de que el quebranto de las normas es ostensible, impónese la confirmación del auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda, en la Sala de Decisión,

*Resuelve:*

Confirmase el auto suplicado de 14 de agosto de 1989.

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

Cúmplase.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedeker*, con salvamento de voto; *Joaquín Barreto Ruiz*.

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario Sección II.

**SUSPENSION PROVISIONAL / CARRERA JUDICIAL**  
(*Salvamento de voto*)

*Si conforme al precepto del artículo 162 de la C. N. es la ley la que ha de reglamentar los sistemas de concursos y según el artículo 1º del Decreto 0052 de 1987 "la carrera judicial tiene por objeto ... asegurar en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio", no queda duda de la evidente violación que en la demanda se imputa al acto enjuiciado.*

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

Referencia: Expediente número 4039. Nulidad. Actor: Jaime Horta Díaz.

Me veo en el caso de disentir del criterio de la mayoría que confirma la providencia de Sala Unitaria de agosto 14 de 1989 respecto de la suspensión provisional de algunos apartes del Acuerdo número 002 de octubre 13 de 1988, emanado de la Corte Suprema de Justicia.

Observo, en primer término, que la decisión mayoritaria no visualiza el problema como lo hace la providencia suplicada y, en cambio, se circunscribe al aspecto de notoriedad de la violación pregonada por el actor.

Dice, en efecto:

"Para determinar si la violación de las normas constitucionales y legales que se han indicado aparece diáfana y ostensible, habrá que medir las acepciones, las tendencias o significados que el ordenamiento de la Carta otorga a los verbos conjugados en futuro de indicativo 'establecerá' y 'reglamentará', atributivos de la potestad encomendada al legislador en cuanto hace a la 'carrera judicial' y a los 'sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales...' (art. 62 del Acto legislativo número 1 de 1945). Si para llegar a la con-

clusión que corresponda de tal modo que no quepa duda de la violación, es claro que ésta deja de ser manifiesta, obvia, flagrante...

“Algo semejante puede afirmarse en torno a una eventual violación de los artículos 1º y 23 del Decreto-ley 0052 de 1987...

“Será, por tanto, sumamente prolijo fijar dentro de cuáles rumbos el mencionado órgano colegiado se halla autorizado para la determinación, la realización y la calificación de las pruebas del concurso y cuál es el grado de competencia administrativa al respecto...

“Por lo tanto, si *prima facie* no es viable llegar a la conclusión de que el quebranto de las normas es ostensible, impónese la confirmación del auto recurrido”.

Yo podría estar de acuerdo con este planteamiento si tal hubiera sido la razón del auto suplicado para negar la suspensión provisional. Pero no es ese el caso.

En segundo lugar, me parecen convincentes los razonamientos del actor en cuanto a que el acto enjuiciado, en los aspectos de la censura, es violatorio del artículo 162 de la Carta y del artículo 1º del Decreto-ley 0052 de 1987, en razón de que, “excediendo la facultad, exoneró del examen de conocimientos a los magistrados de los tribunales superiores que han sido nombrados en propiedad, con lo cual estableció una excepción no prevista en la ley, colocando en desigualdad de condiciones de ingreso a la carrera a los demás aspirantes”, pues, “liberados de presentar examen de conocimientos, los actuales magistrados son promovidos directamente a la etapa clasificatoria del concurso”. O, como se dice en la demanda, “se los excepcionó de una parte del concurso, como es la etapa eliminatoria, para acceder de plano a la etapa clasificatoria, en privilegiadas condiciones frente a los demás aspirantes” (fl. 17).

En mi opinión, si conforme al precepto del artículo 162 de la Constitución es la ley la que ha de reglamentar los sistemas de concursos y según el artículo 1º del Decreto 0052 de 1987 “la carrera judicial tiene por objeto... asegurar en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio”, no me queda duda de la evidente violación que en la demanda se imputa el acto enjuiciado, por los conceptos allí destacados.

Para concluir, debo señalar que no me encuentro impedido para intervenir en este proceso toda vez que mi hermano Luis Orlando ya no es magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, que fue la razón para declararme impedido en oportunidad anterior.

Atentamente,

*Reynaldo Arciniegas Baedeker.*

**FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Carrera administrativa**

*La Sala en varios fallos ha sostenido la tesis de la inaplicabilidad del Decreto número 413 de 1980 por extralimitación de la potestad reglamentaria, y de la procedencia de exigir, para efectos del escalafonamiento en la carrera especial de los funcionarios de la Seguridad Social, los requisitos señalados en el Decreto-ley 1651 de 1977, cuyas disposiciones sobre el particular fueron desconocidas por el citado decreto.*

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

**Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.**

Con la colaboración de la *doctora Ligia Palomino.*

**Referencia: Expediente número 3010. Apelación sentencia. Actor: Francisco de Paula Mira Fernández.**

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 31 de julio de 1987, denegando las peticiones de la parte demandante formuladas en acción de restablecimiento del derecho incoada por Francisco de Paula Mira Fernández, mediante la cual se impetró la declaratoria de nulidad de la Resolución número 03928 de 13 de agosto de 1984, emanada del Instituto de Seguros Sociales, por la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Jefe de División de Instalaciones y Dotaciones, Clase II, Grado 37, de la Subgerencia de Recursos Físicos de la Seccional de Antioquia. Así mismo, se solicitó que como consecuencia, se dispusiera el reintegro del actor al mismo cargo, o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y se declarara que para todos los efectos prestacionales no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

*Antecedentes:*

**I. Hechos.**

El demandante narra así los hechos que sirven de fundamento a la acción:

"1. Fui vinculado al I. de S. S., Seccional de Antioquia desde el 11 de noviembre de 1982 (sic), para desempeñar el cargo de Jefe de la Sección de Arquitectura y Mantenimiento del Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia.

"2. Luego de las varias reestructuraciones que ha tenido el I. de S. S., y consecuencialmente con ello, mi último cargo fue el de Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones, del cual fui ilegalmente desalojado por la Resolución número 03928 de 13 de agosto de 1984, emanada de la Dirección General del Instituto demandado y que me fue comunicada por oficio número 02-354102 de 14 de agosto de 1982, suscrito por la Jefe de la División de Administración de Personal de esta Seccional del I. de S. S.

"3. Mi última asignación y con la cual fui liquidado \$ 103.651.00".

## II. Normas violadas y concepto de violación.

Estima la parte actora que el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento, es violatorio de las siguientes disposiciones:

"1. Constitución Nacional, artículo 62.

"2. Código Contencioso Administrativo, artículos 83, 85 y concordantes.

"3. Decreto 1651 de 1977, artículos 3º, 5º, 23 literal D, 107, 108, 115, 117, 118, 119, 123, 124, 129, 134.

"4. Decreto 413 de 28 de febrero de 1980, artículos 4º, 44, 45, 46, 47, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71 y 72" (fls. 5 a 6, cuaderno principal).

Al indicar el concepto de violación, el demandante sostiene que por mandato del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977, el cargo que ocupó desde su ingreso al Instituto de Seguros Sociales y aquel que por equivalencia desempeñaba hasta la declaratoria de insubsistencia, no es ni fue de libre nombramiento y remoción, sino que pertenece a la carrera administrativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del citado estatuto; por ende, era ajeno a la discrecionalidad en el nombramiento y remoción.

Continúa el libelista diciendo que, al entrar en vigencia el Decreto reglamentario número 413 de 1980, el Instituto de Seguros Sociales de Antioquia debía iniciar un proceso de escalafonamientos de sus empleados, el cual debía concluir con la formalización para aquél, del status de funcionario de carrera, "...faltándole, únicamente, formalis-

mo, que la administración en el caso de esta controversia omitió, violando en forma directa los artículos 44 y 45 del Decreto 413 ya mencionado" (fl. 6, cuaderno principal).

Explica que, al entrar en vigencia el Decreto 413 de 1980, fue nombrado y tomó posesión de un cargo de carrera de la Seguridad Social, en la nueva planta de personal del Instituto de Seguros Sociales de Antioquia. No obstante, la administración omitió, sin excusa legal, la tramitación subsiguiente para formalizar su escalafonamiento en la susodicha carrera, conducta que configuró una ostensible transgresión del artículo 70 del Decreto 413 de 1980, que ordena que a las personas nombradas y posesionadas, en los términos de ese estatuto, debe inscribirse en la carrera antes de que transcurran noventa días, contados desde la fecha de posesión del funcionario, dictando, para el efecto, la respectiva resolución de escalafonamiento.

*Motivaciones del tribunal para denegar las súplicas:*

El *a quo* señala que, de conformidad con la certificación expedida por la Jefe de la División de Administración de Personal del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, el actor "...no estuvo inscrito ni escalafonado en la Carrera Especial de Funcionario de Seguridad Social, toda vez que su ingreso y vinculación a la entidad no se hizo por concurso, conforme lo estipulado por el Decreto 413 de 1980" (fl. 44, cuaderno principal). Esta circunstancia es aceptada por el demandante.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, corresponde al Congreso "...establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido" (Plebiscito de 1957, art. 5º).

El Congreso por medio de la Ley 12 de 1977, facultó *pro tempore* al Presidente de la República para dictar normas sobre administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales, en cuyo ejercicio expidió el Decreto 1651 de 1977, estatuto que no contempla el escalafonamiento automático en la carrera especial de funcionarios de la Seguridad Social. Por lo tanto, conforme lo ha reconocido esta Corporación en varios fallos, el tribunal concluyó que al establecer un sistema automático de escalafonamiento, el Decreto 413 de 1980, excedió la potestad reglamentaria y por ello considera que no es procedente su aplicación al caso que se debate.

Concluye el fallador de instancia "...que como el demandante fue vinculado mediante nombramiento ordinario y no fue inscrito en la carrera de la Seguridad Social, podía ser declarado insubsistente como ocurrió. Ya se explicó cómo no son aceptables los planteamientos del señor apoderado en cuanto al escalafonamiento automático" (fl. 126, cuaderno principal).

En apoyo de las anteriores tesis, transcribe algunos apartes de la sentencia proferida por esta Corporación el 11 de septiembre de 1984, con ponencia del doctor Joaquín Vanín Tello (fls. 121-126).

*El recurso de apelación:*

Dentro de la oportunidad legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con argumentos que en el correspondiente alegato de conclusión se sintetizan así:

“No es cierto, en primer lugar, que los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 exceden la materia reglamentada, según se explicó; y así lo entendieron el Consejo de Estado (sic) en la sentencia cuyos apartes más importantes fueron transcritos, y lo entendió también la entidad demandada, según se dijo y fue aprobado en el proceso.

“Tampoco es verdad, por lo mismo, que el demandante no se encontraba inscrito en la carrera del funcionario de la seguridad social. No. Adquirió el derecho a la inscripción tan pronto se dieron los requisitos de los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980. No le fueron habilitados los seis meses anteriores de servicio como período de prueba satisfactorio ni fue expedida la resolución de inscripción, es verdad, pese a que así lo ordenaban los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, pero esa deficiencia de la entidad nominadora en forma alguna puede perjudicar al funcionario, y corresponde precisamente a la justicia sancionar tales deficiencias, según dijo el Consejo de Estado.

“El demandante, entonces, no podía ser discrecionalmente desvinculado del servicio” (fls. 151-152, cuaderno principal).

Por su parte, la apoderada del Instituto de Seguros Sociales en el alegato de conclusión, solicita “... fallar contrariamente a las pretensiones del demandado” (sic), (debe entenderse del demandante), arguyendo la inaplicabilidad de las disposiciones del Decreto 413 de 1980, que, excediendo la potestad reglamentaria, van más allá de lo previsto en el Decreto-ley 1651 de 1977, mediante el cual se creó la carrera especial de funcionario de Seguridad Social; al respecto señala:

“... si en la norma que creó la carrera de funcionario de seguridad social se dijo enfáticamente que el ingreso a dicha carrera se efectuaba ‘por resolución de inscripción, previa la realización de un concurso y una vez superado el período de prueba’ (art. 108, Decreto 1651 citado) y si la misma norma no contempló excepción, ni hizo discriminación alguna, mal podría la que la reglamenta establecerlas

o su intérprete pretenderlas, limitando el campo de aplicación legal" (fl. 163, cuaderno principal).

Concluye finalmente que,

"...considerando que el demandante afirma no haber sido inscrito en la carrera en cuestión; no hay prueba de su escalafonamiento, ni de que se hubieren cumplido los requisitos legales para efectuarlo, estimo que no es posible otorgarle los derechos que corresponden al funcionario de carrera, sin contrariar el precepto contenido en el artículo 44 del estatuto, citado al comienzo de este escrito y por cuya virtud, los mencionados derechos sólo pueden otorgarse cuando ya se haya verificado el escalafonamiento a través de la expedición del acto administrativo respectivo" (fl. 163, cuaderno principal).

*Concepto de la Agencia del Ministerio Público:*

La Fiscalía Cuarta de esta Corporación, en su concepto de fondo, opina que el fallo recurrido amerita su confirmación.

Considera la Fiscalía que de las disposiciones contenidas en el Decreto 1651 de 1977 se desprende que el cargo de Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones es de carrera; que su ocupación por una persona natural no implica su acceso a ella; para que eso ocurra deben cumplirse los requisitos señalados en el artículo 108 del decreto citado y como el actor no acreditó el cumplimiento de tales requisitos, "...resulta lógico concluir que su condición era la de un funcionario de seguridad social discrecional, y, por ende, de libre remoción por el nominador, sin que ésta causara, en modo alguno, agravio a las disposiciones invocadas por el accionante" (fl. 167, cuaderno principal).

Surtida la tramitación del recurso propuesto, procede la Sala a decidirlo, previas las siguientes

*Consideraciones:*

En el caso en estudio se demostró que el demandante se hallaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales por una relación de derecho público desde su ingreso a él en el año de 1972 y que, a la fecha en que se declaró insubsistente su nombramiento, desempeñaba un cargo de carrera, el de Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones.

La Sala no está de acuerdo con lo expresado por la parte actora en cuanto a que en el *sub lite* debe darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, en razón de que, según ella, para el 20 de febrero de ese año, fecha en que entró a regir dicho

estatuto, el demandante se encontraba vinculado al Instituto de Seguros Sociales y posteriormente fue nombrado en un cargo de carrera y, por consiguiente, debieron habilitársele los 6 meses anteriores al servicio del Instituto como periodo de prueba satisfactorio y, por lo mismo, debió inscribirse en la carrera de funcionario de Seguridad Social, sin que pudiera ser desvinculado del servicio antes de que se produjera la respectiva resolución de escalafonamiento.

A pesar de que la situación del actor respecto del Instituto de Seguros Sociales, pudiera encajar dentro de las previsiones de los artículos 69 y 70 del decreto mencionado, la Corporación, se repite, estima que es improcedente dar aplicación a tal normatividad, en virtud de que de una simple confrontación entre el contenido de estas normas de carácter reglamentario y lo dispuesto en la ley que se reglamenta (Decreto-ley 1651 de 1977), surge a las claras que el Presidente de la República extralimitó las facultades reglamentarias, pues fue más allá de lo que aquella dispone en lo concerniente a las condiciones de ingreso a la carrera de Seguridad Social.

En efecto, las disposiciones mencionadas del Decreto 413 de 1980, en puridad de verdad, contemplan un sistema de escalafonamiento masivo y automático para las personas que se hallaban vinculadas al Instituto de Seguros Sociales para la fecha de su expedición y fueron nombrados en cargos de carrera, pues a ellos se les dispensó de acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser inscritos en la carrera especial de funcionarios de seguridad social, además de que se les habilitó como período de prueba satisfactorio los seis meses anteriores a su servicio y se impuso a la administración el deber de inscribirlos en ella, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de posesión, lapso en el cual no podía disponer su desvinculación del servicio (arts. 63 a 71).

El Decreto-ley 1651 de 1977, estatuto legal reglamentado por el Decreto 413 de 1980, no contiene ninguna disposición igual o similar a las comentadas, circunstancia que evidencia la extralimitación de la función reglamentaria encomendada por la Constitución Política al Ejecutivo. Por lo demás, por mandato constitucional, las materias relacionadas con el establecimiento de las carreras, vale decir, la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antigüedad, retiro y despido de los empleados públicos, corresponde exclusivamente al Congreso y el Presidente de la República sólo puede válidamente dictar disposiciones en este campo, cuando se halla investido por el Congreso de precisas facultades para tales efectos; de suerte que amparado en la potestad reglamentaria no puede el Ejecutivo invadir esta órbita de competencia, reservada, se repite, al Congreso.

De acuerdo con lo anterior, la situación laboral del actor, al momento de su desvinculación del servicio del Instituto de Seguros

Sociales, debe ser analizada a la luz del Decreto-ley número 1651 de 1977 y no a la del Decreto reglamentario número 413 de 1980.

Se tiene, entonces, que según los documentos que obran en el expediente, el demandante se hallaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales en 1977, año en que se expidió el mencionado decreto-ley, y que estando éste en vigencia fue nombrado como Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones, cargo clasificado como de carrera en la planta de personal de la entidad, sin que para ese efecto se cumpliera el trámite de concurso, selección, nombramiento y aceptación del cargo y desempeño en periodo de prueba del mismo, para luego ingresar plenamente a la carrera mencionada, como lo ordena el Decreto 1651 de 1977.

Por ende, al no cumplirse el proceso allí señalado, la conclusión inevitable a la cual se llega, es que el actor no estuvo inscrito ni escalafonado en la carrera especial de Seguridad Social y, consecuentemente, no gozaba de fuero de inamovilidad relativa que ampara a los funcionarios que a ella pertenecen.

Se deriva de lo anterior que el demandante para la fecha en que se produjo su desvinculación del servicio, tenía la calidad de funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo cual su nombramiento podía ser declarado insubsistente en ejercicio de la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora, mediante acto que no requería de ninguna motivación, como efectivamente se hizo.

La Resolución número 3928 de 13 de agosto de 1984 mantiene incólume su presunción de legalidad, pues, contrariamente a lo expresado por el actor, no se demostró que transgrediera normas legales de carácter superior. De allí que esta Sala habrá de confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó las súplicas de la demanda.

En varios fallos la Sala ha sostenido la tesis de la inaplicabilidad del Decreto número 413 de 1980 por extralimitación de la potestad reglamentaria, y de la procedencia de exigir, para efectos del escalafonamiento en la carrera especial de los funcionarios de la Seguridad Social, los requisitos señalados en el Decreto-ley 1651 de 1977, cuyas disposiciones sobre el particular fueron desconocidas e ignoradas por el decreto primeramente citado. Entre estas sentencias se encuentran las de *20 de noviembre de 1984*, Consejero ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez, actor Tarcisio Guerra Blanco, expediente número 6872; *11 de septiembre de 1984*, ponente doctor Joaquín Vanín Tello, actor Alberto Villa Navarro, expediente número 6888; *25 de junio de 1987*, Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares, actor Jorge E. Penagos Cuéllar, expediente número 922-8766; *de 4 de agosto de 1988*, Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares, actor Rodolfo Díaz Pérez, expediente número 423 y *15 de noviembre de 1988*, Consejero ponente

doctor Alvaro Lecompte Luna, actor Alfonso Isaza Lafaurie, expediente número 455 (12.303).

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

*Falla:*

Confirmase la sentencia de treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada por Francisco de Paula Mira Fernández contra el Instituto de Seguros Sociales.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 17 de noviembre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna*, salvamento de voto; *Reynaldo Arciniegas Baedeker*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Clara Forero de Castro*.

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Carrera administrativa, escalafonamiento automático (Salvamento de voto)*

*Al armonizar lo indicado en los artículos 134 y 35 de los Decretos-leyes 1651 y 1652 de 1977 en su orden, con el artículo 6º del Decreto 1651 de 1977, todo parece apuntar a entender que quienes estaban vinculados al I. C. de S. S. mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de la seguridad social en cargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados en período de prueba, o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes y del concurso del que habla el artículo 109 del Decreto 1651, sino que una vez nombrados y posesionados, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la Seguridad Social.*

En el fallo de 22 de noviembre de 1989 recaído en el proceso de restablecimiento del derecho iniciado por demanda del señor Francisco de Paula Mira Fernández contra el Instituto de Seguros Sociales. Expediente número 3010.

Respetuosamente expone el suscrito consejero su disentimiento en torno a los criterios de la mayoría de la Sala en el asunto de la referencia.

En verdad, dichos criterios obedecen a la tradicional doctrina de la Corporación en numerosos casos similares, como en las sentencias de 8 de octubre de 1984 (Expediente número 7065, actora Nelly Garavito de Cediel, "Anales" números 481-482, tomo CVI, año LIX, págs. 270 a 275) y en la de 20 de noviembre de ese mismo año (Expediente número 6872, actor Tarcisio Guerra Blanco, "Anales" números 483-484, tomo CVII, año LIX, págs. 495 y 498), ambos con ponencia del Consejero Alvaro Orejuela Gómez.

Sin embargo, como es sabido por la Sala, el suscrito consejero ha emprendido de tiempo atrás un reestudio en torno a la situación de los *funcionarios de la seguridad social*, o más específicamente, en cuanto atañe a las garantías que les asisten, su vinculación a la carrera estatuida para ellos por las normas legales del caso, su ingreso a ésta, su escalafonamiento, etc., de manera general; y más concretamente en lo que respecta a quienes venían laborando por contratos celebrados con el otrora Instituto Colombiano de Seguros Sociales y que, en virtud de la gran reforma autorizada por la Ley 12 de 1977, fueron

nombrados —y se posesionaron— en la categoría de funcionarios de seguridad social. Como también es sabido, las conclusiones a que ha llegado el suscrito no han tenido mayor eco.

Con el propósito de clarificar al máximo lo que quiso el legislador —ordinario y extraordinario— en lo que concierne al régimen laboral de los empleados y trabajadores de los llamados “Seguros Sociales Obligatorios”, emprende el suscrito, una vez más, el análisis de las disposiciones correspondientes, con la coherencia necesaria para lograr su interpretación, en un estricto orden jerárquico. Así se tiene:

1. La Ley 12 de 1977 —enero 25—, “por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales Obligatorios y de las entidades que los administran” (se subraya), autorizó al jefe del Estado, por el término de seis meses (art. 1º) para reorganizar, total o parcialmente “la estructura administrativa del Instituto (Colombiano de los Seguros Sociales) y determinar la de los organismos que se creen o modifiquen” (art. numeral 5º) y para fijar “las escalas de remuneración correspondientes, las normas sobre clasificación de los empleos, el régimen de sus prestaciones sociales y las condiciones de ingreso y ascenso; y determinar las condiciones de estabilidad e incompatibilidades y el régimen disciplinario” (art. 2º, numeral 6º; las subrayas no son del texto).

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

Del Decreto-ley 1651 de 1977 cabe destacar:

a) Clasifica los empleos del Instituto en dos grandes categorías: *Primera*: los *asistenciales*, reservados a profesionales de la medicina y de la odontología y a aquellas personas naturales que cumplan tareas dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud, y *segunda*: Los “*administrativos*”, cuyo desempeño se encamina a poner en marcha las tareas que aseguren la adecuación práctica del ente con relación a sus usuarios (art. 2º);

b) Los empleos "administrativos", a su turno, son clasificados así: *Primero*, los de "libre nombramiento y remoción", reservados a los cargos de director general, secretario general, subdirectores y gerentes seccionales; *segundo*, los "funcionarios de la seguridad social" (sus características se verán más adelante), y *tercero*, los "trabajadores oficiales", vinculados por contratos de trabajo (aseadores, jardineros, electricistas, mecánicos, cocineros, celadores, lavaderos, costureros, planchadores de ropa y transportadores), al tenor del artículo 3º, inciso 1º;

c) Los "empleados de libre nombramiento y remoción" están sujetos a las normas generales que rigen para los demás servidores públicos de esta categoría en la Rama Ejecutiva del Poder (art. 3º, primer inciso);

d) Los "funcionarios de la seguridad social" están vinculados a la administración del I. de S. S. por una *relación legal y reglamentaria de naturaleza especial* (art. 3º, inciso tercero), que les confiere el derecho a celebrar convenciones colectivas con la entidad para modificar las asignaciones básicas de sus cargos. Se ubican entre ellos los empleos no enumerados en el aparte precedente. Es decir, que por regla general, los servidores del I. de S. S. son funcionarios de la seguridad social, salvo los clasificados como asistenciales, como de libre nombramiento y remoción o como trabajadores oficiales;

e) Los *funcionarios de la seguridad social*, a su vez (art. 5º), se subclasifican en cargos *discrecionales* —director de unidad programática local, jefe de oficina nacional, consejeros, asesores y, en general, los adscritos a las oficinas del director general— y en *cargos de carrera*, que son todos los demás. No obstante, "cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración, oído el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil", puede ser variada la respectiva subclasificación;

f) En cuanto toca a las normas que rigen la *carrera especial de los funcionarios de la seguridad social*, el Decreto-ley 1651 de 1977 que se viene examinando, se ocupa primeramente de quienes lleguen al servicio bajo la vigencia del mismo, estableciendo para ellos acerca del ingreso, período de prueba, derechos que surgen con ocasión de las dos situaciones principales —en período de prueba y escalafonados—, obligaciones del I. de S. S. para con ellos y viceversa, etc. (arts. 6º, 23, 108, 115, 117, 118, 119, 134...). Este último artículo habla de la vinculación de los "antiguos" trabajadores del I. C. de S. S. y dice:

"De la vinculación a la planta de personal. Las personas que al entrar en vigencia el presente decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, *serán nombrados* en los empleos de la planta de personal que adoptará el Instituto

de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos”.

De igual o semejante espíritu es el segundo párrafo del artículo 35 del Decreto-ley 1652 de 1977, que reza:

“De la planta de personal...

“Las personas que *prestan* sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán *nombrados* en cargos equivalentes a los que ocupan en la *actualidad*. Si aceptaren la designación, se *regirán por las normas del presente decreto, a partir de la fecha en que tomen posesión de su cargo*”.

Las palabras que se han subrayado en ambos artículos transcritos, muestran cómo el legislador extraordinario señaló condiciones muy especiales para vincular a los antiguos servidores del I. C. de S. S., distintas a las establecidas para quienes ingresen al nuevo Instituto en tiempo posterior, dado que éste vino a ser como una continuadora del Instituto Colombiano de Seguros Sociales;

g) No hay duda alguna, por tanto, que fue el propio legislador extraordinario, vale decir, el Presidente de la República en uso de las facultades que *pro tempore* le otorgó la Ley 12 de 1977, quien estatuyó (Decretos 1651 y 1652, arts. 134 y 35, respectivamente), la incorporación masiva y casi automática de las personas que de atrás venían vinculadas al I. C. de S. S. bajo la modalidad de los contratos individuales laborales. La única excepción que indicó fue en cuanto “a las personas que reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación, invalidez o vejez, o que estén disfrutando de cualquiera de las referidas pensiones, ni los miembros de las Fuerzas Militares o de policía que tengan asignación o pensión de retiro”, y quienes estén “escalafonados en otras carreras, salvo la docente” (art. 119, Decreto-ley 1651 de 1977);

h) El artículo 6º del dicho Decreto-ley 1651 de 1977 es del siguiente tenor:

“Del ingreso al servicio. El ingreso al servicio se hará:

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

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

Entonces al armonizar lo indicado en los artículos 134 y 35 de los Decretos-leyes 1651 y 1652 de 1977 en su orden, con el artículo 6º de aquél, todo parece apuntar a entender que quienes estaban vinculados al I. C. de S. S. mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social en cargos de carrera, aceptaron

y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados en período de prueba, o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes y del concurso de que habla el artículo 109 del Decreto 1651, sino que, se repite, una vez nombrados y posesionados, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social;

i) Del período de prueba se ocupa el artículo 117 del Decreto-ley 1651 de 1977 explicando que tiene una duración de seis meses, “durante los cuales el Instituto evaluará el desempeño del funcionario en el cargo, *con el fin de decidir sobre su permanencia en el servicio y su incorporación a la carrera*”. Y el 118 *ibidem* dice:

“De los efectos del período de prueba. Durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto.

*“En ningún caso podrá excederse el término de seis meses a que se refiere el artículo 117 de este decreto, sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. Si venciera dicho término sin que el funcionario fuese retirado del Instituto, se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente, y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera.*

“El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave” (Se subraya).

3. Trayendo todo lo anterior a lo que atañe a la situación fáctica del señor Francisco de Paula Mira Fernández, actor en este asunto, se observa que se vinculó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por contrato de trabajo el *11 de noviembre de 1972*, es decir, antes de la reestructuración de los denominados “seguros sociales obligatorios”, como jefe de la sección de arquitectura y mantenimiento. Al producirse la reestructuración fue nombrado en un cargo equivalente, Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones, clase II, grado 37, subgerencia de Recursos Físicos de la Seccional de Antioquia, y en él continuó hasta cuando se produjo la declaratoria de insubsistencia por el acto administrativo acusado.

Por lo tanto, dedúcese que cuando se produjo la declaratoria de insubsistencia ya había sobrepasado el período de prueba de seis meses y que era obligación del I. de S. S. proceder a su vinculación en la carrera, por entenderse calificado satisfactoriamente (art. 118). Y aunque en verdad no lo hizo el I. de S. S., ese incumplimiento suyo de normas tan claras, no puede repercutir en la situación del funcionario.

4. De manera que aún sin tomar en cuenta lo dispuesto por el Decreto reglamentario 413 de 1980, sino solamente las normas de tipo

legal que se han venido comentando, surge de modo indubitable en inteligencia del suscrito consejero, que el director general del I. de S. S. no podía declarar insubsistente, sin motivación, el nombramiento del actor Mira Fernández. Hubiera podido hacerlo así, como lo hizo con arreglo al artículo 124 del Decreto 1651 de 1977 tantas veces citado. Si bien no estaba formalmente inscrito en carrera, estaba cobijado por las reglas y por las garantías que son propias de ella, ante la omisión en que incurrió el I. de S. S. al no hacer la inscripción a que estaba obligado. Recuérdese una vez más que de conformidad con el artículo 118 del Decreto 1651 de 1977, al vencerse el período de prueba, el I. de S. S. debió, o retirar discrecionalmente al funcionario, o proceder a la inscripción en la carrera.

5. El acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento, está, por tanto, viciado de nulidad según piensa el suscrito consejero.

Con todo acatamiento,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Bogotá, 29 de noviembre de 1989.

**POLICIA NACIONAL / ASIGNACION DE RETIRO - Tiempo doble / SERVICIO MILITAR**

*Si conforme al Decreto 981 de marzo 29 de 1946, únicamente se acumularán los períodos trabajados en los cargos a que se refiere el inciso primero del artículo 13, y éste no contempla el servicio militar entre tales cargos, lógico es concluir en la definida y clara exclusión del servicio militar para efecto de las prestaciones.*

*(...) Para los Agentes de la Policía, antes de la expedición del Decreto 3187 de diciembre 27 de 1968, no se había contemplado el beneficio del tiempo doble.*

**CONSEJO DE ESTADO - Competencia / HOJA DE SERVICIOS MILITARES**

*La Corporación en numerosas oportunidades ha expresado que pese al texto de las pretensiones formuladas en la demanda, le corresponde examinar solamente el aspecto relacionado con la hoja de servicios militares o policiales, sin que le sea dado pronunciarse sobre el reconocimiento de la asignación de retiro, o su sustitución, reconocimiento que compete a la Caja de Sueldos de Retiro, y no a la Policía Nacional o al Ministerio de Defensa de donde provienen los actos enjuiciados.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Referencia: Expediente número 192. Actora: Hermencia López viuda de León.*

*Conoce la Sala del proceso promovido por la señora Hermencia López viuda de León, quien formuló demanda en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, con las siguientes pretensiones:*

*“Primera. Que son nulas las Resoluciones números 0547 y 849 de 18 de febrero y 13 de abril de 1982, proferidas por*

la Dirección General de la Policía y el Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente, en cuanto por medio de ellas se niega la formación de la hoja de servicios policiales del exagente de la Policía, señor Luis A. León López, incluyendo en ella tiempo de soldado y reconociendo tiempo doble por el período de 10 de julio de 1953 al 1º de abril de 1955, para efectos del reconocimiento pensional y su sustitución en favor de la señora Hermencia López viuda de León viuda del causante.

*“Segunda.* Que, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional elaborar o formar la hoja de servicios policiales al exagente de la institución, señor Luis A. León López, teniendo para ello en cuenta los servicios prestados a la Policía Nacional, el tiempo doble comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1º de abril de 1955, por razón de estar el país en estado de sitio y pertenecer la Policía a las Fuerzas Militares, y el tiempo de servicio como soldado en el Ejército Nacional, así como los cinco días adicionales por año laboral.

*“Tercera.* Que, igualmente, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, establecimiento público del orden nacional representado por su gerente, reconocer, liquidar y pagar, con base en la precitada hoja de servicios policiales elaborada por la Dirección de la Policía Nacional, una asignación mensual de retiro en favor del exagente Luis A. León López, sustituible en la persona de su viuda, señora Hermencia López viuda de León, pagadera a partir de 27 de marzo de 1977, es decir, con cuatro años de retroactividad a la fecha de la reclamación administrativa y de interrupción de la prescripción de las mesadas pensionales” (fl. 10).

Narran los hechos de la demanda que el exagente de la Policía Nacional Luis Alberto León López, fallecido encontrándose en actividad, prestó sus servicios a la entidad desde el 16 de junio de 1951 hasta el 19 de septiembre de 1964 y que previamente había prestado el servicio militar entre el 10 de octubre de 1949 y el 17 de octubre de 1950; que, por encontrarse el país en estado de sitio, se debe considerar como tiempo doble el comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1º de abril de 1955, razón por la cual, al momento de la baja por defunción, tenía un tiempo de servicios superior a los 15 años y el derecho consiguiente a la formación de la hoja de servicios policiales, “para que, con base en ella, a su viuda le sea reconocida una pensión mensual de jubilación por sustitución”; que con tal propósito la demandante solicitó a la Dirección General de la Policía Nacional

en marzo 27 de 1981 la formación de la hoja de servicios policiales y que, una vez elaborada, se remitiera a la Caja de Sueldos de Retiro de la institución para el reconocimiento de la asignación de retiro y la sustitución, y, finalmente, que por los actos enjuiciados se negó la formación de la hoja de servicios, "impidiendo así el trámite de la asignación de retiro solicitada" (fls. 10-11).

Como normas violadas, se invocan las contenidas en la Constitución Nacional, artículos 2º, 16, 17 y 30; el Decreto 1025 de 1942; la Ley 2ª de 1945, artículos 45 y 47; el Decreto 501 de 1955, artículo 144; las Leyes 74 de 1945, artículo 2º, y 72 de 1947, artículos 10 y 14; el Decreto 1305 de 1975, concordante con el artículo 7º de la Ley 23 de 1979, y la Ley 24 de 1947, artículo 1º.

En el capítulo sobre concepto de la violación se controvierten dos aspectos: El reconocimiento del tiempo de servicio militar y el de tiempo doble en el período de julio 10 de 1953 a abril 1º de 1955, por razón del estado de sitio.

Respecto del primer punto, afirma la parte actora que, según la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, el servicio militar solamente es computable a partir de la vigencia de los *Decretos 3187 y 3072 de 1968* "que así lo ordenaron expresamente tanto para agentes de la Policía como para oficiales y suboficiales de la misma", pero que es reiterada la jurisprudencia "en el sentido de considerar dicho tiempo de soldado como computable para efectos de asignación de retiro militar y policiva, por aplicación de normas como las contenidas en el artículo 1º de la Ley 24 de 1947 y 21 de la Ley 72 del mismo año".

En cuanto al segundo aspecto, formula los siguientes razonamientos:

1. La Policía Nacional, cuerpo de carácter civil hasta 1953, dependiente del Ministerio de Gobierno, pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas por Decreto legislativo 1914 de julio 10 de 1953, como organismo dependiente del Ministerio de Guerra, hasta el 18 de julio de 1960, en que dejó de ser, por mandato del Decreto-ley 1705, el cuarto componente de las Fuerzas Armadas, aunque continuó dependiendo del Ministerio de Defensa Nacional.

2. Según las normas vigentes hasta el 1º de abril de 1955, cuando se declaraba en estado de sitio a todo el país, los miembros de las Fuerzas Armadas "tenían derecho a que se les computara dicho lapso como tiempo doble de servicio, para efectos de prestaciones sociales (Decreto 1025 de 1942, Ley 2ª de 1945, arts. 45 y 47, y Decreto 501 de 1955, art. 144)".

3. El estado de sitio fue declarado por Decreto 3518 de noviembre 9 de 1949 y duró hasta 1961.

la Dirección General de la Policía y el Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente, en cuanto por medio de ellas se niega la formación de la hoja de servicios policiales del exagente de la Policía, señor Luis A. León López, incluyendo en ella tiempo de soldado y reconociendo tiempo doble por el período de 10 de julio de 1953 al 1º de abril de 1955, para efectos del reconocimiento pensional y su sustitución en favor de la señora Hermencia López viuda de León viuda del causante.

*“Segunda.* Que, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional elaborar o formar la hoja de servicios policiales al exagente de la institución, señor Luis A. León López, teniendo para ello en cuenta los servicios prestados a la Policía Nacional, el tiempo doble comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1º de abril de 1955, por razón de estar el país en estado de sitio y pertenecer la Policía a las Fuerzas Militares, y el tiempo de servicio como soldado en el Ejército Nacional, así como los cinco días adicionales por año laboral.

*“Tercera.* Que, igualmente, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, establecimiento público del orden nacional representado por su gerente, reconocer, liquidar y pagar, con base en la precitada hoja de servicios policiales elaborada por la Dirección de la Policía Nacional, una asignación mensual de retiro en favor del exagente Luis A. León López, sustituible en la persona de su viuda, señora Hermencia López viuda de León, pagadera a partir de 27 de marzo de 1977, es decir, con cuatro años de retroactividad a la fecha de la reclamación administrativa y de interrupción de la prescripción de las mesadas pensionales” (fl. 10).

Narran los hechos de la demanda que el exagente de la Policía Nacional Luis Alberto León López, fallecido encontrándose en actividad, prestó sus servicios a la entidad desde el 16 de junio de 1951 hasta el 19 de septiembre de 1964 y que previamente había prestado el servicio militar entre el 10 de octubre de 1949 y el 17 de octubre de 1950; que, por encontrarse el país en estado de sitio, se debe considerar como tiempo doble el comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1º de abril de 1955, razón por la cual, al momento de la baja por defunción, tenía un tiempo de servicios superior a los 15 años y el derecho consiguiente a la formación de la hoja de servicios policiales, “para que, con base en ella, a su viuda le sea reconocida una pensión mensual de jubilación por sustitución”; que con tal propósito la demandante solicitó a la Dirección General de la Policía Nacional

en marzo 27 de 1981 la formación de la hoja de servicios policiales y que, una vez elaborada, se remitiera a la Caja de Sueldos de Retiro de la institución para el reconocimiento de la asignación de retiro y la sustitución, y, finalmente, que por los actos enjuiciados se negó la formación de la hoja de servicios, "impidiendo así el trámite de la asignación de retiro solicitada" (fls. 10-11).

Como normas violadas, se invocan las contenidas en la Constitución Nacional, artículos 2º, 16, 17 y 30; el Decreto 1025 de 1942; la Ley 2ª de 1945, artículos 45 y 47; el Decreto 501 de 1955, artículo 144; las Leyes 74 de 1945, artículo 2º, y 72 de 1947, artículos 10 y 14; el Decreto 1305 de 1975, concordante con el artículo 7º de la Ley 23 de 1979, y la Ley 24 de 1947, artículo 1º.

En el capítulo sobre concepto de la violación se controvierten dos aspectos: El reconocimiento del tiempo de servicio militar y el de tiempo doble en el período de julio 10 de 1953 a abril 1º de 1955, por razón del estado de sitio.

Respecto del primer punto, afirma la parte actora que, según la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa, el servicio militar solamente es computable a partir de la vigencia de los *Decretos 3187 y 3072 de 1968* "que así lo ordenaron expresamente tanto para agentes de la Policía como para oficiales y suboficiales de la misma", pero que es reiterada la jurisprudencia "en el sentido de considerar dicho tiempo de soldado como computable para efectos de asignación de retiro militar y policiva, por aplicación de normas como las contenidas en el artículo 1º de la Ley 24 de 1947 y 21 de la Ley 72 del mismo año".

En cuanto al segundo aspecto, formula los siguientes razonamientos:

1. La Policía Nacional, cuerpo de carácter civil hasta 1953, dependiente del Ministerio de Gobierno, pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas por Decreto legislativo 1914 de julio 10 de 1953, como organismo dependiente del Ministerio de Guerra, hasta el 18 de julio de 1960, en que dejó de ser, por mandato del Decreto-ley 1705, el cuarto componente de las Fuerzas Armadas, aunque continuó dependiendo del Ministerio de Defensa Nacional.

2. Según las normas vigentes hasta el 1º de abril de 1955, cuando se declaraba en estado de sitio a todo el país, los miembros de las Fuerzas Armadas "tenían derecho a que se les computara dicho lapso como tiempo doble de servicio, para efectos de prestaciones sociales (Decreto 1025 de 1942, Ley 2ª de 1945, arts. 45 y 47, y Decreto 501 de 1955, art. 144)".

3. El estado de sitio fue declarado por Decreto 3518 de noviembre 9 de 1949 y duró hasta 1961.

4. Las normas sobre tiempo doble fueron modificadas por Decreto 749 de marzo 17 de 1955, cuyo artículo 1º expresa:

“A partir de primero (1º) de abril de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), el Ministerio de Guerra solamente liquidará tiempo doble de servicio al personal de las Fuerzas Armadas que esté cumpliendo comisiones de orden público en las regiones que determine el Gobierno, previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Guerra”.

5. La jurisprudencia ha reconocido el derecho al tiempo doble “a quienes prestaron sus servicios a la Nación como agentes de la Policía en el período comprendido entre el 10 de julio de 1953 —fecha en que la Policía pasó a ser integrante de las Fuerzas Armadas— hasta el 1º de abril de 1955 —fecha de expedición del decreto antes citado que limitó el reconocimiento a aquellas regiones del país en que el Gobierno señalara...”.

6. Respecto de la prescripción invocada, es jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado que no hay prescripción del derecho pensional sino de las mesadas (fls. 11-13).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

1. Debe atenderse en primer término, al criterio expresado por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación en los siguientes términos:

“Cree esta Agencia Fiscal que no existe razonamiento alguno con suficiente virtualidad para convencerle de que no es dable cuantificar lo devengado o devengable por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía por tiempo doble servido con sueldo básico determinado en un período de tiempo determinado. Así las cosas, y como en materia de competencia predomina el criterio del superior, conceptuamos que éste debe devolver el presente negocio al tribunal de origen ya que el honorable Consejo de Estado no conoce en única instancia de acciones de restablecimiento de derecho, cuantificables, como la que nos ocupa” (fl. 90).

Cabe recordar respecto del reparo que a la competencia del Consejo de Estado formula el señor Fiscal, cómo la Corporación, en numerosas oportunidades, ha expresado el punto de vista de que, pese al texto de las pretensiones formuladas en la demanda, le corresponde examinar solamente el aspecto relacionado con la hoja de servicios militares o policiales, sin que le sea dado pronunciarse sobre el reco-

nocimiento de la asignación de retiro o su sustitución, reconocimiento que compete a la Caja de Sueldos de Retiro y no a la Policía Nacional o al Ministerio de Defensa, de donde provienen los actos enjuiciados. No podría ser de otra manera ya que se acusan resoluciones expedidas por estos dos organismos en relación con la computación de tiempo de servicios, la que es previa al reconocimiento de la asignación y premisa necesaria para el mismo.

Tratándose de una acción de restablecimiento del derecho en que se demandan actos concretos de los citados organismos, la decisión ha de circunscribirse a la definición de la legalidad de tales actos, exclusivamente. Téngase en cuenta, además, que, siendo la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional un establecimiento público con personería jurídica propia, no se puede reclamar contra ella sin habersele dado previamente la oportunidad de pronunciarse actuando en función administrativa. Es claro, por lo demás, que, no existiendo intervención alguna de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, tampoco hay decisión que pudiera invalidarse ni derecho que pudiera restablecerse.

2. Pasando al fondo del litigio, se observa que en la demanda se contrae aquél a dos puntos:

1º Reconocimiento del servicio militar como computable para la asignación de retiro.

2º Reconocimiento de tiempo doble para el período comprendido entre julio 10 de 1953 y abril 1º de 1955.

Respecto del primer punto, la negativa de la administración se funda en que "a la muerte del agente, estaba vigente el Decreto 981 de 1946, el cual no incluía el tiempo de servicio militar para efectos de liquidar las prestaciones sociales de los agentes de Policía" (fls. 5, 8).

Replica la demanda a este argumento que "lo cierto es que la jurisprudencia del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del honorable Consejo de Estado sobre el particular, es reiterada en el sentido de considerar dicho tiempo de soldado como computable para efectos de asignación de retiro militar y policivo, por aplicación de normas como las contenidas en el artículo 1º de la Ley 24 de 1947 y 21 de la Ley 72 del mismo año" (fl. 12).

Igual argumento había esgrimido el apoderado de la demandante al interponer recurso de apelación contra la Resolución 0547 de 1982 del Director General de la Policía Nacional, diciendo:

"Que el tiempo de soldado siempre ha sido computable para efecto de prestaciones sociales, tanto de personal militar como policivo, cuando se ha continuado la carrera militar o policiva, porque el artículo 21 de la Ley 72 de 1947

establece la acumulación de tiempos servidos a diferentes entidades de derecho público" (fl. 7).

Dado que la pretensión se funda, como acaba de verse, en las Leyes 24 y 72 de 1947, artículos 1º y 21, respectivamente, se transcribe su texto a continuación:

*Ley 24 de 1947. Artículo 1º.*

"El artículo 29 de la Ley 6ª de 1945 quedará así: Artículo 29. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

"Parágrafo 1º Cuando el favorecido con la pensión de jubilación haya servido diez años, lo menos, en empleos o cargos públicos nacionales, el total de la pensión le será cubierto por la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, sin perjuicio del oportuno reembolso de su mayor costo por cuenta de las entidades obligadas a reconocerlos, en los términos del artículo 3º del Decreto número 2567 de 1946 (agosto 31).

"Parágrafo 2º Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año".

*Ley 72 de 1947. Artículo 21.*

"Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja Pagadora repetirá de las entidades obligadas el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales.

"Parágrafo. La Caja que reciba la solicitud la pondrá en conocimiento de las entidades interesadas, las cuales podrán objetarla con fundamento legal".

Confrontada la disposición invocada por la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa con las normas preinsertas que cita en su favor la demandante, se ve claramente que aquella se refiere al caso específico de la liquidación de prestaciones del personal de la Policía Nacional, en tanto que las últimas tratan de la pensión de jubilación de los empleados oficiales en general. En esta materia, forzoso es tener en cuenta el principio clásico de hermenéutica de que "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" (Ley 57 de 1887, art. 45).

Una es la pensión de jubilación, otra la asignación de retiro. La primera es para todos los empleados, la segunda para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía. Así como no pueden aplicarse las normas sobre asignación de retiro a los empleados oficiales en general, tampoco sería lógico hacer lo contrario.

El Decreto 981 de marzo 29 de 1946, en el cual encuentran respaldo las resoluciones acusadas, fue expedido para reorganizar la Caja de Protección Social de la Policía Nacional en ejercicio de facultades conferidas en el artículo 14 de la Ley 74 de 1945, y en el artículo 14 señala que "en el cómputo de tiempo de servicio para causar el derecho a las prestaciones contempladas en los ordinales a), b), c), e) y f) del artículo anterior, *únicamente se acumularán* los períodos trabajados en los cargos a que se refiere el inciso primero del mismo artículo".

Ahora bien, los cargos que menciona el artículo 13 son los de oficiales, suboficiales, agentes, detectives y dactiloscopistas; y las prestaciones? Las prestaciones son la asignación de retiro después de 15 años de servicio; la transmisión a los herederos del derecho a pensión en caso de fallecimiento después de 15 años de servicio; la sustitución de la asignación de retiro de que gozaba el causante "o de una pensión de jubilación causada, en un cargo de los previstos en el inciso primero, con anterioridad a la vigencia de la Ley 74 de 1945"; el auxilio de cesantía para quienes hayan servido más de seis meses y menos de 15 años, y, finalmente, la prestación por muerte o indemnización a favor de los herederos del causante.

Si conforme a la disposición primeramente citada "*únicamente se acumularán* los períodos trabajados en los cargos a que se refiere el inciso primero del mismo artículo", a saber, el artículo 13, y éste no contempla el servicio militar entre tales "cargos", lógico es concluir en la definida y clara exclusión del servicio militar para efecto de las prestaciones, tal como se afirma en las resoluciones impugnadas.

3. Respecto del segundo punto, reconocimiento de tiempo doble por el período comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1º de abril de 1955, los actos demandados expresan en su parte considerativa:

"Que los agentes de la Policía Nacional solamente tienen derecho a tiempo doble de servicio a partir de 27 de diciem-

bre de 1968, fecha en que entró a regir el Decreto 3187 del mismo año”.

Replica la parte actora:

“Conforme a las disposiciones legales que regían para las Fuerzas Armadas hasta el 1º de abril de 1955, cuando se declaraba en estado de sitio a todo el país, los miembros de aquéllas tenían derecho a que se les computara dicho lapso como tiempo doble de servicio, para efecto de prestaciones sociales (Decreto 1025 de 1942, Ley 2ª de 1945, arts. 45 y 47, y Decreto 501 de 1955, art. 144)” (fl. 12).

Este argumento aparece ya expuesto en la sustentación del recurso de apelación contra la Resolución 547, primero de los actos demandados, en los siguientes términos:

“...El reconocimiento del tiempo doble se fundamenta en la aplicación analógica de los Decretos 1025 de 1942, 501 de 1955 y la Ley 2ª de 1945, que consagraban el derecho a computar tiempo doble para el personal de las Fuerzas Militares, en razón de haber sido la Policía Nacional durante esos años de 1953 a 1955, integrante de las denominadas Fuerzas Militares, como lo ha expresado el honorable Consejo de Estado en las sentencias citadas en la petición inicial, por manera que no se puede decir que sólo a partir de 1968 existe disposición que consagre el derecho reclamado en favor de los agentes de la Policía Nacional” (fl. 7).

Debe la Sala puntualizar, en primer término, que no existen en el sistema legal colombiano derechos que puedan adquirirse por analogía: Los únicos derechos que garantiza la Carta Fundamental son los “adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles” (art. 30).

De otra parte, los preceptos en que pretende encontrar adecuado soporte la pretensión, no ostentan el alcance que se les atribuye.

En efecto:

“—El Decreto 1025 de 1942 se refiere a la Carrera de Suboficiales del Ejército y al personal de las Bandas de Guerra. Por él ‘se sustituye y adiciona el Decreto 96 de 1941, reorgánico de la Carrera de Suboficiales del Ejército y del personal de las Bandas de Guerra del Ejército’, materia que es ciertamente extraña a la pretensión en referencia.

“—Por la Ley 2ª de 1945 ‘se reorganiza la Carrera de Oficiales del Ejército, se señalan las prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa’”.

Los artículos 45 y 47 de esta ley, que se invocan, son del siguiente tenor:

“Artículo 45. Cuando un oficial al ser retirado reciba asignación de retiro, recompensa, compensación, pensión o auxilio, no tiene derecho a la devolución de las cuotas que hubiere consignado en la Caja de Sueldos de Retiro”.

“Artículo 47. El tiempo de servicio en guerra, desde la fecha en que se declare turbado el orden público, hasta la expedición del decreto por el cual se restablezca la normalidad, se computa doble para todos los efectos, con excepción del de ascensos.

“Parágrafo. Para el cómputo de que trata el presente artículo, es condición indispensable que la prestación del servicio se efectúe dentro de la zona afectada”.

Ha de advertirse, para el mejor entendimiento del alcance de estas disposiciones, que ellas son parte del capítulo que lleva por título “Del retiro de oficiales y sus prestaciones”.

Así pues, aparte de que la primera trata de un asunto ajeno al que se debate en este proceso, es obvio que ninguna de las dos resulta aplicable a la situación planteada en el *sub lite*.

—Finalmente, por el Decreto 501 de marzo 4 de 1955 “se reorganiza la Carrera Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional”. Bien a las claras se ve que tal estatuto no es aplicable a los agentes de Policía, como se pretende al invocarlo.

En cambio, el primer estatuto en que se consagran tiempos dobles para agentes de la Policía es el Decreto 3187 de diciembre 27 de 1968, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, tal como se hace notar en los actos enjuiciados.

En su artículo 92 se dispone:

“El tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, en las zonas que determine el Gobierno, a juicio del Consejo de Ministros si las condiciones justifican la medida, desde la fecha en que se establezca el estado de sitio por turbación del orden público hasta la expedición del decreto por el cual se restablezca la normalidad, se computará como tiempo doble de servicio para efectos de prestaciones sociales”.

Si esta norma es de 1968, en forma alguna podría aplicarse al causante, que murió en 1964.

4. En el *petitum* de la demanda se solicita, como consecuencia de la anulación de las citadas Resoluciones 547 y 849 de 1982 y a título de restablecimiento del derecho, "se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional elaborar o formar la hoja de servicios policiales al exagente de la institución, señor Luis A. León López..." (fl. 10).

Guarda armonía esta pretensión con la petición primera, en la cual se acusan dichas resoluciones "en cuanto por medio de ellas se niega la formación de hoja de servicios policiales del exagente de la Policía, señor Luis. A. León López..."

Ahora bien, visto el texto de los mencionados actos, no se encuentra en ellos ninguna referencia, mucho menos una negativa concreta, a la elaboración de la hoja de servicios.

Al analizar el concepto de violación de las normas invocadas, se observa, en cambio, que la acción aparece circunscrita a las dos pretensiones que se han venido analizando, referidas a la computación del servicio militar y de tiempos dobles.

No es el caso, por consiguiente, de formular un pronunciamiento sobre la hoja de servicios policiales.

En conclusión, vistas las circunstancias anotadas, no resulta procedente acoger las súplicas de la demanda.

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

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 24 de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**POLICIA NACIONAL / ASIGNACION DE RETIRO / SERVICIO MILITAR - Reconocimiento (Aclaración de voto)**

*Si bien es cierto, a la fecha de retiro de la Policía Nacional no existía norma expresa que autorizara computar el tiempo de servicios militares para efecto de prestaciones sociales de los agentes, ya desde la expedición de la Ley 6ª de 1945 se estableció la acumulación de tiempo de servicio al Estado, prestados sucesiva o alternativamente, a fin de poder cumplir uno de los requisitos exigidos para obtener la pensión de jubilación.*

*(...) La falta de norma expresa que autorizara en el año de 1964 la inclusión del servicio militar en la hoja de servicios de un agente de la Policía no es impedimento para que sea computado pues es un tiempo de servicio al Estado en la actividad militar.*

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

**Referencia: Expediente número 192. Actora: Hermencia López viuda de León.**

En forma respetuosa manifiesto las razones para aclarar mi voto, así: Estimo que ha debido aceptarse la petición de incluir el tiempo que el señor Luis A. León López sirvió como soldado en la hoja de servicios policiales.

Si bien es cierto, a la fecha de su retiro del servicio de la Policía Nacional no existía norma expresa que autorizara computar el tiempo de servicios militares para efecto de prestaciones sociales de los agentes, ya desde la expedición de la Ley 6ª de 1945 se estableció la acumulación de tiempos de servicio al Estado, prestados sucesiva o alternativamente, a fin de poder cumplir uno de los requisitos exigidos para obtener pensión de jubilación.

La asignación de retiro de los militares, policía y agentes, es la prestación equivalente a la pensión de jubilación en cuanto se concede por un determinado tiempo de servicios.

La asignación de retiro se rige en verdad por normas especiales más favorables y por tanto no es permitido sumar, para obtenerla,

tiempos cumplidos en actividades civiles, así ellos se hayan prestado al Estado.

Pero durante el servicio militar, se desempeñan actividades de naturaleza igual a las que se tienen en cuenta para conceder la asignación de retiro.

En los diferentes estatutos que han reorganizado la carrera de militares y miembros de la Policía, se ha reconocido que el servicio militar debe tenerse en cuenta para efecto de prestaciones sociales, ya que no se trata propiamente de servicios civiles, los cuales obviamente no son acumulables.

Es así como en el Decreto 501 de 1955, aplicable a suboficiales y marineros se estableció en el artículo 123:

“Para efectos de asignación de retiro, auxilios de cesantía y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Guerra liquidará el tiempo correspondiente de servicio en actividad e inclusive el de soldado”.

A mi entender, la falta de norma expresa que autorizara en el año de 1964 la inclusión del tiempo de servicio militar en la hoja de servicios de un agente de la Policía, no es impedimento para que sea computado pues es un tiempo de servicio al Estado en la actividad militar, y ese es el criterio que, a mi juicio, se debe tener en cuenta para la acumulación, consagrado por lo demás en estatutos generales y especiales.

No obstante lo anterior, comparto la decisión adoptada, pues aún incluyendo este tiempo, el señor Luis A. León López no completaría el necesario para tener derecho a la asignación de retiro y por tanto no cabe tampoco la sustitución pensional.

*Clara Forero de Castro.*

**PRESTACIONES MEDICAS - Imprudencia / ENTIDAD DE PREVISION SOCIAL**

*El sistema de la protección social que se brinda y que se otorga a los beneficiarios a través de las denominadas Cajas de Previsión ha de obedecer a unos mecanismos que, tanto los usuarios como dichas entidades han de acatar para que tenga plenos efectos y plena cobertura.*

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 1816 (10.740). Autoridades nacionales (Reconstrucción D.o.3825/1985). Actor: José Benjamín Zapata Correa.

Procédese a dictar sentencia en el juicio incoado mediante demanda del señor José Benjamín Zapata Correa contra la Caja Social de la Superintendencia Bancaria y en la cual se ataca la decisión de la junta directiva de dicha entidad por no haber reconocido a favor del actor el reembolso de las sumas pagadas por él que causaron los servicios médico-quirúrgicos y hospitalarios que le fueron dispensados en el exterior, y, así mismo, la Resolución 966 de 1983 —19 de septiembre— emitida por la nombrada entidad.

El expediente condigno fue destruido durante los sucesos del Palacio de Justicia de Bogotá ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo que, a petición del interesado y dentro de las pautas del Decreto extraordinario 3825 de 1985, fue reconstruido por auto de 10 de diciembre del siguiente año (fl. 54).

*I. La demanda:*

El libelo, pues, impetra la nulidad de la decisión contenida en el Acta número 006 de 8 de julio de 1983, que no reconoce el derecho al reembolso de las sumas de dinero pagadas por el señor Zapata Correa a Gateway Community Hospital de Saint Petesburg, Florida, Estados Unidos, y de la Resolución 966 de 1983 —19 de septiembre—, por la cual la dirección general del ente resuelve la reposición interpuesta contra aquélla y la mantiene. Como consecuencia de ello, solicita que

se condene a la Caja en el sentido de que reembolse al señor Zapata la suma de nueve mil seiscientos setenta y tres con setenta y cinco, dólares de Estados Unidos de América (US\$ 9.673.75), o su equivalente en moneda colombiana, al cambio que se registre en la fecha del pago por la demandada; y que se ordene el cumplimiento de la sentencia que ponga fin a este proceso, dentro del término indicado por la ley.

Según la demanda, el señor Zapata Correa, pensionado de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria cumple y ha cumplido totalmente las obligaciones para con ella, y, por lo tanto, cotizando mensualmente para el sostenimiento de los servicios médico-asistenciales, tuvo que acudir a éstos en la Seccional de Medellín por "problemas de índole circulatorio", siendo atendido por los doctores Darío Mejía Velásquez y Javier González Mejía. "El 17 de junio de 1982, previa consulta con su médico tratante, doctor Javier González Mejía, el actor viajó con su familia a los Estados Unidos de América y, encontrándose en la ciudad de Tampa, Estado de la Florida, sufrió un desmayo que lo obligó a consultar con un médico, en este caso el doctor Luis F. Vásquez, quien le prescribió hospitalización inmediata y, posteriormente, le practicó dos intervenciones quirúrgicas, logrando su recuperación total".

Dice también que todo lo acaecido se le informó a la Caja por el hijo del actor John Jairó Zapata Hoyos mediante comunicación telegráfica de 12 de julio de 1982, "exactamente cuatro (4) días después de la última intervención que le fue practicada". Al regresar el señor Zapata Correa al país, procedió a pasar la respectiva cuenta pidiendo el reembolso de lo pagado por él, para lo cual acompañó los comprobantes necesarios, lo que le fue negado por los actos administrativos que se han enunciado arriba y que son los acusados de nulidad en este asunto.

Estima el demandante que los actos en cuestión violan los artículos 2º, 16, 17 y 30 de la Constitución, los artículos 62 y 66 de la Ley 167 de 1941, el artículo 10 de la Ley 171 de 1961, los artículos 14 y 37 del Decreto-ley 3135 de 1968 y el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976. Dice al respecto:

"Incurrió la demandada en violación de los artículos 2º de la Constitución Nacional, 62 y 66 de la Ley 167 de 1941, por cuanto los actos acusados fueron expedidos ejerciendo, de manera irregular, la facultad que tiene asignada por la Constitución, la ley y los reglamentos; en efecto, las entidades de seguridad social tienen, ante todo, la función específica de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, en relación con los requerimientos de sus afiliados, sean ellos trabajadores en servicio activo o pensionados por las entidades afiliadas; en cumplimiento de este fin, las Cajas de Previsión están en la obligación de anteponer el interés

de los afiliados, a consideraciones de índole circunstancial; no puede ser la fría norma reglamentaria, óbice para que los afiliados a las entidades de seguridad social puedan obtener el reconocimiento de su legítimo derecho, puesto que tal comportamiento implica, de manera inequívoca, abuso del poder asignado a la Universidad Administrativa; en el caso *sub lite*, no es posible que la demandada se aparte de las condiciones en las cuales se produjo la urgencia médica, no eventual, que motivó el gasto por servicios médico-asistenciales, a los que el pensionado recurrió, en las condiciones dadas, por encontrarse en el exterior.

“Por las mismas razones, la Caja de Previsión demandada, incurrió en transgresión de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, 10 de la Ley 171 de 1961, 14 y 37 del Decreto 3135 de 1968 y 7º de la Ley 4ª de 1976, por cuanto todas las normas citadas estructuraban la institución de la seguridad social; conforme a la preceptiva del artículo 16 de la Constitución Nacional, ‘las autoridades de la República están instituidas... y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’, y, al tenor del artículo 17 *ibidem* ‘el trabajo es una obligación social gozará de la especial protección del Estado’; como se puede ver, el sentido de ambas disposiciones es uno sólo, orientado a fijar la garantía de que el Estado cumplirá sus deberes sociales; en la primera norma, el mandato resulta de tal contundencia, que su incumplimiento provoca reato de responsabilidad para el propio Estado, mientras que el segundo artículo citado, define la función del Estado en un sentido específico, como es el de la ‘especial protección al trabajo’; estas disposiciones han venido siendo desarrolladas por el legislador, en cumplimiento de un proceso de estructuración de la seguridad social; al efecto, están en vigencia la Ley 171 de 1961, el Decreto-ley 3135 de 1968, y la Ley 4ª de 1976, que señalan los derechos de los pensionados, respecto de servicios médico-asistenciales, en las disposiciones que fueron violadas por la administración al expedir los actos acusados” (fls. 6 a 7).

## II. El alegato de conclusión de la parte demandada:

Presentado antes de ser destruido el expediente originario, el alegato de conclusión de la parte demandada rebate la sustentación del libelista, sentado, como punto de partida, que no “se presentó emergencia médica que obligara a las intervenciones a que fue sometido el actor en los Estados Unidos”, pues de las declaraciones del doctor Javier González Mejía, al ser interrogado en su calidad de médico tratante del actor Zapata, se infiere que la última entrevista que tuvo

con el paciente fue en junio de 1981, o sea un año antes de su viaje a los Estados Unidos, amén de que la enfermedad de Zapata era de tipo médico y no quirúrgico. Algo similar se deduce de la declaración del otro médico, doctor Darío Mejía Velásquez quien, “entre otras cosas, criticó el hecho de que no se hubiera llamado a la Caja para pedir las autorizaciones correspondientes, amén de que a él, en su calidad de médico coordinador de la Caja en la ciudad de Medellín y médico tratante del actor, sólo se le avisó de la eventual emergencia médica de Zapata y de las posteriores intervenciones quirúrgicas, 40 días después de practicada la última de ellas”. Y agrega: “Ahora bien, en la declaración de la doctora María Victoria Acevedo que obra a folios 54 y 55 (se refiere a los del expediente destruido), se dice que el actor llevaba consigo la historia clínica y los antecedentes médicos del tratamiento hecho en Colombia, lo que da lugar a pensar que existió cierta premeditación del demandante para hacerse operar en los Estados Unidos. Esta misma declarante afirma que si hubiera existido emergencia médica real, se hubiera intervenido inmediatamente al actor y no seis (6) días después de presentado el desmayo a que se refiere la demanda”.

Hace luego críticas a los testimonios de Raúl Darío Méndez Montoya —yerno de Zapata Correa— porque incurre en varias contradicciones y a los de Augusto Piedrahita Aristizábal y Juan Andrés Landa García. Según ellas, se colige que la eventual emergencia médica no existió, sino que “el actor viajó a los Estados Unidos con el claro propósito de hacerse operar”.

Eso en cuanto al aspecto fáctico. Jurídicamente hablando, solicita que se analice el artículo 17 del Decreto 3135 de 1968 que dice: “Los empleados públicos y trabajadores oficiales están obligados a someterse a los reglamentos de la entidad de previsión. El cumplimiento de esta obligación exonera a la entidad de la prestación que con la infracción del reglamento se relaciona”. Igualmente, que se haga lo propio con el artículo 98 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 que reitera lo anterior, como así mismo el artículo 10 de la Ley 171 de 1961 y el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, que remiten a los reglamentos de las entidades obligadas a prestar el servicio.

Por lo tanto, dado que el demandante no atendió lo que sobre el particular estatuye el Acuerdo número 007 de la Caja, que es su reglamento aplicable a la materia, concluye solicitando que las peticiones de la parte actora sean denegadas.

### *III. El concepto fiscal:*

Emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, expresa el siguiente criterio:

“Es bien sabido que la administración tiene derecho —para ello está institucionalizada la vía gubernativa— a que

se le pida y emplace, sobre todo en materia laboral, dentro de un marco jurídico determinado. En este orden de ideas, tratándose, como aquí se trata, de una controversia entre un empleado oficial afiliado a una determinada Caja de Previsión Social y esta misma, dicha cuestión debe encasillarse dentro del ordenamiento legal específico que gobierna la actividad de esta Caja en particular, no otro que el contenido en los reglamentos internos de dicha entidad: Esto es lo que manda con meridiana claridad el artículo 98 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, cuando dice: "Todo empleado oficial afiliado a una entidad de previsión social está obligado a observar y cumplir estrictamente los reglamentos internos que regulan la prestación de servicios. El incumplimiento de la citada obligación exonera a la entidad de previsión social respectiva de la prestación del servicio correspondiente".

"Así lo entendió el propio demandante, cuando tanto en su solicitud inicial como en el recurso de reposición interpuesto frente a la negativa, pretendió fundamentarlos en los reglamentos internos de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria (ver Resolución número 966 de 19 de septiembre de 1983, obrante a fls. 135 y ss. del cuaderno número 1). Y la Caja venció al reclamante, a nuestro juicio asistida de razón, con las voces de esos reglamentos internos.

"Ahora, el demandante no cita como violadas las normas por cuya virtud legal fue vencido, limitándose a señalar normas genéricas que, definitivamente, no contemplan en concreto el caso debatido. Es esta una hipótesis en donde dócil y ortodoxamente se perfila la jurisdicción contencioso administrativa como una instancia *revisora* de la actuación administrativa, revisión de la que, como dijimos atrás, sale airosa la administración" (fls. 154 a 155).

#### *Consideraciones:*

Antecedente necesario que tuvo en cuenta la administración para denegar el reembolso de lo pagado por el actor en Estados Unidos por las intervenciones quirúrgicas a que fue sometido, es el análisis, el concepto y la sugerencia del Comité Técnico Consultivo de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria. En efecto se lee en el acta del organismo en la sesión de 6 de julio de 1983:

"JOSE BENJAMIN ZAPATA CORREA, paciente de 59 años que viene siendo tratado desde hace varios años en la ciudad de Medellín por los doctores Javier González Mejía, neurólogo, Gerardo Cadavid, cirujano vascular, por presentar hipertensión arterial, arterioesclerosis y ateromatosis en

carótidas, mayor a la izquierda. Tratamiento a base de antiplaquetarios, aspirina, dieta e hipotensores. Fue un fuerte consumidor de bebidas alcohólicas hasta hace unos años, actualmente dice haber disminuido la ingesta de alcohol.

“En la ciudad de Medellín los doctores anteriormente mencionados, con el doctor Darío Mejía Velásquez —coordinador médico en esa ciudad—, practicaron todos los estudios pertinentes y diagnosticaron mediante arteriografías, doppler, etc., arterioesclerosis y arteromatosis de carótidas, sin repercusión hemodinámica importante, con resultados satisfactorios, antes de proceder a efectuar tratamiento quirúrgico.

“En el pasado fue sometido a trombolectomía de la poplitea derecha, con óptimos resultados.

“Según la historia clínica enviada por el doctor Luis Vásquez, médico tratante en los Estados Unidos, el paciente el día anterior de asistir a su consulta narró haber presentado en Medellín hacía 14 meses, consistente en adormecimiento de miembros inferiores y superiores e imposibilidad de hablar.

“El paciente suministró al médico tratante el informe de los exámenes practicados en Colombia y un angiograma donde se revela la afectación bilateral en arteria carótica.

“Al practicársele el examen físico al paciente estaba: ‘Asintomático, TA de 130/80, un examen neurológico que reveló un normal desarrollo, bien alimentado y que no parecía sufrir dolencia alguna.

“‘Su estado mental es normal incluyendo su lenguaje en el que no hay señales de disfasia; el examen de los nervios craneales demostró que éstos están intactos y que responden correctamente a las pruebas individuales. El Fundi demostró discos bien definidos, no hubo signos de hemorragia, no se encontraron exudados ni estrechamiento AV. El examen motor era normal y los reflejos hipoactivos pero simétricos. El examen sensorial fue normal y la coordinación intacta. La palpación de las carótidas reveló un pulso simétrico, la arteria temporal superficial derecha no pudo palparse, la izquierda tenía buen pulso. Ningún sonido pudo escucharse.

“‘El médico tratante conversó con los familiares, se habló de la importancia de corregir este problema, continuar con los medicamentos formulados en Colombia y esperar la decisión de la familia’.

“Cinco (5) días después de la consulta inicial el paciente se hospitalizó en el GATEWAY COMMUNITY HOSPITAL,

donde el día 1º de julio de 1982 se le practicó endartectomía de carótida derecha y posteriormente el día 8 de julio de 1982 endartectomía izquierda.

“El 12 de julio se envió un cable al Director de la Caja donde se le informa que el paciente se encuentra hospitalizado de urgencia; esto ocurrió 17 días después de su primera consulta al doctor Luis Vásquez.

“Dando cumplimiento al artículo 4º del Acuerdo 007 de 1982, el Comité Técnico y Consultivo conceptúa:

“1. Bajo ningún punto de vista se trata de una emergencia, entendiéndose por emergencia todo accidente o enfermedad que demande en forma inmediata la atención médica.

“En el caso del señor Zapata no ameritó su tratamiento quirúrgico inmediato, ni siquiera se presentó cambio en la medicación que venía recibiendo en Colombia.

“2. El tratamiento médico iniciado en Colombia tenía al paciente asintomático y controlado; él narra que hacía 14 meses había sufrido episodio similar al presentado en el exterior, lo cual hace dudar al cuerpo médico que lo hubiese presentado, puesto que el examen médico era normal.

“3. Son muy claros los reglamentos cuanto preveen (sic) que toda emergencia médica debe acreditarse ante la Jefatura de la División de Servicios Médico-Asistenciales mediante informe escrito del médico, con el fin de tomar las medidas pertinentes.

“En el caso que nos ocupa, pudo establecer el Comité Técnico y Consultivo que realmente no se presentó la urgencia que el afiliado argumenta, toda vez que se contó con el tiempo necesario (5) días para acreditarlo ante la División de Servicios Médico-Asistenciales.

“En razón de lo anteriormente expuesto el Comité Técnico y Consultivo se permite sugerir al señor Director abstenerse de reconocer los pagos que demandó el tratamiento quirúrgico del pensionado José Benjamín Zapata Correa en la ciudad (sic) de Florida, EE. UU.” (fls. 61 a 65).

Sumamente importante para lo que ha de resolverse en el asunto *sub judice* es por lo tanto, el dato consignado en las observaciones precedentes, porque puede ser tenido como motivación del primer acto administrativo demandado, es decir, la decisión de la Junta Directiva de la Caja, que consta en el punto “varios” del Acta 006 de 1983 —8 de julio— cuyo contenido se transcribe a continuación:

“Después de un amplio debate, en el que intervinieron (sic) la mayor parte de los miembros de la Junta, con base en el dictamen y recomendaciones formuladas por el Comité Técnico y Consultivo de la entidad y como quiera que el procedimiento no se ajustó a las normas reglamentarias vigentes para la prestación de servicios médicos en el exterior, con el voto de todos sus miembros, excepto el de Representante de los pensionados quien consideró que debía reconocerse de acuerdo con las tarifas vigentes, la Junta denegó la solicitud de reembolso de gastos por servicios médico-quirúrgicos en los Estados Unidos, presentada por el pensionado José Benjamín Zapata Correa, residente en Medellín, por un valor equivalente a \$ 850.000.00 aproximadamente” (fl. 132 *in infra*).

Sin embargo, el segundo acto —la Resolución número 966 de 1983 de 19 de septiembre—, aunque confirma lo decidido por la Junta y se fundamenta en similares criterios a los apuntados por el Comité Técnico y Consultivo, apunta otra base de tipo jurídico que se aparta de la que llevó a la Junta a adoptar su manifestación de voluntad. Así, dice que el artículo 110 del reglamento no es aplicable porque el pensionado Zapata Correa no se encontraba residenciado en el exterior, con carácter permanente, para la fecha en que se practicaron las intervenciones quirúrgicas. Pero que sí existe aplicabilidad de los artículos 100 y 101 del mismo reglamento para negar la petición de reembolso, porque Zapata Correa no siguió los pasos que señalan tales disposiciones para tener derecho a lo que reclama. En efecto, agrega, el parágrafo 5º del artículo 100 del Acuerdo 011 de 1977 invocado por el pensionado que “para el reconocimiento y pago de todo servicio de urgencia se debe tener en cuenta lo dispuesto sobre cuentas médicas. *Para la calificación de las urgencias médicas, se requiere concepto previo del Comité Técnico y Consultivo de la Caja*”, por lo que no fue cumplido por el señor Zapata, amén de que el parágrafo segundo del artículo 4º del Acuerdo número 007 de 1982 que recoge lo previsto en los artículos 100 y 101 del mencionado Acuerdo número 011 de 1977, “*el Director General consultará al Comité Técnico y Consultivo de la Caja, para que dictamine si en determinado caso se ha configurado una urgencia médica*”. Es ésta, por consiguiente, la única variante sustancial que se halla como motivación de la Resolución 966 de 1983, ya que en lo demás se remite al concepto del Comité Técnico y Consultivo, para concluir que “finalmente el Decreto 1848 de 1969 que reglamentó el 3135 de 1968, prevé en su artículo 98 que todo afiliado a una entidad de previsión social está obligado a observar y cumplir estrictamente los reglamentos internos que regulen la prestación de sus servicios. El incumplimiento de la citada obligación, dice el inciso final de este artículo, exonera a la entidad de previsión social respectiva de la prestación del servicio correspondiente”. Y que, así las cosas, forzoso es concluir que el pensionado Zapata Correa, por una parte, no cumplió con los requisitos que exigen los reglamentos

de la Caja para que se le reconociera y pagara los gastos que le ocasionó su eventual urgencia médica y, de otro lado, más importante todavía, en el concepto del Comité Técnico y Consultivo, máxima autoridad administrativa para determinar si se presentó urgencia médica, se expresó que no la hubo por las razones expuestas en el mismo.

Frente a la situación descrita, resulta oportuno que la Sala exponga los elementos indispensables para medir el posible quebranto que, de normas superiores, acusa la parte demandante a los actos que se apoyan en tales principios de hecho y en las reglas de estirpe legal y reglamentario que citan, así:

1. *El abuso del poder.* Dice el escrito demandatorio que "las entidades de seguridad social tienen, ante todo, la función específica de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, en relación con los requerimientos de sus afiliados, sean ellos trabajadores en servicio activo o pensionados por las entidades afiliadas". Que, "en cumplimiento de este fin, las Cajas de Previsión están en la obligación de anteponer el interés de los afiliados a consideraciones de índole circunstancial; no puede ser la fría norma reglamentaria, óbice para que los afiliados a las entidades de seguridad social puedan obtener el reconocimiento de su legítimo derecho, puesto que tal comportamiento implica, de manera inequívoca, abuso del poder asignado a la unidad administrativa; en el caso *sub lite*, no es posible que la demandada se aparte de las condiciones en las cuales se produjo la urgencia médica, no eventual, que motivó el gasto por servicios médico-asistenciales, a los cuales el pensionado recurrió, en las condiciones dadas, por encontrarse en el exterior".

A los actos acusados se les endilga, por ende, un error en la apreciación de la materia y de un error por la excesiva literalidad que se da a la inteligencia de las normas, de lo que deriva un *abuso de poder*. Entiende la Sala que la parte actora se refiere a una *modalidad relativa a la apreciación de los motivos*, medio de anular los actos de la administración, erigido por la doctrina, que no consiste en que los motivos de la decisión invocados por su autor no existan en la realidad, sino en que esos motivos no justifican la decisión tomada, porque no son de la naturaleza que permita a su autor adoptarla. No se trata, en consecuencia, de establecer la existencia material o la exactitud jurídica de los motivos, sino de apreciarlos en tanto que sustentan la decisión. Y es por ello apenas lógico, dado que sólo en la hipótesis del uso del poder reglado el juez administrativo tiene, en principio, según los teorizantes, la facultad de ejercer el control con base en la apreciación de los motivos.

Mas en un derecho positivo como el colombiano que erige la ley como suprema fuente jurídica (art. 8º, C. C.), que sólo reconoce actualmente (art. 84, C. C. A., conforme a la modificación introducida por el art. 14 del Decreto-ley 2304 de 1989) como causales de anulación de los actos administrativos, el quebranto de las normas en que deberían fundarse, la incompetencia del funcionario u organismo que

los haya expedido, la adopción en forma irregular, el desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, *la falsa motivación y la desviación de las atribuciones propias del funcionario* o corporación que los profirió, sería impropio que se reconociera una nulidad con fundamento en la teoría de la apreciación de los motivos, ajena a dichas causales.

Únicamente esas causales pueden llevar al juez administrativo, en Colombia, a declarar nulo un acto administrativo si de lo comprobado o demostrado por la parte actora se deriva la incidencia en una o varias de tales causales.

No existiendo en el caso que se analiza falsa motivación puesto que la parte actora, conforme se ha visto, no sostiene esta tesis sino que sólo arguye una equivocada apreciación y excesiva literalidad en la interpretación de las normas, ha de desecharse esta presunta causal. Y en cuanto atañe a la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió —o desviación de poder—, ha de recordarse que este vicio, más propio del ejercicio del “poder discrecional”, consiste en una “ilegalidad relativa al fin perseguido” y que tiene lugar “cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí misma, pero en vista de otro fin distinto el previsto por la ley cuando le señala competencia” (André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, Onzième Edition —1978—), circunstancia que no se da tampoco en el caso que ahora se estudia, puesto que las autoridades que tomaron la decisión de no reconocer y pagar los gastos que por enfermedad sufragó de su peculio el demandante, se ajustó a los preceptos de la ley y quien no lo hizo fue el pensionado y afiliado Zapata Correa, dado que no cumplió con lo que manda el artículo 98 del Decreto reglamentario 1848 de 1969, que dice: “Todo empleado oficial afiliado a una entidad de previsión social está obligado a observar y cumplir estrictamente los reglamentos internos que regulan la prestación de servicios. El incumplimiento de la citada obligación exonera a la entidad de previsión social respectiva de la prestación del servicio correspondiente”.

Por este aspecto, entonces, el cargo que se analiza no tiene vocación de prosperidad.

2. *Infracción de normas legales.* Bajo este rubro se sintetiza el segundo cargo contra el acto demandado, en el que la parte actora ve que se han quebrantado los artículos 16 y 17 de la Constitución; el 10 de la Ley 171 de 1961, el 14 y el 37 del Decreto 3135 de 1968 y el 7º de la Ley 4ª de 1976, por cuanto son la base del régimen de los derechos y garantías sociales y más especialmente de lo que respecta al trabajo y a la seguridad social, extendiéndose ésta a lo que atañe a los pensionados.

Y en verdad que ello es así. Mas, indudablemente también que el sistema de la protección social que se brinda y que se otorga a los beneficiarios a través de las denominadas “Cajas de Previsión” ha de obedecer a unos mecanismos que, tanto los usuarios como dichas

entidades han de acatar para que tenga plenos efectos y plena cobertura. Las disposiciones citadas como violadas por la actora hacen parte, pero parcial, de ese sistema, eminentemente reglado, que señala las condiciones y los términos necesarios para el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes en sus diversas modalidades. De esta guisa es el artículo 17 del Decreto-ley 3135 de 1968, que a la letra dice:

“Los empleados públicos y trabajadores ficiales están obligados a someterse a los reglamentos de la entidad de previsión. El incumplimiento de esta obligación exonera a la entidad de la prestación que con la infracción del reglamento se relacione”.

Según aparece de autos, es indubitable que el señor Zapata Coorea no se atuvo a tales reglamentos, dado que no consultó de antemano al médico coordinador en Medellín, sino que *motu proprio*, viajó a Estados Unidos con el evidente ánimo de ser tratado por especialistas de ese país, y luego, argumentando una urgencia que no lo fue, al regresar a Colombia pretendió que la Caja le reconociese los gastos cubiertos con sus recursos personales; en esas circunstancias, hizo bien la entidad demandada en dictar los actos acusados en la forma en que lo hizo, razón por la cual, manteniéndose incólume la presunción de legalidad que los cobija, han de denegarse sus pretensiones.

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

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día primero (1º) de diciembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*

**INSUBSISTENCIA - Desviación de poder / RENUNCIA / ENCARGO**

*No existe obligación de aceptar una renuncia ni óbice legal para que se declare insubsistente el nombramiento de un funcionario público por el hecho de que la haya presentado, como no la hay para su destitución o para la declaratoria de vacancia del respectivo cargo, si se dan los presupuestos exigidos al efecto por la ley.*

*Reitera sentencias de: 19 de diciembre de 1984, 23 de septiembre de 1986, 28 de septiembre de 1987.*

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 547. Reconstrucción. Apelación sentencia: Actor: Martín Uribe Arbeláez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de 2 de septiembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso instaurado por Martín Uribe Arbeláez, encaminado a obtener la nulidad de las Resoluciones números 0399 de 20 de marzo de 1980 y 0529 de 22 de abril de ese mismo año, proferidas por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante los cuales, en su orden, se dispuso encargar al demandante del cargo de Jefe de Sección 2075-02 de la sección de Instrucción de la División de Control y Vigilancia y la insubsistencia del nombramiento del actor del cargo de Profesional Universitario número 3020-06 de la Oficina Jurídica de esa Superintendencia (fl. 81).

En el fallo recurrido se desestimaron las súplicas de la demanda, con fundamento en que, a través de las pruebas allegadas al proceso, no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto acusado y, por ello, sigue incólume el presupuesto de que su expedición estuvo inspirada en la mejor prestación del servicio.

Se afirma en la sentencia impugnada que "...Para llegar a una conclusión contraria, es decir, a una falsa mo-

tivación o a una desviación de poder, es preciso que el demandante en el trámite de la instancia destruya por los medios legales esta presunción, es decir, llevándole convicción al juzgador de que el acto no tiene como mira el buen servicio público o la buena marcha de la administración, sino por el contrario, fines ajenos, mezquinos, personales, que consultan no los intereses de la comunidad sino los del administrador de turno, lo cual no tuvo su debida comprobación..." (fl. 13, cuaderno 1).

Por haber desaparecido en el incendio del Palacio de Justicia, el expediente fue reconstruido con arreglo al procedimiento señalado en el Decreto 3825 de 1985, quedando en estado de disponer su traslado al Ministerio Público para concepto de fondo.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalidé lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

En el concepto de fondo rendido por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación, se solicitó la confirmación de la sentencia apelada, después de analizar sucintamente los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto y los argumentos de las partes, como se aprecia a continuación:

"...La Fiscalía comparte el criterio del tribunal en varios aspectos, entre ellos:

"—La declaratoria de caducidad de la acción por presentación extemporánea de la demanda (agosto 21), con relación a la resolución de fecha marzo 20 de 1980, pues transcurrieron más de los cuatro meses consagrados en la ley para ejercer dicha acción.

"—Se encuentra establecido en el proceso que se trata de un funcionario de libre nombramiento y remoción, sin amparo de carrera administrativa alguna, y sin período fijo, sujeto al ejercicio de la facultad discrecional del nominador cuando éste lo considere conveniente en el desarrollo de sus actividades.

"—En cuanto a la anotación en la hoja de vida, de las causas que le dieron origen a la declaratoria de insubsistencia, es ya reiterada la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado en el sentido de que ésta no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación y, su ausencia, no puede conducir a la nulidad, pues no se trata de un requisito previo sino posterior al acto.

“—Tampoco está de acuerdo la Fiscalía con el actor, en el sentido de que la declaratoria de insubsistencia revoca en forma irregular el encargo hecho al actor en la primera resolución acusada, ya que el doctor Uribe nunca tomó posesión del cargo para el cual se le designó en ésta y, por lo tanto, dicho encargo no se concretó. De tal suerte que, como se dice en la sentencia, ‘el nominador actuó en forma correcta, pues tenía que separarlo del servicio, precisamente del empleo para el cual había sido nombrado y se encontraba debidamente posesionado’ (fl. 15, cuaderno principal); y

“—Del no pronunciamiento del nominador sobre la renuncia presentada por el actor, encuentra el Despacho contradictoria la forma como se desarrolla el concepto de violación y la exposición del hecho, como aparece a folio 33 del cuaderno principal, en donde el actor mismo reconoce que la renuncia no cumplía las exigencias legales tal y como se desprende del siguiente aparte:

“‘Como consecuencia del traslado-encargo decretado en la Resolución 0399 de marzo 20 de 1980 que destinara a mi poderdante por encargo a un empleo de inferior categoría del que era titular, al día siguiente él presentó en forma inequívoca, clara, expresa, aunque no espontánea, su renuncia irrevocable...’.

“Entonces, por qué ahora su insistencia en que esa renuncia debió ser aceptada?

“La jurisprudencia, en varias oportunidades ha expresado que la renuncia presentada por el funcionario no enerva la facultad discrecional, no la limita y, por lo tanto, es legal la declaratoria de insubsistencia en tal acto.

“—Tampoco la parte actora demuestra que la declaratoria de insubsistencia, en su caso, sea la culminación disimulada de un proceso disciplinario como para darle el carácter de sanción” (fls. 148 y 149).

La Sala acoge las conclusiones de la Agencia del Ministerio Público, encontrándolas conforme a lo alegado y probado y las complementa así:

Como quiera que del escrito obrante a folios 82 a 85 se desprende que, según el recurrente, en la sentencia impugnada se negaron las peticiones del libelo, entre otras razones, porque erróneamente se despojó a la Resolución número 0399 de 20 de marzo de 1980 de su carácter de prueba idónea para acreditar la desviación de poder en

que incurrió la administración al declarar la insubsistencia del nombramiento del cargo que desempeñaba en la mencionada entidad, la Sala considera oportuno dilucidar si efectivamente la decisión administrativa de ordenar al actor asumir, en virtud de un encargo, las funciones del cargo de Jefe de Sección 2075-02 de la Sección de Instrucción de la División de Control y Vigilancia, mientras éste se proveía definitivamente, tiene la virtualidad de demostrar que hubo desviación de poder al proferir el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de que el demandante era titular.

Pues bien, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la provisión de un empleo en forma temporal a través de la figura del encargo, obedece a la necesidad de que la prestación del servicio no sufra interrupción mientras se designa a su titular, vale decir, que la razón que la justifica se identifica plenamente con la de una buena prestación del servicio público.

En el caso *in examine*, según se infiere del Oficio número 1734 de 9 de abril de 1980, suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio (fls. 136-137), el encargo que se hizo al actor por medio de la Resolución número 0399 de 1980, obedeció a necesidades del servicio y debía cumplirse sin desmejoras de ninguna índole y sin causarle perjuicios. En efecto, si bien el cargo al cual se le asignaba provisionalmente, a pesar de corresponder al nivel ejecutivo y por tanto superior en categoría y responsabilidad al cargo de que era titular, tenía una remuneración inferior a aquella que percibía en su cargo original, el actor conservaba la remuneración mensual correspondiente a éste (Oficio número 1489 de 25 de marzo de 1980, fl. 27 antecedentes administrativos).

Por consiguiente, si el encargo que se hizo al demandante por la resolución citada, tuvo como única razón la necesidad de prestar oportunamente el respectivo servicio público, la Sala no encuentra válidos los planteamientos del actor tendientes a demostrar que ese acto administrativo se constituyó en el soporte de la desviación de poder que se endilga a la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento, porque ello equivaldría, sin fundamento jurídico alguno, a aceptar que, por haber sido antecedida de la orden de traslado, debe ser calificada de contraria a las razones de buen servicio que conforme a la ley deben inspirarla.

Por el contrario, para la Sala la actuación de la autoridad nominadora debe mirarse más bien como coincidente con la noción del buen servicio, a menos que se haya demostrado que la finalidad buscada por ella al remover al actor era ajena u opuesta a ese principio fundamental de sana administración, lo cual en el presente caso no se dio.

De otra parte y respecto del planteamiento del recurrente en el sentido de que la Superintendencia estaba obligada a aceptar la dimi-

sión del cargo presentada por él, la Corporación encuentra que, si la renuncia estaba concebida en términos inaceptables para la administración, según se expuso en el Oficio número 1496 de 25 de marzo de 1980 (fl. 138) y se infiere también de los propios términos de la demanda en la cual se asevera que no fue espontánea (fl. 33) y por ello contraria al artículo 111 del Decreto 1950 de 1973 (fl. 35), la autoridad nominadora, si quería remover al demandante por alguna causa, no podía hacerlo mediante el acto cuya expedición se reclama, que hubiera sido tildado de ilegal, sino que debía recurrir, como lo hizo, a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, autorizada legalmente.

Es imprescindible anotar que la presentación de renuncia no constituye impedimento para que la autoridad nominadora declare la insubsistencia del empleado.

La Sala en varias sentencias, entre otras las proferidas el 19 de diciembre de 1984, 23 de septiembre de 1986 y el 28 de septiembre de 1987 (en los procesos números 9111, actora Virginia Torres González, 189 actores Alvaro Romero Efer y otros, 1250 actor Alberto Moreno Rojas), ha sostenido que no existe obligación de aceptar una renuncia ni óbice legal para que se declare insubsistente el nombramiento de un funcionario público por el hecho de que la haya presentado, como no la hay para su destitución o para la declaratoria de vacancia del respectivo cargo, si se dan los presupuestos exigidos al efecto por la ley.

Si la facultad que tiene la administración para remover libremente a los funcionarios que no gocen de fuero de relativa estabilidad en el empleo, se enervara con la presentación de la renuncia del subalterno, ello significaría que el sujeto pasivo del ejercicio de tal prerrogativa legal tiene capacidad para interferir y limitar dicha facultad que sólo el legislador puede recortar, restringir o condicionar.

Por consiguiente, el hecho de que en el caso *sub lite* mediara la renuncia presentada por el actor, por lo demás en términos que la administración consideró inaceptables, no puede viciar de nulidad el acto de remoción del demandante, el cual se profirió de conformidad con las disposiciones que regulan esta forma de separación del servicio público.

No estando demostrado que las causas que motivaron la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor son ajenas al recto criterio del buen servicio que conforme a la ley debe inspirarla, se mantiene incólume la presunción de que está ajustada a la ley y, por lo tanto, la sentencia recurrida debe confirmarse.

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

*Falla:*

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el dos (2) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), dentro del proceso instaurado por Martín Uribe Arbeláez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1989.

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

*Miguel Antonio Perilla P., Secretario.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Prueba recobrada**

*La ley establece como causal de revisión la recuperación de pruebas decisivas con posterioridad a la sentencia, refiriéndose a aquellos medios probatorios respecto de los cuales la parte interesada, sin su culpa, no podía solicitar o aportar oportunamente, pero no aquellos que sin dificultad alguna bien podían obtenerse en su momento. Dicha causal no es una nueva oportunidad para la parte que por negligencia no desplegó su actividad probatoria a tiempo. De ahí que, inequívocamente, la ley emplee el verbo recobrar y no presentar, aducir o allegar.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Nulidad originada en la sentencia**

*La presunta errónea interpretación de la ley, mediante la cual se haya proferido una sentencia, constituye, un error o vicio de juzgamiento, que no encaja dentro del marco de los defectos de nulidad originados en la sentencia, los cuales según la Sala Plena serían algunos vicios de procedimiento. Se reitera la sentencia de Sala Plena de 29 de noviembre de 1988, expediente R-010, Consejero ponente doctor Alvaro Leconte Luna, actor: Augusto Murillo Palacios.*

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

*Consejero ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

*Referencia: Expediente número 2724. Recurso de revisión. Actor: Salvador Alfonso Amaya Ruiz y otros.*

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión formulado por la cónyuge superviviente e hijos de Salvador Amaya Cárdenas contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó sus peticiones en la acción de restablecimiento del derecho que promovió para obtener la nulidad del acto administrativo que lo desvinculó del servicio, proferido por la Comisión de la Mesa

del Senado de la República, su reintegro al servicio y el pago de los haberes dejados de percibir.

*La sentencia recurrida.* Para los efectos de este recurso extraordinario se transcriben sus partes pertinentes:

“El señor Salvador Amaya Cárdenas demanda la nulidad de la Resolución número 125 de 19 de octubre de 1982, proferida por la Comisión de la Mesa del honorable Senado de la República, mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como auxiliar de recinto que desempeñaba en la Corporación.

“La ilegalidad del acto acusado lo funda la demanda en el hecho de haber sido emitido por funcionarios que carecían de competencia, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, una vez en ejercicio del cargo el Director Administrativo, las funciones de administración de personal le corresponden en forma exclusiva.

“Del estudio del proceso observa la Sala que las pruebas tendientes a demostrar el nombramiento y posesión de dicho funcionario antes de que se produjera el acto de insubsistencia, fueron allegadas al proceso en forma ilegal, y, de consiguiente, no pueden tenerse como tales.

“En efecto, no fueron pedidas por el actor en el memorial de pruebas obrante a folio 55 del expediente, ni decretadas por el magistrado ponente, de manera que no se han sometido a la contradicción y publicidad que exige la ley, y, por lo tanto, deben ser desestimadas y tenerse como no probados los hechos que pretenden demostrar”.

#### *El recurso:*

a) Se solicita que se declare que es nula la sentencia recurrida con fundamento en las causales 2 y 6 del artículo 188 del C. C. A., expedido mediante el Decreto extraordinario número 01 de 1984 y consecuentemente que se hagan las declaraciones pedidas en la acción de restablecimiento del derecho;

b) En los hechos se relata la vinculación del actor al servicio del Senado de la República y su desvinculación por medio del acto que impugnó en aquella acción que culminó con la sentencia recurrida, de la cual transcribe el segmento que consideró pertinente.

Finaliza la demanda este capítulo con la siguiente:

“4º La prueba a que se refiere el honorable Tribunal, de conformidad con la transcripción (sic) que se ha hecho, para

negar las peticiones de la demanda, es precisamente, la de que para el 19 de octubre de 1982, no se encontraba nombrado, posesionado y en pleno ejercicio de sus funciones el respectivo Director Administrativo y que por consiguiente, en ausencia de éste la Mesa Directiva podía ejecutar el acto administrativo demandado, presumiéndose éste legal. Pero lo cierto es que para tal fecha, si se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones el Director Administrativo, cargo este que lo estaba desempeñando el doctor Darío Londoño Cardona, prueba esta que se encuentra dentro del expediente, sólo que dicha prueba no fue allegada dentro del término fijado por la ley sino que fue traída antes de dar traslado a las partes para alegato de conclusión. Sin embargo, el honorable Tribunal, al observar que tal prueba no fue traída dentro del término de prueba, para el esclarecimiento de la verdad ee (sic) los hechos, ha debido hacer uso de las facultades que le concede el numeral 4 del artículo 37 del C. de P. C., que textualmente dice:

“Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegado por las partes, y para evitar nulidades y providencias inhibitorias’.

“Entonces, para que el honorable Tribunal hubiese verificado el hecho de que la Comisión de la Mesa Directiva del honorable Senado de la República para la época en que ésta dictó el acto administrativo acusado, si tenía facultad para hacerlo, de acuerdo con la tesis por él planteada, ha debido hacer uso de la anterior norma, es decir, para cerciorarse si el Director Administrativo se encontraba o no ejerciendo sus funciones en la época en que se produjo el acto, decretando la prueba concerniente a este evento, tal como lo establecen los artículos 179 y 180 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 169 del C. C. A., el cual establece:

“En la primera o única instancia y antes de ordenar los traslados para alegar, podrá el ponente decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad’.

“No obstante haber dejado pasar inadvertidamente estas normas que son de capital importancia para el problema debatido, sin embargo se adujeron a los autos antes del traslado para alegar, las pruebas sobre que el 19 de octubre de 1982 el Director Administrativo del honorable Senado de la República, se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones, como así se anotó por el mismo Tribunal al despreciar esta prueba por no haber sido solicitada dentro del

término de fijación en lista del negocio ni haberla anunciado como de prueba en la demanda.

"5º El honorable Tribunal al resolver sobre las peticiones de la demanda negando éstas, considera que el acto demandado o sea la Resolución número 125 de 19 de octubre de 1982 dictada por la Comisión de la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, se presume legal, es decir, la clasifica en legalidad relativa que está sujeta a prueba por el actor. Pero lo cierto es que este acto es nulo de nulidad absoluta por cuanto que la ilegalidad de él es de puso (sic) derecho y la prueba de su ilegalidad es el mismo acto administrativo demandado, por haber violado directamente el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, ya que en esta norma no está establecido que la Mesa Directiva del honorable Senado de la República esté revestida de facultad para remover empleados de la Rama Legislativa del Poder Público (Senado de la República), solamente está facultada provisionalmente, a falta del Director Administrativo, de ejercer funciones de administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados, conllevando con ello la de no remover a éstos".

c) Acerca de las causales de revisión que invoca se expuso:

"Respecto a las causales de revisión, éstas se encuentran consagradas en los numerales 2 y 6 del artículo 188 del C. C. A., en las que se establece lo siguiente:

**"PRIMERA CAUSAL.** 'Cuando se recobren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente'.

"Estas piezas decisivas, son precisamente, las que el honorable Tribunal en la sentencia que se recurre, echó de menos, no obstante obrar ellas en el expediente, sino que por no haber sido presentadas dentro del término de pruebas, las desechó. Ahora nuevamente se acompañan con esta demanda para que como prueba influyan en la decisión final favorable a las pretensiones de la demanda y que se relacionarán más adelante en el capítulo de pruebas.

**"SEGUNDA CAUSAL.** 'Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso'.

"La nulidad existente originada en la sentencia que puso fin al proceso y de cuyo recurso se trata, consiste, precisamente, en haber dictado la sentencia, interpretando erróneamente el sentido literal del artículo 14 de la Ley 52 de 1978, por cuanto que con ella se violó uno de los acápites del citado artículo 14.

“En efecto, el artículo 14 establece lo siguiente:

“La provisión de empleados (sic) del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de candidatos que postularan las Mesas Directivas de las respectivas cámaras, y las Comisiones permanentes o legales teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la Corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo.

“Se exceptúan de lo previsto en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y las Secretarías de las comisiones constitucionales.

“Parágrafo transitorio: Mientras los Directores Administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados señalados en esta ley’.

“Interpretando literalmente el espíritu de la norma transcrita, se obtiene lo siguiente: a) La provisión de empleados del Congreso —se entiende que son los de la planta administrativa— corresponde hacerlo a los Directores Administrativos de candidatos que postulan las Mesas Directivas de las respectivas Cámaras, provisión esta que no es de competencia o facultad de las Mesas Directivas de las Cámaras sino única y exclusivamente de los Directores Administrativos; b) Se exceptúan de estos nombramientos, los que por elección hagan las respectivas Cámaras y los Secretarías de las Comisiones Constitucionales; c) Igualmente mientras los Directores Administrativos no hagan nombramientos en propiedad los empleados que venían ocupando diferentes cargos con la asignación mensual que establece la Ley 52 de 1978. Esto quiere decir, en buen romance, que si el Director Administrativo, una vez nombrado, posesionado de su cargo y en pleno ejercicio de sus funciones, si no hace nombramientos en propiedad de empleados, continuarán los que en propiedad venían desempeñando éstos con la misma calidad jurídica hasta el vencimiento del nuevo período constitucional, y d) Las Mesas Directivas de las respectivas Cámaras, a falta de los Directores Administrativos, solamente tienen facultades provisionales para administrar el personal mas no para nombrar o remover empleados de sus cargos.

“En resumen: Las Mesas Directivas de las Cámaras no tienen facultad para remover empleados ni siquiera en ausencia del Director Administrativo. Por consiguiente la Resolución número 125 de 19 de octubre de 1982 dictada por la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, es *nula de nulidad* absoluta, sin importar que el Director Ad-

ministrativo del honorable Senado estuviere o no en ejercicio de sus funciones en esa fecha.

“Sin embargo, de acuerdo con la sentencia que ahora se impugna, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, sólo advierte nulidad en la resolución mencionada, en el caso de que para esa fecha ya se hubiere hecho la designación del Director Administrativo y éste estuviere ejerciendo sus funciones a quien le correspondía la remoción.

“Es decir, que según el criterio del honorable Tribunal, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos de las Cámaras las Mesas Directivas de las mismas no solamente pueden ejercer provisionalmente las funciones de administración de personal, sino que también pueden remover y nombrar empleados.

“Acogiendo dicho criterio —aunque sin compartirlo— se tendría la situación de que al resultar probado que el Director Administrativo del honorable Senado de la República, se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones el 19 de octubre de 1982, la decisión del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca hubiese sido diferente, vale decir, se habían aceptado las peticiones de la demanda.

“Es por estos motivos que se interpone ahora el presente recurso extraordinario de revisión contra la sentencia en referencia, presentando nuevamente las piezas decisivas que el honorable Tribunal no tuvo en cuenta, siendo que estaban o figuraban ya en el proceso, como son: Copia autenticada de la Resolución número 106 de fecha 15 de octubre de 1982, proferida por la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, mediante la cual se nombra como Director Administrativo de la misma Corporación al doctor Darío Londoño Cardona; copia autenticada de las actas de posesión del mismo, y una certificación del Jefe de la Oficina de Registro y Control del honorable Senado de la República, de que para el 19 de octubre de ese año (1982) se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones de Director Administrativo de tal entidad.

“En razón a todas las consideraciones expuestas, es forzoso concluir que la sentencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de fecha 27 de enero de 1987 es *nula* y por consiguiente debe ser revocada y acoger las pretensiones de la demanda”.

*El concepto fiscal.* En lo conducente el Ministerio Público manifestó:

“El fundamento del recurso de revisión que nos ocupa, se hace consistir en que la sentencia protestada niega las pretensiones de la demanda por militar en el proceso unas pruebas que de haber sido allegadas en forma legal y oportuna, hubieran posiblemente conducido a un fallo favorable a las súplicas del demandante, pero, por no haber sido pedidas por el actor en memorial de pruebas, ni decretadas por el ponente, no se tuvieron en cuenta.

“En este sentido, estima esta Agencia del Ministerio Público, el fallo recurrido se ajusta a derecho, pues, si la ley prevee unos términos precisos para solicitar y practicar pruebas, es con el objeto de que éstas puedan controvertirse, conforme los principios de publicidad y contradicción de la prueba, como lo anota el *a quo*, y, al no sujetarse las referidas documentales al período probatorio, ni determinarse su origen o aparición dentro del proceso no es del caso tenerlas en cuenta.

“Así las cosas, se tiene que no se está en presencia de supuesto alguno contemplado como causal de revisión, en el artículo 188 del C. C. A., pues no se trata de que se hayan recobrado piezas decisivas para el fallo, como lo aduce el recurrente, sino que la prueba echada de menos en la sentencia nunca obró en el proceso ‘regular y oportunamente allegada’, como lo manda el artículo 174 del C. de P. C.”.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes:

#### *Consideraciones:*

##### *1. La causal segunda de revisión invocada.*

El análisis del recurso lleva a la Sala a concluir que los medios de prueba a los cuales la parte recurrente le atribuye la calidad de recobrados, no lo son en realidad y menos en momento jurídico posterior a la sentencia, como lo exige la causal de revisión. Además, la única condición que exhiben tales piezas, la de ser decisivas, el propio recurrente se encarga de alegar en contra de ella.

En efecto, si los medios probatorios aludidos los aportó al proceso la parte recurrente antes de dictarse la sentencia es imposible poder afirmar que fueron recuperados con posterioridad a ella. La calificación que les cabe, según lo que se ha transcrito, es la de medios probatorios o piezas *no pedidas como tales oportunamente ni decretadas*, a pesar de que la parte recurrente estuvo en condiciones de haberlas pedido en la oportunidad que la ley procesal le brindaba.

Cuando la ley establece como causal de revisión la recuperación de pruebas decisivas con posterioridad a la sentencia, se refiere a aquellos medios probatorios respecto de los cuales la parte interesada, sin su culpa, no podía solicitar o aportar oportunamente, pero no aquellos que sin dificultad alguna bien podían obtenerse en su momento, como ocurrió con los del presente caso. Dicha causal, pues, no es una nueva oportunidad para la parte que por negligencia no desplegó su actividad probatoria a tiempo. De ahí que, inequívocamente, la ley emplee el verbo *recobrar* y no presentar, aducir o allegar, como lo da a entender la parte recurrente.

Por manera que, sólo se estará frente a la configuración de esta causal cuando el recurrente demuestre las razones por las cuales estuvo en imposibilidad de haber pedido a tiempo las pruebas, para que pueda calificarse que su obtención posterior sí es un recobramiento o recuperación.

Lo dicho hasta este momento es suficiente para que la Sala concluya que tampoco puede prosperar la causal de revisión en estudio, sin necesidad de verificar el otro requisito que contiene, vale decir, que las pruebas sean decisivas para que la decisión hubiere sido diferente, debido a que, curiosamente, el recurso está planteado sobre la base de que tales pruebas no eran necesarias para obtener ese resultado.

Consecuentemente, la causal de revisión no puede prosperar.

## 2. *La causal sexta de revisión.*

Según el recurso la nulidad de la sentencia se presentó en razón de que en ella se interpretó erróneamente el artículo 14 de la Ley 52 de 1978.

Sin embargo, la Sala advierte que la presunta errónea interpretación de la ley, mediante la cual se haya proferido una sentencia, constituye, un error o *vicio de juzgamiento*, que no encaja dentro del marco de los defectos de nulidad originados en la sentencia, los cuales según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación serían algunos vicios de procedimiento, como cuando se dicta aquella en un proceso terminado por desistimiento, transacción o perención, o estando legalmente suspendido o interrumpido el proceso y antes de la oportunidad para reanudarlo, o cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley, o expedida completamente sin motivación, por ejemplo (ver, sentencia de Sala Plena de 29 de noviembre de 1988, expediente R-010, actor Augusto Murillo Palacios, Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna).

Además, observa la Sala que en el derecho colombiano el vicio denunciado de proferir sentencia mediante la presunta errónea inter-

pretación de una norma legal, no ha sido establecido como causal de nulidad de las sentencias, sino de casación y, aún de anulación, en el recurso extraordinario que desapareció del C. C. A., en virtud del Decreto extraordinario 597 de 1988, lo cual refuerza la interpretación en el sentido de que cuando el numeral 6 del artículo 188 del C. C. A., se refiere a la nulidad originada en la sentencia, lo hace en tanto que en ésta se haya incurrido en alguno de aquellos vicios de procedimiento.

Consecuentemente, esta causal de revisión tampoco puede prosperar.

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

*Falla:*

*Niégrese la revisión de la sentencia.*

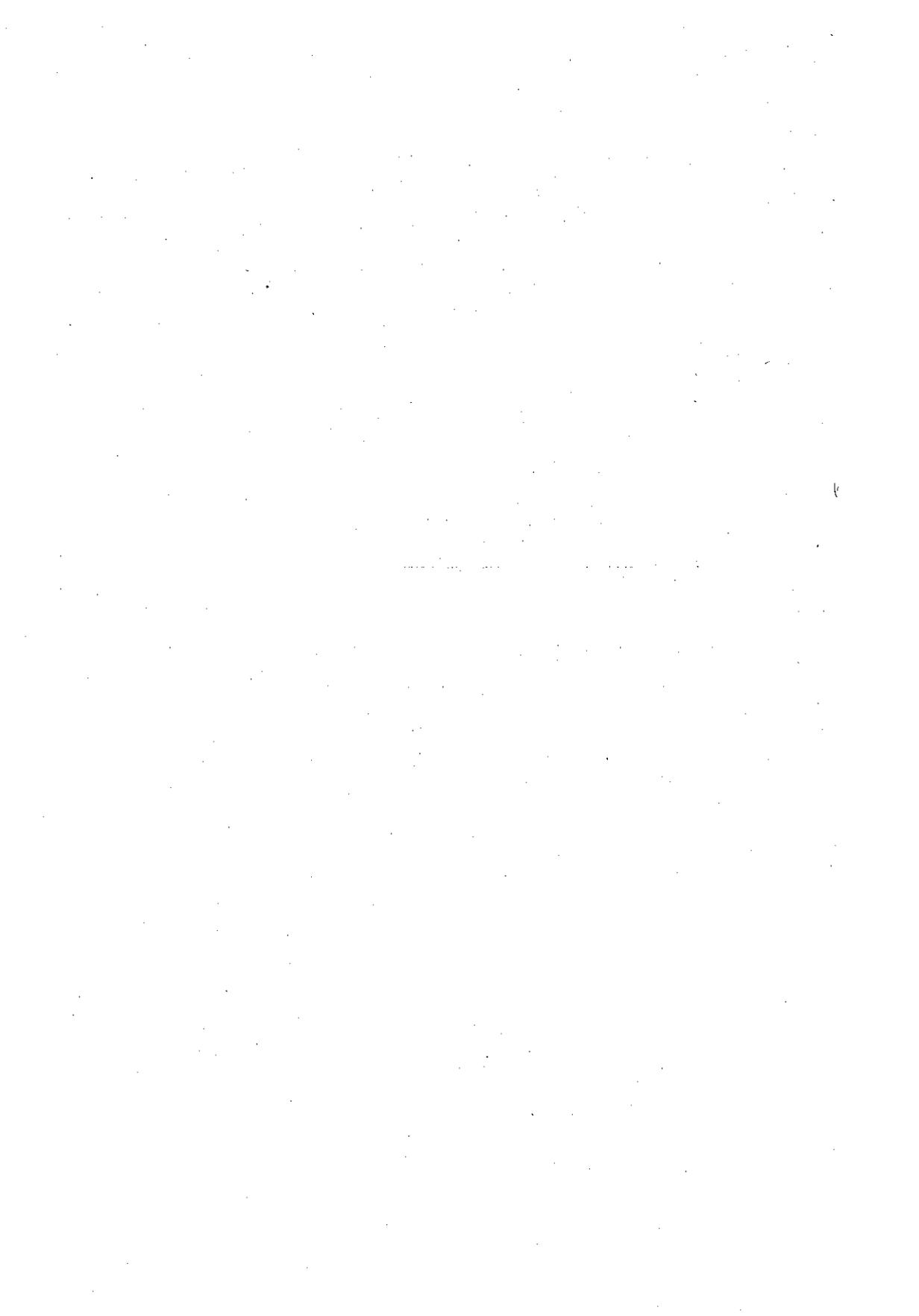
*Sin costas por no aparecer causadas. Cancélese la caución otorgada.*

*Cópiese, notifíquese y envíese al Tribunal aludido.*

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1989.

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

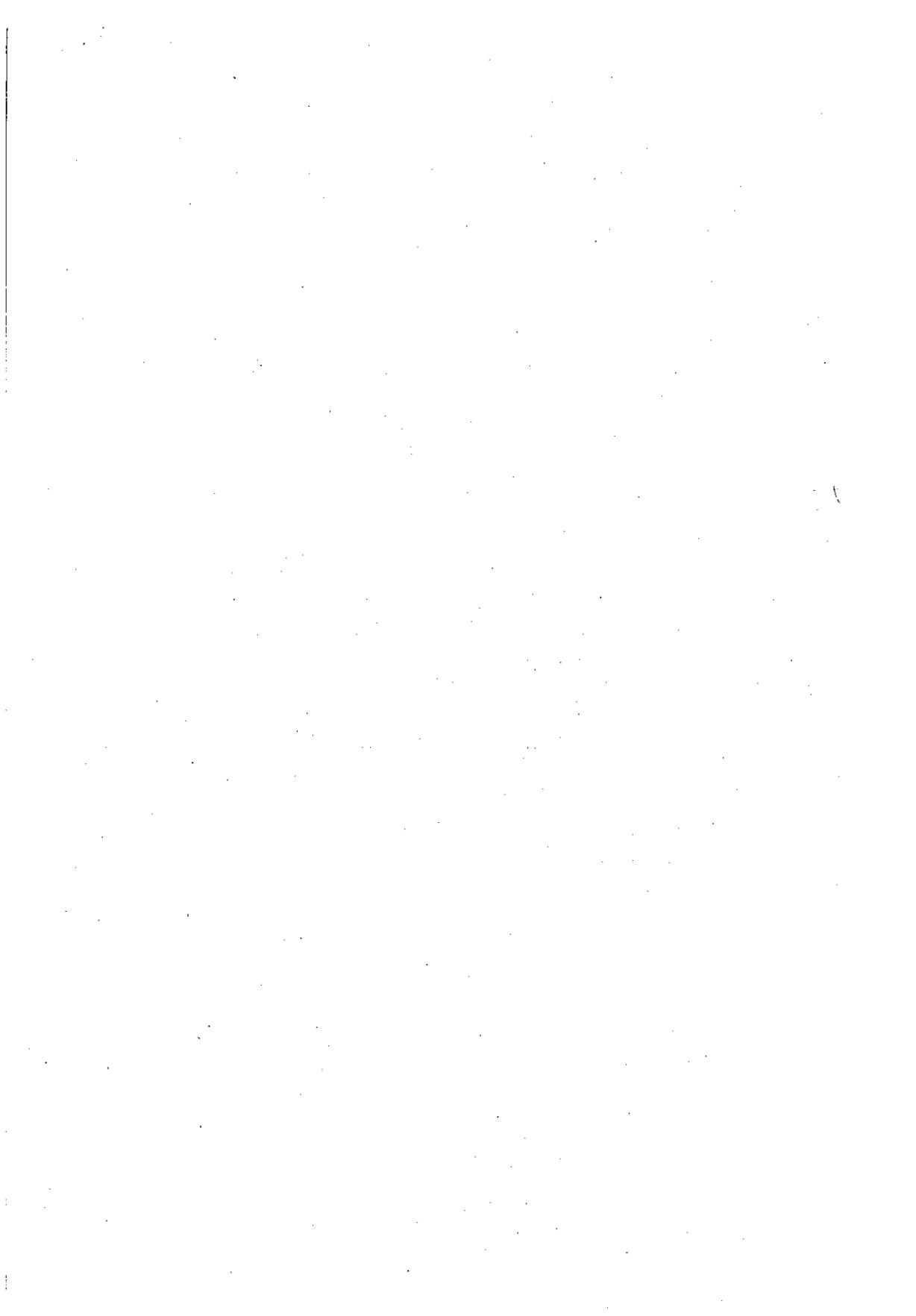
*Miguel Antonio Perilla P., Secretario.*



**CAPITULO X**

**NULIDAD ACTOS**

**AUTORIDADES NACIONALES**



*ACTO ADMINISTRATIVO - Notificación*

*No es posible suponer que la notificación se llevó a cabo oportunamente, por la circunstancia de no aparecer prueba alguna de ella, porque la misma ley se encarga de ordenar lo contrario y conforme a lo que establecía el artículo 12 del Decreto 27333 de 1959. Al no haber sido notificado no puede producir efectos, y en consecuencia, no puede ser anulado ni, obviamente puede sostenerse que haya caducado la acción. Reitera auto de 20 de mayo de 1975, Sección Cuarta. Actos de otras autoridades.*

*FUERZAS ARMADAS-Buen retiro/FUERZAS ARMADAS-Separación*

*El análisis de las causales tanto de retiro como de separación, llevan a la Sala a concluir que el "buen retiro" consiste en haber salido del servicio activo de las Fuerzas Armadas por canal diferente a la separación en forma absoluta por condena de la Justicia Penal Militar o la ordinaria, por determinación de un Tribunal Disciplinario o de Honor. El demandante salió del servicio por voluntad del Gobierno, lo cual significa que goza de buen retiro. Actos de otras autoridades.*

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

*Consejero ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

*Referencia: Expediente número 1030. Autoridades nacionales. Actor: Alvaro León Linares.*

*Alvaro León Linares, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación con las siguientes peticiones:*

*"Primera. Que es nula la comunicación de fecha 28 de agosto de 1984, distinguida con el número 251/CM-SD.93-c,*

suscrita por el señor Subdirector General del Club Militar de Oficiales, por medio de la cual se niega la expedición del carné de Socio Efectivo del mencionado establecimiento al señor Capitán (r) Alvaro León Linares, cédula de ciudadanía 2.840.168 de Fusagasugá.

“*Segunda.* Que es nula el acta de fecha 20 de enero de 1975, de la Junta Directiva del Club Militar, notificada mediante el oficio 251 de 28 de agosto de 1984 y que suscribe el Subdirector General del Club Militar, por cuanto en dicha decisión le fue negado el derecho a continuar como socio efectivo del mencionado establecimiento al señor Capitán (r) Alvaro León Linares de la Policía Nacional.

“*Tercera.* Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el señor Capitán (r) Alvaro León Linares, cédula de ciudadanía 2.840.168 de Fusagasugá, es socio efectivo y tiene derecho a que el establecimiento denominado Club Militar de Oficiales, le otorgue el carné o credencial, con todos los derechos, deberes y obligaciones como beneficios propios o inherentes al régimen jurídico del citado club” (fls. 7 7a.).

Los hechos fundamentales de la acción fueron relatados en la demanda, como se lee a folios 7a. y 8.

En la demanda se citaron como normas violadas, con el concepto de su violación, la Ley 124 de 1948; los artículos 1º y 4º del Decreto 334 de 1973; 4º del Decreto 608 de 1984 y 169 de la Constitución Nacional; los principios generales de derecho y la jurisprudencia reiterada sobre la materia (fls. 8 a 14).

Reconstruido el proceso se concluyó su tramitación.

El Ministerio Público rindió el concepto de fondo que a la letra dice:

“El asunto *sub judice* consiste en dilucidar si el actor tiene derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar de Oficiales.

“A folios 33 y 34 se observa que el actor presentó su solicitud de admisión en el año de 1974 y que ésta fue rechazada por la Junta Directiva del mencionado establecimiento sin que se conozca la razón para dicha negativa.

“A juicio de esta Fiscalía, se ha debido impugnar oportunamente ante esta jurisdicción el Acta número 136 de 26 de noviembre de 1974 de la Junta Directiva del Club Militar que contenía el acto administrativo por medio del

cual se le negó al actor su aceptación como socio efectivo. Pero el señor León Linares no acudió a la vía jurisdiccional pudiendo hacerlo; por tanto dicho acto administrativo quedó ejecutoriado. Nada se probó acerca de la notificación de dicho acto y por tanto debe presumirse oportuna.

“Pretende ahora que se declare la nulidad de la comunicación número 251 de 28 de agosto de 1984 por medio de la cual se rechazó nuevamente su solicitud de admisión, y la del acta de 20 de enero de 1975, pero la acción contra este acto obviamente está caducada.

“Se observa que su petición no está llamada a prosperar, ya que se hace aplicable el artículo 26 del Decreto 608 de 1984 en cuanto establece que sólo pueden hacer la solicitud de admisión los oficiales en uso de buen retiro a quienes con anterioridad no les hubiere sido negada dicha solicitud por la Junta Directiva.

“Este Despacho ha afirmado en varias oportunidades que la facultad de la Junta Directiva para aprobar solicitudes de ingreso no es discrecional sino reglada y que dicha aprobación constituye simplemente un trámite con el fin de estudiar si se cumplen o no los requisitos para el ingreso establecidos en las leyes.

“Sin embargo, en el caso de autos, la existencia de un acto administrativo ejecutoriado y en firme, por no haber sido controvertido oportunamente, impide que el actor obtenga el restablecimiento del derecho solicitado y da fundamento legal a lo decidido por la Junta Directiva del Club Militar en el acto que se acusa.

“En razón de lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptualizar solicitando se declare caducada la acción en cuanto al acta de 20 de enero de 1975, mediante la cual la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales negó la aceptación del actor como socio efectivo, y se nieguen las demás pretensiones de la demanda” (fls. 49 a 51).

Cumplido el trámite de ley se decide la demanda mediante las siguientes

#### *Consideraciones:*

A) Lo primero que debe estudiar la Sala es la caducidad de la acción a que se refiere en su vista de fondo el Ministerio Público.

La Junta Directiva del Club Militar, en reunión de 26 de noviembre de 1974, que consta en el acta número 136 (fl. 33) aprobada el

20 de enero de 1975, negó la solicitud de admisión del demandante como socio efectivo. En la hoja de vida del peticionario aparece copia del oficio de 31 de enero de 1975 (fl. 54), comunicándole aquella decisión, aunque sin constancia de que el actor lo hubiera recibido.

El demandante afirma en su demanda que la decisión a que se refiere el acto de 10 de enero de 1975, fue "notificada mediante el oficio 251 de 28 de agosto de 1984" (petición segunda).

Además, en el hecho 5º del libelo inicial, concordante con la primera petición ya transcrita, se sostiene:

"El demandante hizo en forma reiterada ante la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales, en forma personal y por escrito la petición para la expedición de su carné o credencial de socio efectivo de la entidad para disfrutar de sus beneficios y tal solicitud le ha sido negada según la comunicación mencionada".

Ahora bien, para la Sala no hay duda sobre que la ley ha establecido determinados medios para dar a conocer los actos administrativos, sin que pueda quedar al arbitrio de la administración la utilización de uno cualquiera de ellos, sino el que corresponda.

En el presente caso la decisión del club demandado debió notificarse personalmente o por edicto, con arreglo a los mandatos de los artículos 10 y 11 del Decreto-ley 2733 de 1959, que para la época regulaba este tipo de actuaciones, normas que exigen además, que se indiquen en el texto de la notificación los recursos que proceden contra la providencia. Fueron éstas, previsiones que el legislador extraordinario estableció como garantía de los derechos de los administrados, de cuyo incumplimiento se derivan consecuencias jurídicas conforme a lo que más adelante se expone.

Fluye de lo anterior, que no es posible suponer que la notificación se llevó a cabo oportunamente, por la circunstancia de no aparecer prueba alguna de ella, como lo considera el Ministerio Público, porque la misma ley se encarga de ordenar lo contrario y el artículo 12 del Decreto 2733 mencionado, establecía:

"Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales".

En relación con este punto la Corporación se ha pronunciado así:

"Es indudable que la notificación prevista en el artículo 12 del Decreto-ley 2733 de 1959 es una diligencia esencial para que las providencias administrativas produzcan efectos res-

pecto a los interesados en una determinada actuación. Y ello porque sólo a partir del cabal cumplimiento de tal diligencia o formalidad, es cuando comienza a contarse los términos para la ejecutoria del acto y para la interposición de los recursos gubernativos, así como para el cómputo del término de caducidad de la correspondiente acción contencioso administrativa" (Auto, octubre 20 de 1982, Sección Primera, expediente 4053).

"La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación. Y es sólo desde el cumplimiento cabal de esa diligencia cuando pueden comenzar a contarse los términos para la ejecutoria del proveído, para la interposición de recursos gubernativos contra él o para la caducidad del plazo legalmente hábil para el ejercicio de las actuaciones contencioso administrativas encaminadas a impugnarlo, pues no sería lógico ni jurídico que tales plazos comenzarán a contarse en contra del interesado en aprovecharlos aún desde antes de que pudiera conocer el contenido de la providencia respectiva" (Auto, mayo 20 de 1975, Sección Cuarta, Código Contencioso Administrativo, Legis Editores, Bogotá, pág. 61).

Luego, al no haber sido notificado, no puede producir efectos el acto de 26 de noviembre de 1974 impugnado, y en consecuencia, no puede ser anulado ni, obviamente, puede sostenerse que haya caducado la acción. La Sala, pues, se inhibirá de hacer pronunciamiento de mérito al respecto.

B) *El acto de 28 de agosto de 1984.*

Los artículos 3º, 4º literal a) y 26 del Estatuto de Socios del club demandado, aprobado por el Decreto ejecutivo 608 de 1984, establecen:

"3º Son activos:

"—Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, hasta el término de los tres (3) meses de alta por retiro del servicio activo, cuando haya lugar'.

"4º Son efectivos:

"a) Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con un mínimo de quince (15) años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial; y

"26. Los oficiales en uso de buen retiro, a quienes con anterioridad a la promulgación de este acuerdo no les haya sido negada solicitud de admisión por la Junta Directiva y crean tener derecho a ser socios efectivos conforme a las disposiciones del presente Estatuto... podrán presentar a la Junta Directiva, por una sola vez, su solicitud de admisión dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación por el Gobierno nacional del presente acuerdo.

"La decisión que tome la Junta será única y definitiva".

Según la normatividad transcrita, los siguientes son los requisitos que debe cumplir un oficial retirado antes de su vigencia, como sucede con el actor, para ser socio efectivo del club demandado:

1. Haber estado en servicio activo un mínimo de 15 años.
2. Gozar de asignación de retiro o pensión militar o policial.
3. Encontrarse "en uso de buen retiro".
4. No haberle sido negada solicitud de admisión como socio antes de la vigencia de tales normas.
5. Presentar solicitud de admisión dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación por el Gobierno nacional del acuerdo que fija el Estatuto de Socios del mencionado club.

Al respecto, en su orden, observa la Sala:

1. El peticionario prestó servicios a la Policía Nacional por espacio de 20 años, 4 meses y 6 días, conforme lo indica el documento de folio 3, luego tuvo durante más de 15 años la calidad de socio activo.

2. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional mediante la Resolución 1840 de 30 de octubre de 1974, le reconoció asignación mensual de retiro, la cual fue aprobada por la Resolución 9643 de 6 de diciembre siguiente, expedida por el Ministro de Defensa Nacional (fls. 36 a 38). En consecuencia, se cumple el segundo requisito.

3. Qué ha de entenderse por oficial "en uso de buen retiro" frente a la circunstancia de que no existe norma alguna que regule tal situación?

De conformidad con los estatutos vigentes cuando terminaron los servicios del actor (Decretos 2337 y 2338 de 1971), existen dos clases de retiros, el temporal y el absoluto y la separación, igualmente temporal y absoluta.

El análisis de las causales tanto de retiro como de separación, lleva a la Sala a concluir que el "buen retiro" consiste en haber salido

del servicio activo de las Fuerzas Armadas por causal diferente a la *separación en forma absoluta* por condena de la Justicia Penal Militar o la ordinaria, por determinación de un Tribunal Disciplinario o de Honor.

Todas las demás causales por las cuales un oficial o suboficial deja de prestar sus servicios, presuponen, entonces, un buen retiro.

En el presente caso el demandante salió del servicio por voluntad del Gobierno (fl. 35), lo cual conforme a lo expresado, significa que goza de buen retiro.

4. En el acápite A) de las consideraciones de esta providencia, la Sala dejó sentado que por no haber sido notificado personalmente al actor la decisión tomada por la Junta Directiva del Club en la reunión de 26 de noviembre de 1974, tal determinación negativa a su solicitud de ingreso como socio, *no podía producir efectos según los mandatos del artículo 12 del Decreto 2733 de 1959.*

Si lo anterior es así, como ya quedó establecido, resulta forzosa la conclusión en el sentido de que con anterioridad a la vigencia del Estatuto de Socios aprobado por el Decreto 608 de 1984, al demandante no se le había negado jurídicamente su solicitud de admisión, razón por la cual, el acto de agosto 28 de 1984 que le denegó su ingreso como socio efectivo con apoyo en una negativa inexistente, es contrario a derecho.

5. Finalmente, el demandante cumplió con el requisito de la presentación de la solicitud de admisión dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación por el Gobierno nacional del acuerdo que adoptó el Estatuto de Socios, pues, fue expedido el 13 de marzo de 1984, y dicha solicitud fue presentada el 22 de agosto siguiente, según lo dice el propio acto acusado.

Entonces, ha verificado la Sala la transgresión del derecho que tenía el demandante a ser socio efectivo del club demandado, por lo cual se decidirán las pretensiones de la demanda, en la forma indicada.

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

*Falla:*

1º Niégase la declaración de caducidad de la acción propuesta por el Ministerio Público.

2º Declárase que es nulo el acto administrativo contenido en la comunicación de 28 de agosto de 1984, número 251, suscrita por el Subdirector General del Club Militar de Oficiales.

3º A título de restablecimiento del derecho, el Club Militar de Oficiales deberá expedir al demandante su carné que lo identifique como socio efectivo, para que cumpla las obligaciones y goce de los derechos que los Estatutos y reglamentos del club tengan establecidos.

4º Inhíbese de pronunciarse sobre el acto impugnado de fecha 26 de noviembre de 1974.

5º El Club Militar deberá dar cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese como lo ordena el artículo 173 del C. C. A. y archívese.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 11 de agosto de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Hernando Herrera Vergara, Conjuez.*

*Miguel Antonio Perilla P., Secretario.*

## *ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad*

*Por tratarse de un acto de contenido general, sólo obliga en virtud de su publicación o promulgación en el Diario Oficial. DECRETA LA NULIDAD del artículo 28 de la Resolución número 00990 de 1984 (noviembre 8) de la Superintendencia de Control de Cambios, en cuanto dispuso: "La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y su inobservancia por parte de los funcionarios constituye causal de mala conducta".*

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

*Consejero ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1493. Actor: Catalina Botero Marino contra Superintendencia de Control de Cambios. Nulidad y suspensión provisional del artículo 28 de la Resolución 00990 de 8 de noviembre de 1984. Fallo.

En demanda presentada en la Secretaría de la Sección Cuarta, la señorita Catalina Botero Marino, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), solicita que se decrete la nulidad del artículo 28 de la Resolución 00990 de 8 de noviembre de 1984 expedida por la Superintendencia de Control de Cambios, y, como petición subsidiaria, pide que se decrete la suspensión provisional de la misma norma.

Fundó su petición de nulidad en el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, el cual ordena la publicación de los actos administrativos de carácter general en el "Diario Oficial, o en el diario Gaceta o Boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto".

La norma demandada expresa:

"La presente resolución rige a partir de su expedición y su inobservancia por parte de los funcionarios constituye causal de mala conducta".

Por auto de 19 de noviembre de 1986 se solicitó al señor Director del Diario Oficial el envío de un ejemplar del Diario Oficial en donde se hubiere publicado la Resolución 00990 de 8 de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, solicitud repetida en auto de 10 de abril de 1987, contestándose en comunicación de 30 de abril de 1987 que la "resolución en mención nunca llegó a las oficinas del Diario Oficial ni a la Imprenta Nacional".

Por auto de dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, se admitió la demanda por el Consejero sustanciador y se decretó la suspensión provisional del artículo 28 objeto de la demanda de nulidad en cuanto en él se dispuso que la vigencia de la Resolución 0990 de 8 de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro comenzaba a partir de la fecha de su expedición. La providencia anterior no fue recurrida.

El dieciséis (16) de junio de 1987, el Jefe de la Sección de Publicaciones de la División de Finanzas, Adquisiciones y Suministros de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, certifica que la resolución demandada fue publicada en el Boletín del citado Ministerio, adjuntándose a esta certificación un ejemplar del Boletín número 10 del mencionado Ministerio donde aparece publicada la Resolución 00990 "por medio de la cual se establece el reglamento interno para el trámite de peticiones y quejas ante la Superintendencia de Control de Cambios", la cual fue agregada por el señor apoderado de la Nación, doctor Luis Carlos Zamora Reyes en el alegato de conclusión, en el cual alega, entre otras cosas, que la Ley 57 de 1985, que ordena la publicidad de los actos administrativos autoriza a "la Nación, los Departamentos y los Municipios para incluir en sus gacetas o boletines oficiales todos los actos administrativos que la opinión deba conocer, habiéndose autorizado en cumplimiento de esta ley, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por Resolución número 201 de 1986, para divulgar todos los actos administrativos suyos o de los organismos adscritos o vinculados, en el mencionado boletín y que la Superintendencia de Control de Cambios, está adscrita al Ministerio de Hacienda conforme a los Decretos 3122 y 3185 ambos de 1968. Con base en lo anterior solicita el señor apoderado de la Nación que se levante la suspensión provisional por haber desaparecido las causas que la determinaron y se nieguen las súplicas de la demanda.

El señor Fiscal Tercero de la Corporación doctor Jaime Ossa Arbeláez en su vista fiscal, pide que se nieguen las súplicas de la demanda por haberse cumplido con el requisito de publicidad del acto.

*Se considera:*

El acto demandado no lo fue por el contenido de sus disposiciones, alegándose que todo el acto, o parte de él, contuviera disposiciones

contrarias a la ley, sino por cuanto se dispuso que comenzaría a regir a partir de su expedición y no a partir de su publicación en el Diario Oficial o en el periódico Gaceta o Boletín Oficial de la entidad que lo emitía, como era de ley por tratarse de un acto de contenido general, que, por disposición de la ley, sólo obliga en virtud de su publicación o promulgación. Como se ha visto de la relación del proceso que antecede, la Resolución 00990 de 8 de noviembre de 1984 fue publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de suerte que a partir de esa fecha —31 de mayo de 1987— dicho acto administrativo cobró vigencia. Pero no es menos cierto que no hay constancia alguna en el expediente de que la Superintendencia de Control de Cambios, hubiere derogado el artículo 28 de la citada resolución, por lo cual este artículo, aunque suspendido, continúa vigente, contrariando normas superiores que ordenan la publicidad de los actos administrativos de contenido general, para que obligue su observancia, además que en el mismo artículo advierte a los funcionarios que su inobservancia constituye causal de mala conducta. Así las cosas se impone decretar su anulación.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

*Primero:* Anúlase el artículo 28 de la Resolución número 00990 de ocho (8) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en cuanto dispuso:

“La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y su inobservancia por parte de los funcionarios constituye causal de mala conducta”.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (Aclaración de voto)*

Referencia: Expediente número 1493. Actor: Catalina Botero Marino.

Comparto la decisión de anular el acto acusado en cuanto ordenó que la resolución "rige a partir de la fecha de su expedición" por cuanto viola el bien conocido principio de la "publicidad" y además porque reitera el pensamiento de otras Secciones, como la Primera cuando expresó (fallo octubre 7 de 1986, expediente número 073) que "el consabido ukase consistente en decir que él rige a partir de su expedición, carece de toda trascendencia jurídica y más bien se interpreta como decisión arbitraria y despreciativa para los miembros de la colectividad".

Pero, el artículo 28 acusado y anulado, refiriéndose a toda la resolución dice que "su inobservancia por parte de los funcionarios constituye causal de mala conducta", expresión que no fue examinada en parte alguna por la demandante, ni los intervinientes. Como esto constituye un tema diferente al de la publicidad, ha debido ser inhibitorio el fallo en cuanto a este aspecto.

En esto consiste mi respetuosa aclaración de voto.

*Jaime Abella Zárate.*

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1989.

*PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO / SANCION DISCIPLINARIA - Destitución*

*La destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en el curso del cual el empleado —en ejercicio del legítimo derecho de defensa— haya tenido todas las posibilidades de controvertir los cargos que se le formulan.  
Actos de autoridades del orden nacional.*

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

*Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.*

*Referencia: Expediente número 3804. Actor: Ricardo Botero Ochoa. Autoridades nacionales.*

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, Ricardo Botero Ochoa presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra el Instituto Nacional de Salud. Pidió la nulidad de la Resolución 1963 de septiembre 11 de 1984, expedida por el Director General del mencionado Instituto y mediante la cual se le destituyó —inhabilitándolo por tres meses para ejercer funciones públicas— del cargo de profesional universitario, código 3020, grado 06 de la Sección de Programación y Evacuación de la División de Investigaciones Especiales. Solicitó, consecuentemente, el restablecimiento de sus derechos.

Para anular el acto acusado, y restablecer el derecho del demandante, el tribunal consideró que el acto destitutivo no se ajustó a derecho porque no se le permitió ejercer su defensa en debida forma. Encontró el tribunal que en las diligencias surtidas dentro de la investigación administrativa se cometieron irregularidades de tal naturaleza que vulneraron el derecho de defensa, amén de que las diligencias adelantadas sólo revistieron el carácter de previas, no alcanzando a configurarse plenamente el debido proceso disciplinario.

En grado de consulta llegó esta sentencia al Consejo de Estado y la Sala procede a decidir mediante las siguientes

*Consideraciones:*

En su concepto de fondo, la señora Agente del Ministerio Público solicita la confirmación de la sentencia consultada aduciendo al efecto que al demandante si se le vulneró su derecho de defensa en cuanto en el proceso disciplinario se omitió la práctica de pruebas que él había solicitado en la contestación de los cargos formulados.

El asunto se limita a establecer si se ajusta, o no, a derecho, la Resolución número 1963 de septiembre 11 de 1984, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Salud y mediante la cual destituyó al actor del cargo que ocupaba en esa entidad.

La destitución es la sanción máxima que puede imponerse a un empleado público. Ella comporta una tacha y, como pena que es, su adopción exige el cumplimiento previo de algunos requisitos determinados expresamente en la ley, que para el caso presente es el Decreto 694 de 1975 y su reglamentario, el 1468 de 1979.

En todo caso, la destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en el curso del cual el empleado —en ejercicio del legítimo derecho de defensa— haya tenido todas las posibilidades de controvertir los cargos que se le formulen. Ese indispensable procedimiento disciplinario presupone, por ejemplo, la formal apertura de investigación, la formulación de cargos, la presentación de descargos, la práctica de pruebas solicitadas por el empleado acusado, el concepto de la comisión de personal del organismo respectivo y, finalmente, la decisión del nominador contentiva de la sanción.

Conforme aparece de autos, al demandante se le formularon (fls. 50-51, cuaderno 4) algunos interrogantes a manera de cargos, sobre si él había injuriado de palabra al señor Alberto Jaramillo Sánchez, en el curso de una Asamblea de Fondo de Empleados del Instituto Nacional de Salud. Pero en estricto rigor, no se le formuló ningún cargo concreto, desobedeciendo lo previsto en el artículo 184 del Decreto 1468 de 1979.

Al contestar los interrogantes señalados —que no son *cargos* en la acepción disciplinaria del vocablo— de todos modos el señor Botero Ochoa pidió citar y oír en declaración de testigos del incidente, presentado en la Asamblea ya dicha entre él y Alberto Jaramillo, a los señores Edgar Castro Boada, José Octavio Roa Espinosa y Diego Elías Zúñiga Pérez.

Las actuaciones allegadas al proceso no dan cuenta de que se hubiera decretado y practicado esa prueba testimonial, y como con ella supuestamente se pretendían desvirtuar unos hechos en los que estaba involucrado, es palmario que de tal modo se conculcó su derecho a defenderse y, por lo mismo, se quebrantó en forma notable la adecuación legal del debido proceso, prevista en el artículo 33 del Decreto 694 de 1975.

La Sala encuentra particularmente atendible el alegato del actor, visible a folios 108 y siguientes del cuaderno principal, sobre las deficiencias tanto sustanciales como de procedimiento que se advierten en este caso y, al tiempo también que recoge las apreciaciones de la señora Fiscal en su concepto de fondo, no cree del caso mayor abundamiento para concluir que, en efecto, aquí se vulneró el derecho de defensa y se aplicó la sanción de destitución, sin haberse cumplido a cabalidad el procedimiento disciplinario ni permitido al actor defenderse en la forma prevista en la ley.

Por manera que la desvinculación hecha en tal forma resulta contraria a derecho, y violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

*Falla:*

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de agosto de 1988, para desatar la litis propuesta por Ricardo Botero Ochoa.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**PERMISOS SINDICALES - Improcedencia / INSTITUTO GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI"**

*No existe permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos, ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episódica.*

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 1116. Reconstrucción. Única instancia.  
Actor: Fernando Ceballos Uriza.

El doctor Fernando Ceballos Uriza, diciendo actuar en su propio nombre y en ejercicio de la "acción de lesividad, prevista en el artículo 84 del actual Código Contencioso Administrativo", eleva las siguientes peticiones:

*"Primera:* Que son nulos los artículos 1º (ordinales a, b, c y d) 4º y 5º de la Resolución número 1126 de 1975; 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución número 1127 de 1975; numeral 7º en todos sus ordinales de la Circular 7022 de 1976; y numeral 3º (ordinales a, b y c) de la Circular número 4646 de 1978, por medio de los cuales se confirieron permisos sindicales permanentes remunerados a los miembros del Sindicato de Trabajadores del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi'.

*"Segunda:* Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' dar estricta aplicación a lo ordenado en el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 en concordancia con lo preceptuado por los artículos 74 y 29 del Decreto 1950 de 1973" (fl. 61 del expediente).

Al reseñar los hechos, informa que, según el artículo 38 del Decreto 2205 de 1983 por el cual se aprobaron los estatutos del Instituto

Geográfico Agustín Codazzi, "las personas que prestan regularmente sus servicios al Instituto tendrían la calidad de empleados públicos y por lo tanto están sujetos al régimen legal vigente para los mismos"; que el Director General de dicho Instituto por medio de los actos acusados concedió permisos sindicales permanentes "sin consultar las limitaciones que sobre el particular le establece la ley a los funcionarios públicos"; que por Resolución número 1126 de 1975, artículo 1º, se otorgó permiso sindical remunerado a los dignatarios del sindicato, así: a) Tiempo completo al presidente, secretario y fiscal de la Junta Directiva Nacional y b) Medio tiempo al vicepresidente; los lunes de todas las semanas, a los presidentes, secretarios y tesoreros de las Juntas Directivas Seccionales; un día al mes, a los fiscales y vicepresidentes de las Juntas Directivas Seccionales; que, adicionalmente y como consecuencia de los permisos sindicales permanentes, "el Director General autorizó por medio de la Resolución 1127 de 1975, el traslado de los funcionarios de las Seccionales de Catastro a la ciudad de Bogotá, que fueran elegidos reglamentariamente como miembros principales de la Junta Directiva Nacional, estableciendo por demás que una vez finalizada la misión sindical, los mismos tendrían derecho a reincorporarse a los cargos que ocupaban en la respectiva Seccional de Catastro"; que por Circular 7022 de 1976, numeral 7º, "se amplió de medio tiempo a disfrute de tiempo completo de permiso sindical permanente para el vicepresidente de la Junta Directiva Nacional a partir de enero de 1977" y se concedieron otros permisos, así: Medio día quincenal a los miembros principales de la Caja de Préstamos y Auxilios del Sindicato, tres días por cada semestre a los representantes zonales, un día quincenal al Fiscal de la Junta Directiva de las Subdirectivas o Comités Seccionales, un día adicional a los miembros de la Junta Directiva Nacional, representantes zonales y delegados oficiales para las sesiones de la Asamblea Nacional de Delegatarios; que por Circular número 4646 de 1978 el Director General otorgó otros permisos, así: Un día semanal al Tesorero de la Caja de Préstamos y Auxilios del Sindicato, un día semanal acumulable por trimestre a los representantes zonales, un día semanal a los fiscales de aquellas Subdirectivas Seccionales cuyo número de afiliados sea superior a cincuenta (fls. 61-64).

Invoca el accionante los artículos 20 de la Constitución; 6º, 8º y 21 del Decreto 2400 de 1968 y 29 y 74 del Decreto 1950 de 1973.

Al exponer el concepto de violación, expresa que "dos resoluciones y dos circulares no pueden erigirse como un régimen exceptivo ... la ley es expresión de la voluntad general y autoridad suprema y por ende todas las actuaciones de la administración están subordinadas a la ley, de modo que el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi sólo puede hacer lo que la ley le permite". Agrega que los Estatutos del Agustín Codazzi no contienen un régimen de excepción para los empleados ni privilegios para los miembros del sindicato, de suerte que el Director General se ha extralimitado en

el ejercicio de sus funciones "ya que no se encuentra en ningún ordenamiento legal, alguna base de excepción para autorizar y remunerar actividades ajenas al respectivo cargo, en forma permanente".

Y termina:

"Por otra parte, entre los deberes de los empleados públicos que registra el artículo 6º del Decreto 2400 de 1968 están los de 'desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo' y 'dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas'. Prohibiciones concretas contempla el mencionado decreto que excluyen, de todas maneras, la posibilidad de permisos permanentes tales como la de 'realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo' (art. 8º del Decreto 2408 de 1968)" (fls. 64-66).

La Fiscalía Quinta de la Corporación, analizando a espacio los actos enjuiciados, conceptúa en favor de la anulación "del artículo 1º de la Resolución 1126 de 1975, y de las Circulares número 7022 de 1976 en el numeral 7 en todos los literales y 4646 en el numeral 3, literales a, b y c" y estima que debe mantenerse la Resolución 1127 "por cuanto no se logró desvirtuar respecto de ésta la presunción de legalidad que le amparaba" (fls. 139-150).

Destruído el proceso en el Palacio de Justicia, se tramitó su reconstrucción en los términos del Decreto 3825 de 1985.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

#### *Consideraciones:*

1. Son enjuiciados en este proceso los siguientes actos:

—La Resolución número 1126 de 1975 en sus artículos 1º (literales a, b, c y d), 4º y 5º, por la cual se conceden permisos permanentes remunerados a dirigentes sindicales.

—La Resolución número 1127 de 1975 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, por la cual se autorizan traslados "como consecuencia de los permisos sindicales".

—La Circular 7022 de 1976 en su numeral 7º, donde se extiende a tiempo completo un permiso permanente de medio tiempo y se conceden otros.

—La circular 4646 de 1978 en su numeral 3º (literales a, b y c), donde se conceden otros permisos permanentes.

Conviene hacer notar que en la comunicación número 7961 de octubre 24 de 1985, el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi certificó con destino a este proceso que tales actos “fueron todos actos administrativos expedidos por esta Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en procura de garantizar el derecho de asociación y firmados por el entonces Director General, doctor Alvaro González Fletcher” (fls. 16, 47).

2. La señora Fiscal Quinta de la Corporación, refiriéndose en primer término a las excepciones propuestas por el apoderado del Sindicato de Trabajadores del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, expresa respecto de la caducidad:

“Considera la Fiscalía que los actos demandados, se pueden considerar como de carácter general, impersonal y abstracto, en defensa del orden jurídico y de la legalidad, susceptibles de ser demandados en acción de nulidad, tal como lo hace el actor, a pesar de que la llama de lesividad que solamente puede ser propuesta por la administración.

“La acción interpuesta no es la de restablecimiento del derecho, por cuanto los actos acusados no están lesionando un derecho particular, individual y concreto que afecta a un sujeto específico y particular. En consecuencia, la demanda no está caducada por cuanto la acción de nulidad no caduca a términos del artículo 136 del Decreto 01 de 1984” (fl. 142).

Con argumentos similares desestima las restantes excepciones.

La Sala comparte estos criterios. Pese a que el accionante invoca la acción de lesividad “prevista en el artículo 84 del actual Código Contencioso Administrativo”, es claro que esta disposición, que lleva por título *acción de nulidad*, tras declarar que “toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos”, define que “esta acción se denomina *de nulidad*”.

Pero no hace al caso el nombre, si el planteamiento encaja perfectamente dentro del supuesto jurídico previsto en aquella norma, y la acción de nulidad, por mandato del artículo 136 del estatuto procesal, “puede ejercitarse en cualquier tiempo”.

Al examinar luego el primero de los actos censurados, expresa la señora Agente del Ministerio Público:

“El permiso tal como está concebido en los actos acusados, desfigura la naturaleza de esta figura del derecho laboral en el sentido de pasar de ser eminentemente eventual a ser permanente y obligatorio.

“.....

“En principio estas normas no violan en forma directa los artículos 21 y 74 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de

1973, pero sí en forma indirecta, por cuanto si los permisos son superiores a tres días estarían excediendo la facultad de las normas mencionadas e institucionalizando un permiso permanente distinto al permitido en la ley, esta posibilidad podría caer dentro de la frase 'cuando medie justa causa'.

"Considera la Fiscalía que las normas acusadas al volverlo permanente y obligatorio desvirtúan la naturaleza propia del permiso haciéndose acredores los beneficiarios a un régimen de excepción que no está consagrado en el Decreto 2205 de 1985, aprobatorio de los Estatutos del Instituto" (fls. 142-146).

No opina lo mismo de la Resolución 1127 de 1975, estimando que, como no se dan los supuestos del artículo 29 del Decreto 1950 de 1973 relativos a la institución del "traslado" (fls. 146-148), esta norma no ha sido violada.

Finalmente, da a las Circulares 7022 y 4646 el mismo tratamiento que a la Resolución 1126 de 1975, por cuanto crean obligaciones para la entidad por fuera de la posibilidad prevista en el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 (fls. 148-150).

3. Como atrás se puntualizó, la acción se estructura sobre la violación del artículo 20 de la Carta y de los artículos 6º, 8º y 21 del Decreto 2400 de 1968 y 29 y 74 del Decreto 1950 de 1973. Se hace referencia, además, en los hechos y en el concepto de la violación, a los preceptos del Decreto 2205 de 1983, aprobatorio de los estatutos de la entidad, poniendo el acento en que "el Estatuto interno del Instituto Geográfico Agustín Codazzi no autoriza régimen de excepción alguno para que los empleados de la mencionada entidad se sustraigan al ordenamiento legal aplicable a todos los empleados públicos. Tampoco aparecen allí consagradas facultades especiales para la Junta Directiva ni privilegio para los miembros del sindicato, que puedan justificar la concesión de permisos permanentes remunerados, con el patrimonio de la institución. El haber excusado a algunos de los empleados por medio de los actos acusados, de las obligaciones como tales, viene a constituir en esta forma, un extravío que perturba el orden jurídico" (fls. 1-6).

Evidentemente, el artículo 20 de la Constitución Política establece precisas lindes al ejercicio de la función pública al señalar que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes, lo mismo que los particulares, pero, además, "por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas".

Por supuesto que los Estatutos del Agustín Codazzi no pueden contener disposiciones que faculden al Director General para algo que carece de respaldo legal, más aún, que es contrario al régimen jurídico vigente. En eso, es claro que asiste perfecta razón al accionante.

Invoca también éste los artículos 6º, 8º y 21 del Decreto 2400 de 1968. El primero enumera los deberes de los empleados, entre los cuales se destacan los de “desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo”, “realizar las tareas que les sean confiadas” y “dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas”.

El artículo 8º prohíbe, entre otras cosas, “realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo”.

En lo que concierne a los permisos, el artículo 21 dispone:

“Los empleados, cuando medie justa causa, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres (3) días”.

El Decreto 1950 de 1973, también invocado en sus artículos 29 y 74, se refiere en el primero de ellos al traslado, definiéndolo y caracterizándolo, y en el segundo a los permisos remunerados, que pueden ser hasta por tres (3) días “cuando medie justa causa”, precisando que “corresponde al jefe del organismo respectivo, o a quien se haya delegado la facultad, el *autorizar o negar* los permisos”.

Es claro, pues, que no existen permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos. Ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episdica.

Más aún, el permiso permanente implica una contradicción en sus propios términos. Dado que el permiso es por naturaleza algo incidental que interrumpe el curso normal de una situación establecida, que altera la regularidad de lo que de suyo tiene carácter permanente, es, por eso mismo, excepcional y de corta duración.

Corresponde al funcionario oficial un deber previsto en la ley para el cargo al que está vinculado y justamente por estar investido de las funciones que la propia ley señala, ostenta tal *status* que, si bien puede interrumpirse, ha de ser de manera incidental, transitoria e intrascendente. Así como no puede haber “ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento” (C. N., art. 63), tampoco existe funcionario que no ejerza sus funciones y continúe como tal.

Ahora bien, por el primero de los actos enjuiciados el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi concede “permisos sindicales remunerados”, así:

a) De tiempo completo para el Presidente, Secretario, Tesorero y Fiscal de la Junta Directiva Nacional del Sindicato;

- b) De medio tiempo al Vicepresidente de la misma Junta;
- c) De los días lunes de cada semana a los Presidentes, Secretarios y Tesoreros de las Juntas Directivas Seccionales del Sindicato;
- d) De un día al mes a los Fiscales y Vicepresidentes de las Juntas Directivas Seccionales del Sindicato (art. 1º de la Resolución número 1126 de 1975).

Estos permisos evidentemente tienen carácter permanente, pues no se les determina un límite en el tiempo. No ocurre lo mismo respecto de "los permisos remunerados que se concedan para asistir a la Asamblea Nacional del Sindicato" (art. 4º de la citada resolución) o "con el fin de asistir a asambleas regionales del sindicato" (art. 5º), los cuales ciertamente no son permanentes sino ocasionales y expresamente no aparecen otorgados por tiempo mayor del permitido por la ley.

La Resolución número 1127 de 1975, también enjuiciada, tiene el siguiente texto:

*"Artículo 1º* Los funcionarios de las Oficinas Seccionales de Catastro que sean elegidos reglamentariamente como miembros principales de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Trabajadores del Instituto, podrán ser trasladados a la planta de personal de Bogotá, por el término de su gestión sindical.

*"Artículo 2º* La calidad de miembros principales a que se refiere el artículo anterior, se comprobará con la providencia de reconocimiento que expida el Ministerio de Trabajo.

*"Artículo 3º* Finalizada su misión sindical o reemplazados reglamentariamente, los funcionarios tendrán derecho a que se les reincorpore a los mismos cargos que ocupaban en la respectiva seccional, e igualmente a los aumentos salariales y a los ascensos o promociones a que haya lugar, con sujeción a las disposiciones legales sobre la materia.

*"Artículo 4º* El traslado a Bogotá, en cumplimiento de la misión sindical de que habla el artículo 1º, no dará lugar al reconocimiento y pago de viáticos.

*"Artículo 5º* Esta resolución rige desde la fecha de su expedición" (fl. 46).

Fácilmente se advierte cómo esta resolución no contempla propiamente un traslado de aquellos de que trata el artículo 29 del Decreto 1950 de 1973, a saber, "cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente" o cuando "la administración

hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias". En este caso, el traslado de los funcionarios de las Oficinas Seccionales de Catastro, elegidos miembros principales de la Junta Directiva Nacional del Sindicato, será "por el término de su gestión sindical". Es decir, por dos años, pues, conforme al artículo 30 de los Estatutos del Sindicato, la Junta Directiva Nacional tiene un período de dos años (fls. 78-106).

Quiere ello decir que, durante dos años, estos funcionarios dejarían de cumplir las funciones que les son propias, pese a lo cual recibirían su asignación regularmente.

En la circular 7022 de 1976 se amplía a tiempo completo un permiso previamente concedido por medio tiempo mediante Resolución 1126 de 1975 y, además, se otorgan los siguientes:

—De medio día quincenal para los miembros principales de la Caja de Préstamos y Auxilios del Sindicato.

—Hasta por tres días por cada semestre para los representantes zonales.

—De un día quincenal para el Fiscal de la Junta Directiva de las Subdirectivas o Comités Seccionales.

—De un día hábil adicional para los miembros de la Junta Directiva Nacional, representantes zonales y delegados oficiales para las sesiones de la Asamblea Nacional de Delegatarios (fls. 36-42).

Finalmente, mediante Circular número 4646 de 1978, numeral 3º, se dan los siguientes permisos:

—Un día semanal para el tesorero de la Caja de Préstamos y Auxilios del Sindicato.

—Un día mensual acumulable por trimestre para los representantes zonales.

—Un día semanal para los fiscales de aquellas subdirectivas seccionales cuyo número de afiliados sea superior a cincuenta (fls. 26-35).

4. En un caso anterior, esta misma Sala tuvo oportunidad de expresar su criterio al pronunciarse sobre permisos remunerados de carácter permanente y puntualizó que, siendo deber de los empleados públicos el de desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo, así como el de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas, se excluye toda posibilidad de permisos permanentes.

De lo cual concluyó:

"El haber exonerado a algunos de los empleados de sus obligaciones como tales, viene a constituir, en esta forma,

un extravío enexcusable que perturba el orden jurídico y crea un funesto precedente" (Sentencia de noviembre 7 de 1984. Expediente número 9717, actor César Augusto Sánchez).

Poco habría que agregar a esto, dado que la situación es en ambos casos una misma. Podría argüirse que el derecho de asociación tiene raíz constitucional y consagración legal, con la garantía de la protección del Estado, según lo declaran los artículos 12, 59 numeral 4º, 60 numeral 7º y 353 del Código Sustantivo del Trabajo, aparte de que, por haberse ratificado mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 los convenios internacionales 87 y 98 expedidos por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1948 y 1949, respectivamente, las autoridades administrativas tienen la obligación especial de proteger el ejercicio de los derechos sindicales.

Sin embargo, ni la legislación colombiana ni los citados convenios internacionales, convertidos en ley nacional en virtud de la ratificación, pueden llegar a desnaturalizar el carácter del empleo público exonerando al empleado del deber de cumplir sus funciones así sea temporalmente. En este punto, no hay más opción que la del artículo 21 del Decreto 2400 de 1968: Cada permiso debe solicitarse individualmente con la correspondiente justificación.

En estas condiciones, resulta forzoso acceder a la invalidación impetrada, salvo respecto de los artículos 4º y 5º de la Resolución 1126 de 1975, que no contemplan permisos permanentes. No hace falta pronunciamiento alguno sobre la segunda petición de la demanda, que consistiría en declarar lo que la ley misma ordena.

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

*Falla:*

Decláranse nulas para todos los efectos legales pertinentes la Resolución número 1126 de 1975 en su artículo 1º; la Resolución número 1127 de 1975 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º; la Circular 7022 de 1976 en su numeral 7º y la Circular 4646 de 1978 en su numeral 3º, todas ellas expedidas por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. No se anulan los artículos 4º y 5º de la Resolución 1126 de 1975 del mismo instituto.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de septiembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**REGISTRO DE EXPORTADORES DE CAFE / FEDECAFE -  
Funciones / INCOMEX - Funciones**

*El INCOMEX es el ente oficial al cual la ley material le ha encargado en Colombia la atribución propia y singular de reglamentar el registro de exportadores de café, registro en el cual ha de determinarse los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir, como lo es el de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; "visto bueno" que naturalmente debe ser puesto a posteriori esto es, que lo dará la Federación después de que el INCOMEX haya elaborado el pertinente reglamento del registro de exportadores de café y se lo haga conocer a la entidad cafetera.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

*Referencia: Expediente número 445. Actor: Mario López Valencia.*

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado decide en el fondo el proceso de la referencia, sobre nulidad de la Resolución número 9 de noviembre 8 de 1984, emitida por el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia.

*1. Antecedentes:*

Este proceso fue promovido en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del C. C. A. por el ciudadano Mario López Valencia, parejamente con la petición de suspensión provisional de la Resolución número 9 de fecha 8 de noviembre de 1984, mediante la cual el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia estableció el procedimiento para la obtención del visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia como requisito previo para el registro de los exportadores de café en el Instituto de Comercio Exterior, INCOMEX.

El proceso recibió el trámite legal correspondiente, en el cual se destacan las siguientes actuaciones:

Mediante auto de 27 de noviembre de 1987 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la resolución acusada, por las circunstancias que adelante se indicarán (Ver fls. 53 a 58). Suplicada la medida cautelar por el apoderado de la demandada, la Sala de Decisión de la Sección Primera encontró suficientes razones para confirmar el proveído confutado (Cfr. fls. 103 a 110). Por auto de 13 de mayo de 1988 (fls. 134-135), el consejero conductor del proceso lo abrió a pruebas, decretando unas y denegando otras. La demanda fue contestada extemporáneamente, con oposición a la misma y proposición de excepciones (fls. 136 a 142). El ciudadano Fabio Tobón Jaramillo se constituyó como coadyuvante de la actora y así fue reconocido (Ver auto de fls. 134-135, ordinales 2º a 4º). Alegaron de conclusión oportunamente tanto la demandada (fls. 164 a 197), como el coadyuvante de la actora (fls. 198 a 200). El colaborador del Ministerio Público emitió su concepto fiscal de fondo, con solicitud de declaratoria de nulidad de la resolución impugnada (fls. 204 a 207). Accediendo a petición del mandatario judicial de la demandada, el consejero ponente decretó la práctica de audiencia pública (fls. 209-210), la cual tuvo ocurrencia el 3 de abril del año en curso (Ver acta, fls. 418-419), habiendo presentado sus respectivos resúmenes escritos la actora (fls. 390 a 396), la demandada (fls. 397 a 410) y la coadyuvante de la actora (fls. 411 a 416).

### *2. El acto acusado:*

La Resolución 9 de 1984 materia de acusación consta de 10 artículos, obra en copia auténtica a folios 25 a 32 y, conforme a su artículo 1º, el Comité Nacional de Cafeteros, entidad emisora del acto, dispone que "para obtener el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que es requisito previo para el registro como exportador de café en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, será necesario que el interesado se inscriba como tal en la Federación, para lo cual se procederá" en la forma indicada en tal resolución.

### *3. Razones de la demanda:*

En los nueve ordinales expuestos a folios 9 a 11 del expediente, enuncia el actor los hechos y omisiones en donde fundamenta su demanda. Expresa el accionante que el acto acusado quebranta las siguientes disposiciones de orden superior: Artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967; artículos 17 y 26 de la Constitución Nacional; "Decreto-ley 151 de 1976"; artículo 25 del Decreto-ley 1461 de 1932; artículo 18 del Decreto 636 de 1984 y "Decreto 01 de 1984".

En seguida se hace una síntesis del concepto de violación de normas superiores que enuncia el actor: La ley sólo entrega a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia la expedición de un "visto bueno" para obtener el registro de los exportadores de café ante la Superintendencia de Comercio Exterior, hoy Instituto de Comercio

Exterior, INCOMEX, pero de ninguna manera siquiera le insinúa la facultad de reglamentar su expedición, con lo cual se están violando el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, el artículo 3º, literal p del Decreto-ley 151 de 1976, los artículos 17 y 26 de la Constitución Política, el artículo 25 del Decreto 1461 de 1932 (las sanciones las fija el Poder Público), el artículo 18 del Decreto 636 de 1984 (el acto acusado fija sanciones definitivas) y el artículo 6º, literal h del Decreto 151 de 1976.

#### 4. Razones de la impugnación:

En razón de la extemporaneidad de la contestación de la demanda, como arriba se anotó, a continuación se hace un resumen de las razones dadas en su alegato de conclusión por la demandada: Una cosa es el registro de exportadores de café y otra distinta el "visto bueno" previo; tal visto bueno tiene "una doble fuente de la legitimación de la prescripción general contenida en la Resolución 9": La legítima preservación de los intereses del gremio cafetero que cumple la Federación (v.gr., en la exportación y comercialización del producto en los mercados extranjeros), y la facultad que la ley otorga a la Federación, como "función pública", de dar el visto bueno a quienes pretendan ser exportadores cafeteros, que envuelve una "autorización juspublicista"; la Resolución 9 es un reglamento interno de carácter gremial, un acto-regla enfocado a una universalidad determinada de personas, emitido obligatoriamente en cumplimiento de funciones legales, que contiene prescripciones administrativas de orden general. Por esto, alegar que con la Resolución 9 la Federación ha invadido la competencia reglamentaria del INCOMEX, no pasa de ser un "audaz intento de urdir una superchería", frente a la facultad que entraña el literal h del artículo 6º del Decreto 151 de 1976. Seguidamente trae luengas consideraciones sobre la reglamentación del visto bueno y lo que con cita de tratadistas extranjeros es una prescripción general o acto-regla, para culminar solicitando denegar la súplica anulatoria de la demanda por reputar que la resolución atacada está apegada a la legalidad.

En su alegato conclusivo el coadyuvante de la actora sintetiza sus puntos de vista en orden a afianzar su pedimento anulatorio del acto acusado (fls. 198-200).

#### 5. El concepto del Ministerio Público:

Por reputarla como violatoria de disposiciones de estirpe superior, el Fiscal Primero de la Corporación solicita en su vista de fondo (fls. 204-207) decretar la nulidad de la resolución impugnada, toda vez que, afirma, "los fundamentos que sirvieron para decretar la suspensión —provisional— no han cambiado", trayendo como motivación de su concepto apartes del proveído mediante el cual el consejero ponente dispuso el decreto de la medida precautelativa provisoria.

### 6. *La audiencia pública:*

A la diligencia de audiencia pública concurrieron los cuatro Consejeros de Estado que integran esta Sección Primera y en ella intervinieron la parte actora, el procurador judicial de la coadyuvante de la actora y el Fiscal Primero de la Corporación, a quienes precedió en el uso de la palabra al apoderado de la demandada. Cada quien sostuvo sus puntos de vista, recabando ciertos pasajes de sus correspondientes alegaciones previamente incorporados en autos (demanda y exposiciones de conclusión), habiendo presentado el respectivo resumen escrito de sus intervenciones orales la actora, la demandada y la coadyuvante.

### 7. *Consideraciones del Consejo de Estado:*

Sea lo primero señalar como punto fundamental, como bien lo apunta el Fiscal Primero en su concepto de fondo, que desde cuando se decretó la suspensión provisional del acto atacado, hasta la fecha, en la situación puramente jurídica de la litis que se debate no ha operado cambio de naturaleza alguna; esto es, que continúan existiendo en el proceso las mismas situaciones, condiciones y concomitancias que existían cuando se adoptó la medida precautelar provisoria.

De modo semejante es de advertir que no será menester examinar todos y cada uno de los cargos de inconstitucionalidad y de ilegalidad que el demandante formula contra la Resolución 9 de 1984 materia de la litis, en el evento de que uno solo de ellos o algunos llegaren a prosperar.

Y justamente porque no ha sobrevenido cambio jurídico alguno desde el pronunciamiento admisorio de la demanda, cuando en el mismo proveído se dispuso suspender provisionalmente el acto acusado, es por lo que para pronunciar fallo de mérito la Sala se apoyará en aquella providencia de suspensión provisional que, como quedó anotado antes, la misma Sala confirmó al desatar el recurso de súplica interpuesto en su oportunidad.

Dijo el Consejo de Estado en aquella oportunidad (Auto de 27 de noviembre de 1987, fls. 53 y ss.):

“La Resolución 9 de 1984 del Comité Nacional de Cafeteros materia de acusación, traza el procedimiento al cual debe ajustarse todo interesado en obtener el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en orden a satisfacer el ‘requisito previo para el registro como exportador de café en el Instituto de Comercio Exterior’, determina las sanciones en que incurrir los violadores ‘de una cualquiera de las normas que rigen en relación con la exportación de café’ y dicta otras disposiciones.

“Alegando hacerlo ‘en uso de sus atribuciones’ simplemente, el Comité Nacional de Cafeteros profirió su Resolución 9 de 1984 cuya

Exterior, INCOMEX, pero de ninguna manera siquiera le insinúa la facultad de reglamentar su expedición, con lo cual se están violando el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, el artículo 3º, literal p del Decreto-ley 151 de 1976, los artículos 17 y 26 de la Constitución Política, el artículo 25 del Decreto 1461 de 1932 (las sanciones las fija el Poder Público), el artículo 18 del Decreto 636 de 1984 (el acto acusado fija sanciones definitivas) y el artículo 6º, literal h del Decreto 151 de 1976.

#### 4. Razones de la impugnación:

En razón de la extemporaneidad de la contestación de la demanda, como arriba se anotó, a continuación se hace un resumen de las razones dadas en su alegato de conclusión por la demandada: Una cosa es el registro de exportadores de café y otra distinta el "visto bueno" previo; tal visto bueno tiene "una doble fuente de la legitimación de la prescripción general contenida en la Resolución 9": La legítima preservación de los intereses del gremio cafetero que cumple la Federación (v.gr., en la exportación y comercialización del producto en los mercados extranjeros), y la facultad que la ley otorga a la Federación, como "función pública", de dar el visto bueno a quienes pretendan ser exportadores cafeteros, que envuelve una "autorización juspublicista"; la Resolución 9 es un reglamento interno de carácter gremial, un acto-regla enfocado a una universalidad determinada de personas, emitido obligatoriamente en cumplimiento de funciones legales, que contiene prescripciones administrativas de orden general. Por esto, alegar que con la Resolución 9 la Federación ha invadido la competencia reglamentaria del INCOMEX, no pasa de ser un "audaz intento de urdir una superchería", frente a la facultad que entraña el literal h del artículo 6º del Decreto 151 de 1976. Seguidamente trae luengas consideraciones sobre la reglamentación del visto bueno y lo que con cita de tratadistas extranjeros es una prescripción general o acto-regla, para culminar solicitando denegar la súplica anulatoria de la demanda por reputar que la resolución atacada está apegada a la legalidad.

En su alegato conclusivo el coadyuvante de la actora sintetiza sus puntos de vista en orden a afianzar su pedimento anulatorio del acto acusado (fls. 198-200).

#### 5. El concepto del Ministerio Público:

Por reputarla como violatoria de disposiciones de estirpe superior, el Fiscal Primero de la Corporación solicita en su vista de fondo (fls. 204-207) decretar la nulidad de la resolución impugnada, toda vez que, afirma, "los fundamentos que sirvieron para decretar la suspensión —provisional— no han cambiado", trayendo como motivación de su concepto apartes del proveído mediante el cual el consejero ponente dispuso el decreto de la medida precautelativa provisoria.

### 6. *La audiencia pública:*

A la diligencia de audiencia pública concurrieron los cuatro Consejeros de Estado que integran esta Sección Primera y en ella intervinieron la parte actora, el procurador judicial de la coadyuvante de la actora y el Fiscal Primero de la Corporación, a quienes precedió en el uso de la palabra al apoderado de la demandada. Cada quien sostuvo sus puntos de vista, recabando ciertos pasajes de sus correspondientes alegaciones previamente incorporados en autos (demanda y exposiciones de conclusión), habiendo presentado el respectivo resumen escrito de sus intervenciones orales la actora, la demandada y la coadyuvante.

### 7. *Consideraciones del Consejo de Estado:*

Sea lo primero señalar como punto fundamental, como bien lo apunta el Fiscal Primero en su concepto de fondo, que desde cuando se decretó la suspensión provisional del acto atacado, hasta la fecha, en la situación puramente jurídica de la litis que se debate no ha operado cambio de naturaleza alguna; esto es, que continúan existiendo en el proceso las mismas situaciones, condiciones y concomitancias que existían cuando se adoptó la medida precautelar provisoria.

De modo semejante es de advertir que no será menester examinar todos y cada uno de los cargos de inconstitucionalidad y de ilegalidad que el demandante formula contra la Resolución 9 de 1984 materia de la litis, en el evento de que uno solo de ellos o algunos llegaren a prosperar.

Y justamente porque no ha sobrevenido cambio jurídico alguno desde el pronunciamiento admisorio de la demanda, cuando en el mismo proveído se dispuso suspender provisionalmente el acto acusado, es por lo que para pronunciar fallo de mérito la Sala se apoyará en aquella providencia de suspensión provisional que, como quedó anotado antes, la misma Sala confirmó al desatar el recurso de súplica interpuesto en su oportunidad.

Dijo el Consejo de Estado en aquella oportunidad (Auto de 27 de noviembre de 1987, fls. 53 y ss.):

“La Resolución 9 de 1984 del Comité Nacional de Cafeteros materia de acusación, traza el procedimiento al cual debe ajustarse todo interesado en obtener el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en orden a satisfacer el ‘requisito previo para el registro como exportador de café en el Instituto de Comercio Exterior’, determina las sanciones en que incurren los violadores ‘de una cualquiera de las normas que rigen en relación con la exportación de café’ y dicta otras disposiciones.

“Alegando hacerlo ‘en uso de sus atribuciones’ simplemente, el Comité Nacional de Cafeteros profirió su Resolución 9 de 1984 cuya

suspensión provisional se impetra, con apoyo en este único considerando: *'Que el artículo 50 del Decreto-ley 444 de marzo 22 de 1967, estableció el registro de exportadores en la Superintendencia de Comercio Exterior, hoy Instituto Colombiano de Comercio Exterior, y dispuso que en el caso de exportadores de café, el correspondiente registro se efectuará con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia'* (Subrayas fuera del texto).

“Evidentemente, en cuanto expresa tiene apoyo legal el considerando acabado de transcribir, pero lo que dice lo indica a medias y naturalmente toda la resolución montada en dicha expresión incompleta participa de la mutilación o truncamiento fundamental de la cuestión en que nos ocupamos, toda vez que ese cercenamiento deja inmerso al acto atacado en el vicio de ilegalidad que, *prima facie*, resulta de su mero cotejo o simple comparación con disposiciones de estirpe superior, como en seguida se apunta:

“En primer lugar, manda el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, en que se sustenta la resolución atacada:

“Sin perjuicio de la libertad de exportación y con miras a estimular y facilitar la actividad exportadora de carácter permanente, *establécese el registro de exportadores en la Superintendencia de Comercio Exterior, entidad que lo reglamentará.*

“El registro de exportadores estará exento de todo gravamen o derecho.

“*En el caso de exportadores de café el correspondiente registro se efectuará con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia'* (Destaca el Despacho).

“Por su parte, el Estatuto reorgánico del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, está contenido en el Decreto extraordinario número 151 de 27 de enero de 1976. Entre otras disposiciones, tal estatuto preceptúa:

“*Artículo 3º Funciones generales.* Conforme al artículo anterior, corresponde al Instituto Colombiano de Comercio Exterior:

“(…)”

“(b) Fijar las metas y programas de exportación del país, con base en los planes sectoriales de desarrollo y adelantar estudios a fin de promover su aumento y diversificación y prestar asistencia a los exportadores en estrecha coordinación con el Fondo de Promoción de Exportaciones.

“(…)”

“(p) Registrar las importaciones y exportaciones, aceptar, cancelar y hacer efectivas en su caso, las garantías que

deban constituirse ante el Instituto y llevar las estadísticas correspondientes.

“(…)

“*Parágrafo.* Además de las funciones anteriores, el Instituto tendrá las que le confieren a la Superintendencia de Comercio Exterior los Decretos 444, 688 y 691 de 1967 y demás disposiciones vigentes en cuanto no pugnen con las disposiciones del Decreto 2974 de 1968’.

“*Artículo 6º Funciones del Consejo.* Son funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior:

“(…)”

“h) *Determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir.*

“(…)’.

“*Artículo 8º Funciones del Director.* El Director del Instituto será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción y tendrá las siguientes funciones:

“a) Expedir los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del Instituto;

“(…)”

“*Parágrafo.* Corresponde igualmente al Director del Instituto las funciones asignadas al Superintendente de Comercio Exterior en los Decretos 444 y 688 de 1967’.

“Así, pues, de conformidad con las disposiciones acabadas de insertar y más específicamente en consonancia con las partes subrayadas de las mismas, surge de modo espontáneo y obvio lo siguiente: a) Las funciones y atribuciones dadas por la ley a la Superintendencia de Comercio Exterior, las tiene ahora y las tenía en 1984 el Instituto de Comercio Exterior, cuando el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia expidió su Resolución número 9; b) Dicha entidad de índole oficial, el INCOMEX, lleva el registro de exportadores y en especial el registro de exportadores de café; c) El INCOMEX es el ente oficial al cual la ley material le ha encargado en Colombia la atribución propia y singular de ‘reglamentar’ el mentado registro de exportadores de café: Es, pues, el Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX el organismo que tiene como atribución o función legal especialísima la de reglamentar dicho registro, registro en el cual ha de

'determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones; especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir'; d) El registro de exportadores de café que reglamente el Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX deberá llevar 'el visto bueno' de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; e) Naturalmente ese 'visto bueno' de Fedecafé debe ser puesto a posteriori, esto es, que lo dará la Federación después de que el INCOMEX haya elaborado el pertinente reglamento del registro de exportadores de café y se lo haga conocer a la entidad cafetera; f) Por último, el mentado 'visto bueno' lo deberá dar no el Comité Nacional de Cafeteros de Colombia, sino la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, así aquel sea 'órgano rector' de Fedecafé.

"Consecuencia entendida y forzosa de cuanto queda apuntado es, pues, que del simple cotejo o enfrentamiento comparativo entre el acto acusado y las disposiciones superiores transcritas en parte, surge de bulto la grosera transgresión en que incurre la Resolución 9 de 1984 atacada, el abierto maltrato señalado en el libelo por el actor...".

Considera la Sala que no son necesarias lucubraciones acerca de la *ratio juris* del "visto bueno" a que se viene haciendo mención, toda vez que no deja duda lo que ordena el inciso tercero del artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, al expresar: "En el caso de exportadores de café, el correspondiente registro se efectuará con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia", norma esta que por ser clarísima no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, conforme lo establece el artículo 27 del Código Civil. En forma sintética se indicó lo pertinente más arriba, en la parte final transcrita del auto de suspensión provisional.

La Sala reafirma lo observado en el proveído que adoptó la medida precautelativa provisoria respecto de la indudable y manifiesta transgresión de normas superiores por parte del Comité Nacional de Cafeteros al emitir su Resolución 9 de 1984 acusada, violación que envuelve flagrante extralimitación de funciones con invasión de áreas vedadas a sus atribuciones, por lo cual, en consonancia con cuanto se deja vista, la decisión será favorable a las pretensiones de la demanda.

De igual modo la Sala reputa que es pertinente incorporar a esta sentencia lo que en seguida se inserta y que aquella, en Sala de Decisión, dijo al desatar la súplica antes mencionada y confirmar la medida cautelar, en su providencia de 11 de marzo de 1988, con ponencia del Consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado:

"La Resolución acusada número 9 de noviembre 8 de 1984 expedida por el Comité Nacional de Cafeteros, señaló los requisitos necesarios para la obtención del visto bueno de la Federación Nacional

de Cafeteros para el registro como exportador de café en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, partiendo de su inscripción como tal. Son una serie de pasos asaz complejos que los exportadores cafeteros deben adelantar para la obtención de ese visto bueno. Y lo hizo en forma tal, que la comparación de sus previsiones con los ordenamientos de los Decretos 444 de 1967 y 151 de 1976, acusa indudablemente una contradicción entre ellos, pues, a simple vista se observa que mientras el primero de los decretos nombrados en su artículo 50 de modo diáfano indica que el registro de exportadores de café se efectuará en la Superintendencia de Comercio Exterior (hoy Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX) con el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el acto acusado establece todo un procedimiento que va más allá de la simple función de dar el visto bueno para el logro de ese fin; y con desconocimiento igualmente de lo previsto en el ordinal h) del artículo 6° del Decreto-ley 151 de 1976 que atribuye al Consejo Directivo del INCOMEX la función de determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de vistos buenos que para dichos trámites sea conveniente exigir, con ese proceder aparece a primer golpe de vista una violación ostensible a los preceptos de orden superior que han sido invocados por la demanda como quebrantados.

“Es indiscutible que el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967 establece un Registro de Exportadores cuya reglamentación corresponde de modo exclusivo al Instituto Colombiano de Comercio Exterior, registro que para el caso específico de los exportadores de café, debe tener el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. La resolución enjuiciada en modo alguno es representativa de un simple visto bueno, puesto que sus disposiciones señalan todo un procedimiento a cumplir por los exportadores de café para poder ser calificados como tales; eso y nada más; de donde surge nítidamente el desconocimiento de la preceptiva del artículo 50 del Decreto 444 de 1967 y en particular de las competencias que el Decreto 151 de 1976 atribuyó al INCOMEX.

“Lo cierto es que corresponde al Instituto Colombiano de Comercio Exterior de modo exclusivo la reglamentación de todo lo concerniente a exportaciones y exportadores, especialmente todo lo relacionado con el señalamiento de vistos buenos en dichos trámites, sin que esa función en el caso de los exportadores de café, en modo alguno le fuera otorgada a la Federación Nacional de Cafeteros, que sólo debe limitarse a dar el visto bueno al Registro de Exportadores de café, a términos del inciso final del artículo 50 del Decreto 444 de 1967”.

#### 8. Decisión:

Por juzgar suficientes las preanotadas motivaciones, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado,

en inteligencia con su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Declárase la nulidad de la Resolución número nueve (9) que con fecha 8 de noviembre de 1984 expidió el Comité Nacional de Cafeteros.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese.

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

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

*AVIANCA - Naturaleza jurídica*

*La empresa tiene el carácter de sociedad anónima y será siempre de nacionalidad colombiana de acuerdo con la ley.*

*PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION / FUNCION FISCALIZADORA - Régimen jurídico*

*La Procuraduría General de la Nación en ningún momento de la historia nacional, ha tenido competencia para intervenir en la vigilancia de entidades de pura índole privada. De acuerdo con los términos de la Reforma Constitucional de 1945, la vigilancia e inspección sobre sociedades mercantiles se atribuyó al Presidente de la República y de acuerdo con la ley se ejerce efectivamente a través de la Superintendencia Bancaria para las entidades de crédito y de la Superintendencia de Sociedades para las personas privadas de índole mercantil (art. 29 del Acto legislativo número 1 de 1945).*

*El artículo 4º del Decreto 2898 de 1953 deberá entenderse derogado, pues aunque no fue derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 25 de 1974, sí lo hizo implícitamente por cuanto la facultad de visitar o vigilar las empresas (...) de servicios públicos no se contiene en parte alguna, de las reformas constitucionales posteriores a la de 1886: Las de 1936, 1945, 1968 y obviamente de la Ley 25 de 1974, por lo que resulta contrario a tales ordenamientos constitucionales y legales.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Referencia: Proceso número 132. Demandante: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—.*

*La sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—, por medio de apoderado judicial, debidamente constituido, en ejercicio de la acción de nulidad y suspensión provisional en prevención intentó demanda de nulidad contra las Resoluciones 074 y 077, de 22 y 24 de julio, respectivamente, de 1985, proferidas por el Procurador General*

de la Nación y mediante las cuales se dispuso llevar a cabo una visita de inspección a las oficinas de la empresa, en la primera, y no se accedió a reponer la anterior orden, en la segunda.

Habiéndose perfeccionado el proceso, la Sala Unitaria procede a proferir fallo definitivo, decisión que se halla precedida de las siguientes consideraciones.

*Actos acusados:*

1. Resolución 074, de julio 22, de 1985, proferida por el Procurador General de la Nación que en su parte resolutive reza:

*“Artículo primero:* Ordénase la práctica de una visita a la sociedad comercial denominada Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (AVIANCA), empresa particular con domicilio en la ciudad de Barranquilla.

*“Artículo segundo:* El objeto de la visita ordenada por medio de esta resolución será el examen de la situación de la empresa en general y en especial en cuanto a todos los aspectos que interesan al conflicto colectivo de trabajo referido en la parte motiva, a saber: Económico, financiero, técnico de personal, etc., y se extenderá a todos los libros, papeles y documentos de la compañía en cualquiera de sus oficinas, tanto como a sus bienes, equipos e instalaciones en cualquier sitio del país. Los funcionarios y empleados de la compañía en todos sus niveles: Directivos, ejecutivos, subordinados, técnicos, auxiliares, etc., deberán facilitar a los comisionados de la Procuraduría General en desarrollo de la presente resolución, el libre acceso a oficinas, libros, papeles, documentos, bienes, equipos e instalaciones y les suministrarán todas las informaciones que ellos requieran:

*“Artículo tercero:* Los comisionados para llevar adelante la visita que se ordena por medio de esta resolución, podrán requerir el concurso de todas las entidades y funcionarios del orden nacional que por la índole de sus funciones y por sus relaciones con los problemas técnicos materia de examen puedan ser útiles a la realización de su trabajo.

*“Artículo cuarto:* La Comisión rendirá su informe y conclusiones al Procurador General de la Nación quien, dentro de las facultades constitucionales y legales, dará traslado de ellos al Presidente de la República junto con las recomendaciones pertinentes.

*“Artículo quinto:* Los documentos, datos e informes que los comisionados suministren a la conclusión de su visita, tendrán frente a los particulares y a las autoridades la mis-

ma reserva de que ellos gozan mientras están en poder de la empresa según las disposiciones de la ley.

*"Artículo sexto:* Esta resolución rige..." (fls. 67 y 68).

2. Resolución 077 de julio 24 de 1985, del Procurador General de la Nación por medio de la cual se denegó la reposición del acto administrativo antes identificado. Se denegó además darle trámite a la apelación interpuesta.

*Normas violadas y concepto de la violación:*

Para el actor, el Procurador General de la Nación jamás ha tenido competencia para ejercer la vigilancia e inspección de las empresas privadas; porque la inspección que la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la República (art. 120, ordinal 15) se relaciona únicamente con los establecimientos de crédito, y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes.

Por otra parte, la pretendida facultad para visitar las empresas particulares, cuando su funcionamiento esté relacionado con el interés social, de que habla el artículo 4º de la Ley 83 de 1936, no existe en la actualidad en favor de la Procuraduría General de la Nación, pues a raíz de la reforma constitucional llevada a cabo por el Acto legislativo número 1 de 1945, artículo 29 (sic) se atribuyó tal facultad al Presidente de la República, en cuanto el ejercicio de la inspección necesaria sobre las sociedades mercantiles, conforme a las leyes, reiterada en el Acto legislativo número 1 de 1968, artículo 41.

A lo anterior agrega el actor su concepto en los siguientes términos:

"Es sabido que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente, dispone el artículo 9º de la Ley 153 de 1887.

".....

"En suma: El texto del artículo 4º de la Ley 83 de 1936 que facultaba al Procurador para 'visitar también las empresas particulares, etc.' fue derogada por los actos legislativos que acaban de citarse, concretados en el ordinal 15 del artículo 120 de la Constitución actual, y el Procurador que la invoca como sustentación de la Resolución 074 de 22 de julio del corriente año (1985), por la cual ordena una visita a AVIANCA, está invocando una norma derogada y que debe ser desecheda por insubsistente, para cumplir el mencionado propósito" (fl. 16).

La inspección, explica el actor, que compete al Presidente de la República se ejerce a través de las Superintendencias de Sociedades, Bancaria, de Control de Cambios, etc.

En relación con lo dispuesto en los artículos 12 a 28 de la Ley 25 de 1974, en que se define la competencia de la Procuraduría General de la Nación, se alude a la facultad disciplinaria sobre funcionarios de la Rama Ejecutiva, Jurisdiccional y del propio Ministerio Público, sin perjuicio de la intervención en todo proceso criminal en que se puede asumir el Ministerio Público, desplazando al agente ordinario; no aparece pues, en ninguna forma la atribución de competencia para realizar visitas y llevar a cabo la inspección de libros y documentos, en el sentido dispuesto por la resolución acusada, con la cual se está invadiendo la competencia propia de la Superintendencia de Sociedades que, de paso constituye un funesto antecedente en relación con el ejercicio legítimo de la libre iniciativa y libertad de empresa que la Constitución y las leyes garantizan a los particulares.

Respecto del fundamento jurídico, argumenta el actor, que se enunció en la parte motiva de la Resolución 077 de 1985, la Procuraduría General de la Nación produce una variación pues no se apoya en la supuesta facultad invocada en la resolución inicial sino en otra diversa, como que es la que se contiene en el Decreto legislativo 2898 de 1953, "por el cual se crea un cargo en la Procuraduría General de la Nación", convertido en legislación permanente mediante ley de 1961. La norma en mención es del siguiente tenor:

*"Artículo 4º: El Procurador General de la Nación podrá pedir informes a cualquier funcionario nacional, departamental o municipal, y exigirles su cooperación en la práctica de las diligencias que necesitare llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones. Podrá visitar personalmente o por medio de los visitadores de la Procuraduría o de cualquier otro funcionario del Ministerio Público, las oficinas nacionales, departamentales o municipales, y examinar cualquiera de los negocios que cursen en ellas. También podrá visitar o vigilar las empresas en que tenga parte el Tesoro Público que sean de utilidad común y las de servicios públicos".*

Para el actor, el Procurador General de la Nación, en forma indebida, tomó la decisión partiendo de la expresión "y las de servicios públicos", y en virtud de la cual llevó a cabo la mencionada visita que constituyó, según concepto, "el más vasto operativo de intervención estatal en una empresa privada que hasta la fecha se haya realizado en el país" (fl. 19). Para el mismo, la intervención de la Procuraduría General de la Nación resulta una conducta irregular como que ha invadido la competencia del Presidente de la República, de la Superintendencia de Sociedades, del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil y del Ministerio del Trabajo, e incluso de los jueces de la República, quienes "están autorizados por la ley para

exigir la exhibición o presentación de libros, papeles y demás documentos de las personas privadas; y las atribuciones de algunos otros agentes públicos como los visitadores de la Dirección Nacional de Impuestos, funcionarios que, para la tasación de gravámenes, también pueden efectuar dicha supervisión sobre el acervo documental de los particulares, etc." (fl. 44).

A lo anterior agrega el actor que hubo desconocimiento de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 143 y 145 pues el acto que se censura implicó una intervención indebida en una empresa del sector privado de la economía nacional, facultad que no se halla determinada dentro de las que se le reconocieron al Procurador General de la Nación en la Ley 25 de 1974.

En cuanto al quebranto del mandato del artículo 38 de la Constitución Política que garantiza la privacidad y la reserva de la correspondencia lo mismo que de los documentos privados, afirma, sólo pueden ser examinados o retenidos mediante orden de autoridad competente, en los casos expresamente previstos por la ley y "con el único objeto de buscar pruebas judiciales, tasar impuestos o en caso de intervención del Estado" (fl. 47). Para el actor, esta disposición constitucional sirve de fundamento a las correspondientes del Código de Comercio en relación con la atribución de competencia de las Ramas Ejecutiva y Jurisdiccional del Poder Público para ordenar la exhibición de libros y documentos de un comerciante, la primera; y para ordenar de oficio o a petición de parte la exhibición de papeles y libros de comerciante, la segunda, en los casos y con las limitaciones que la ley establece en relación con las actividades del juez.

De acuerdo con las disposiciones del Decreto-ley 2059 de 1981, artículo 1º, literal f, corresponde a la Superintendencia de Sociedades la función especial y exclusiva de ejercer inspección y vigilancia sobre las sociedades comerciales cuyo objeto social sea, de manera principal, la prestación de servicio de transporte aéreo de personas, correo o carga, actividades todas que cumple en la actualidad la empresa AVIANCA, de donde el actor infiere: a) Que la Procuraduría se está atribuyendo una facultad que no tiene; b) Que la inspección y vigilancia de las empresas de servicios públicos corresponde a la Superintendencia de Sociedades; c) Que no pueden coexistir en favor de más de una entidad pública las funciones de vigilancia que competen a la Superintendencia de Sociedades.

De acuerdo con la argumentación del actor, si se examina la actividad de AVIANCA desde el punto de vista de sus servicios aeronáuticos, se concluye que la inspección y vigilancia, por razones obvias, competen al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; de donde concluye que también por este aspecto la intromisión de la Procuraduría General de la Nación es ilegal.

Como se deduce de los hechos de la demanda, la intervención de la Procuraduría obedeció a la ocurrencia de un conflicto laboral en la mencionada empresa, situación en la cual sólo el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tiene competencia para hacerse parte en los conflictos colectivos del trabajo; por ello, surge para el actor el carácter irregular de la intervención de la Procuraduría General de la Nación en la actividad y en los archivos de la empresa actora.

En la contestación de la demanda, la Procuraduría General de la Nación, por intermedio de apoderado debidamente constituido, se atiene a lo que resulte probado en cuanto a las aseveraciones de la demanda pero insiste en que el legislador, dentro del propósito de proteger los derechos de los asociados, ha atribuido a los personeros facultades para promover la ejecución de las leyes y de las disposiciones administrativas relativas a la organización y actividad del municipio; recibir quejas y reclamos en cuanto al funcionamiento de la administración. Agrega que así mismo los facultó para llevar a cabo investigaciones sobre hechos que tengan que ver con situaciones irregulares y para efectuar recomendaciones, quejas y acusaciones que estimen convenientes; por otra parte fueron autorizados para vigilar, en forma constante y directa, los sistemas para el cobro de tarifas de los servicios públicos y para asegurar que los reclamos y recursos se tramiten legal y rápidamente.

Respecto al punto concreto del litigio, observa la parte demandada en su escrito que el artículo 143 de la Constitución Política otorga al Ministerio Público facultad para promover la ejecución de las leyes, las disposiciones administrativas y el cumplimiento de las sentencias. Para la Procuraduría *promover implica* (Subraya la Sala) "impulsar, suscitar, adelantar y velar porque los asociados cumplan las leyes que les conceden derechos y les imponen obligaciones. El propender por la defensa de los derechos administrados (sic) y buscar a través de los mecanismos previstos que las decisiones emitidas por las autoridades tengan el debido cumplimiento" (fl. 184).

#### *Alegaciones de conclusión:*

1. Para el actor las decisiones administrativas acusadas representan el ejercicio desbordado de una actividad que debe atemperarse a las limitaciones y restricciones que establece el orden jurídico a cada uno de los órganos del Estado. Agrega que la controversia planteada tras el perfeccionamiento del proceso reduce a puntos de puro derecho ya que los hechos que la constituyen no se discuten; porque para las partes es igualmente admitido que la Procuraduría General de la Nación ordenó la visita a las oficinas de la empresa y luego, efectivamente, la llevó a cabo. En lo jurídico conceptúa de la siguiente forma:

"La cuestión puramente jurídica se concreta a precisar si la Procuraduría General de la Nación tenía competencia

para ordenar y practicar tal visita, equivale a un acto de intervención del Estado en una empresa privada, o si no la tenía. AVIANCA sostiene lo último, como base de la impetrada nulidad de los actos que la ordenaron y de las operaciones que la practicaron, y ya en el capítulo anterior se ha demostrado cómo *prima facie* dichos actos quebrantan una amplia gama de preceptos constitucionales" (fl. 254).

A continuación y en síntesis el actor se refiere a cada uno de los puntos de inconformidad y sobre los cuales reside su argumentación en contra de la pretendida legalidad de la conducta de la Procuraduría General de la Nación.

a) Usurpación de la competencia de la Superintendencia de Sociedades.

Para el actor, el tipo de inspección y vigilancia que ejerció la Procuraduría General de la Nación se halla en la actualidad atribuido al Presidente de la República y a la Superintendencia de Sociedades, como delegataria de aquél. Para confirmar su aserto se remite al artículo 267 del Código de Comercio, en el cual se establece expresamente la facultad para "4º Decretar y practicar visitas, con facultad para inspeccionar los libros y papeles de las sociedades visitadas", señalamiento expreso que la Procuraduría General de la Nación desconoció con sus medidas.

Como conclusión a este argumento el actor afirma que existiendo tan expresos mandatos legales sobre las funciones del Presidente de la República y de su agente la Superintendencia de Sociedades, ¿podría imaginarse acaso, pregunta, que la Procuraduría General de la Nación tiene competencia o está habilitada en alguna forma, para la visita que ordenó y realizó en AVIANCA?

b) Usurpación de la competencia del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

El primer reproche en este campo lo hace el actor respecto de la decisión de la Procuraduría General de la Nación para llevar a cabo una visita de inspección en aspectos económicos, financieros, de personal e incluso *técnicos* (subraya el actor). Y al respecto pregunta:

"...¿qué capacidad técnica tiene la Procuraduría General de la Nación para inspeccionar y evaluar las complejidades tecnológicas de una empresa de transporte aéreo? ¿Existe acaso, en dicha entidad oficial, departamento o sección alguna que esté capacitada para semejante tarea? Pero, particularmente, cabe repetir esta pregunta: ¿Tiene competencia legal la Procuraduría General de la Nación para evaluar los aspectos técnicos de una compañía privada de transporte aéreo?

c) Invasión de la competencia del Ministerio del Trabajo.

Como se sabe de autos, la intervención de la Procuraduría General de la Nación tuvo su origen en la necesidad de llevar a cabo "el examen de la situación de la empresa en general y en especial en cuanto a todos los aspectos que interesan al conflicto colectivo". La expresión de esta afirmación de la parte demandada es suficiente para revelar un desplazamiento del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por cuanto a esta entidad oficial compete todo lo relacionado con el manejo de los conflictos de carácter obrero-patronal, en forma exclusiva, de acuerdo con lo que al respecto establece el Código Sustantivo del Trabajo.

d) Suplantación de los jueces de la República y de otros funcionarios del Ejecutivo.

De acuerdo con los términos del artículo 63 del Código de Comercio sólo los funcionarios de las Ramas Jurisdiccional y Ejecutiva del Poder Público tienen competencia para ordenar de oficio la presentación y examen de los libros y papeles de los comerciantes; tales casos se refieren a tasación de impuestos; vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades comerciales y las instituciones de utilidad común. En las investigaciones de delitos y en desarrollo de procesos civiles. Pero en ninguna parte se habla de la inspección y vigilancia practicada por la Procuraduría.

e) Extralimitación de las funciones propias.

Dentro del acápite de la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, desarrollada por la Ley 25 de 1974, en relación con la materia de la intervención, investigación y sanción se establece en forma terminante y limitativa que únicamente pueden recaer sobre empleados oficiales, pero no sobre la actividad de las personas naturales o jurídicas de carácter privado. Esta sola enunciación, al parecer del actor, revela una indudable extralimitación de funciones.

Por su parte la entidad demandada arguye que la razón está de su parte para lo cual ofrece el planteamiento que en síntesis se reproduce a continuación:

1. Excepción de inexistencia e indebida representación del actor.

El cargo lo formula la parte demandada alegando que AVIANCA por apoderado judicial, concurrió a formular demanda mediante poder otorgado por el doctor Hernando Castilla Samper, como primer suplente y representante legal, encargado de la presidencia por falta absoluta del titular.

Antes que se hubiera trabado la *litis*, el expediente se perdió en el incendio del Palacio de Justicia. El magistrado sustanciador, al de-

cretar la reconstrucción del proceso, aceptó el escrito de demanda pero pretermitió reconocer el certificado de existencia y representación legal de la empresa en el cual constara que el doctor Hernando Castilla Samper tenía el carácter de sustituto del presidente de la empresa aérea. Con tales antecedentes el demandado estima que la Sala al decidir en sentencia sobre el proceso de autos deberá dar por probada la excepción propuesta.

## 2. Excepción de inepta demanda.

A lo anterior el demandado alega que el actor se abstuvo de acompañar a la demanda los anexos necesarios para notificar a la entidad demandada.

## 3. Argumentación en contra de las pretensiones de la demanda.

a) El Ministerio Público es de creación constitucional y se halla dotado de suficiente autonomía para el control administrativo del Estado. Que en tal virtud, a su cargo se halla la tutela patrimonial de los bienes materiales de la Nación y la defensa de los derechos de los colombianos, lo mismo que la salvaguarda de la misma comunidad (fl. 273).

Que de acuerdo con las determinaciones de la Ley 83 de 1936, el legislador facultó al Ministerio Público para "pedir informes a todo funcionario nacional, departamental, o municipal para exigirles cooperación en la práctica de diligencias que necesite llevar a cabo en ejercicio de sus funciones". A su vez, fue facultado para visitar empresas particulares —por sí mismo o a través de comisionados—... cuando su funcionamiento esté relacionado con el interés social.

Que por otra parte, el legislador en ejercicio de facultad de interpretar la ley, mediante la expedición de la Ley 11 de 1986, atribuyó a los personeros municipales, integrantes del Ministerio Público, el carácter de defensores del pueblo o veedores ciudadanos y con la finalidad de garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los individuos.

Para la parte demandada, y de acuerdo con precisión conceptual del Código Sustantivo del Trabajo, servicio público *es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según ordenaciones de derecho público, bien sea que su presentación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas*. De aquí concluye la entidad demandada que siendo AVIANCA una entidad que tiene por objeto primordial la explotación comercial de los servicios de transportes aéreos en todas sus ramas, actividad que se encuentra declarada en el Código de Comercio como de utilidad pública al tenor de los artículos 1774 y 1776, "mal puede sostenerse que la Procuraduría General de la Nación por intermedio

de su titular, no tiene facultad legal para realizar visitas a dichos entes, cuando el mismo legislador autorizó la práctica de estas diligencias en las referidas normas de la Ley 83 de 1936 y del Decreto 2898 de 1953, convertida posteriormente en ley de la República —141 del 61—” (fl. 275). (El subrayado es de la Sala).

Dentro de la argumentación que la parte demandada hace en su alegato de conclusión se llega a afirmar que “la actividad dispuesta por el Procurador en AVIANCA se debe entender como el ejercicio de *la facultad de defensa de los intereses de la Nación, entendida en su doble acepción de defensa de los intereses patrimoniales, como de la sociedad* —art. 216 de la Ley 4ª de 1913—” (fl. 276) (el subrayado es de la Sala).

Respecto de los cargos de haberse violado las disposiciones del Código de Comercio, artículo 1773 y los de la Ley 3ª de 1977, artículos 1º, 2º y 3º, el demandado responde que ello no ocurrió por cuanto el Ministerio Público y su agente de mayor jerarquía, el Procurador General de la Nación es un organismo de control del Estado; por ello tampoco vislumbra quebranto legal alguno de los artículos 444, 445 y 448 del Código Sustantivo del Trabajo si se tiene en consideración que la visita ordenada no interfería de ninguna manera las atribuciones legales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

#### *Vista fiscal:*

En su vista fiscal el señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación parte declarando sin ambages: “...este despacho llega al convencimiento de que la ilegalidad de los actos demandados es clara y no hay que añadir mucho a los sólidos argumentos del apoderado de la actora para concluir que (...) deben ser anulados” (fl. 283). Para el colaborador fiscal no existe la más menor duda de que los actos demandados consagran una atribución equivocada “que atenta contra los principios de las competencias de los organismos públicos y de las potestades fiscalizadoras que a la Procuraduría General de la Nación le han encomendado la Constitución y las leyes, atendiendo especialmente a la naturaleza jurídica de la entidad cuya vigilancia se pretende” (fl. 248).

Porque, agrega, la Procuraduría no puede proceder a ordenar visitas a entes de derecho privado pues tal función compete a otra clase de organismos, tales como los ministerios, las superintendencias o los departamentos administrativos.

Dado que en los autos se halla probado el carácter eminentemente privado de AVIANCA no es constitucional ni legal que la Procuraduría ejerza algún tipo de vigilancia si se tiene en cuenta que al Ministerio Público compete, en forma limitada, la vigilancia de la gestión de los funcionarios, la defensa de los intereses de la Nación, la cabal ejecu-

ción de las leyes, las sentencias y las disposiciones administrativas, la persecución de los delitos y las contravenciones que alteren el orden social, "materias que en nada rezan con la que supuestamente pretendió ejercer el Procurador con los actos demandados" (fl. 285).

Concluye el concepto fiscal con la aseveración de que en consideración a la extralimitación plasmada en los actos demandados "y más que todo con el propósito de desaprobado, a través de expedientes al menos teóricos, una situación que en un período anterior pareció tornarse en costumbre", el señor Fiscal Primero halla justificado que se falle en el fondo declarando la nulidad de los actos acusados.

*Consideraciones de la Sala:*

Con el propósito de examinar cada uno de los argumentos de las partes, la Sala estudiará los distintos elementos involucrados de acuerdo con el siguiente plan:

a) Naturaleza jurídica de AVIANCA; excepciones de inexistencia e indebida representación del actor; excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales; b) Régimen jurídico de la función fiscalizadora por parte de la Procuraduría General de la Nación.

b) Desde ningún punto de vista puede abrigarse duda alguna acerca del carácter eminentemente privado de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia AVIANCA S. A. La prueba por excelencia en este caso, como es el certificado expedido por el Secretario de la Cámara de Comercio de Barranquilla así lo determina (fls. 2 a 10). En él se lee que la empresa se constituyó por escritura pública número 2374, otorgada ante Notaría Segunda de Barranquilla, el día 5 de diciembre de 1919, registrada en el Juzgado Tercero del mismo Circuito, llamada inicialmente Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos —SCADTA—.

Luego de la relación prolija de las escrituras mediante las cuales se ha reformado el contrato social inicial, el señor secretario certifica acerca de los distintos elementos que integran la noción de sociedad anónima, sin que de ninguno de ellos sea posible vislumbrar siquiera que el mentado ente sea sólo una sociedad anónima en apariencia que en el fondo y por el contrario permita clasificarlo legalmente como una institución estatal, bien con el carácter de establecimiento público, empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta.

En síntesis, y por considerar que este punto no puede ser materia de debate, la empresa tiene el carácter de sociedad anónima y será siempre de nacionalidad colombiana de acuerdo con la ley, como reza el certificado que antes se ha aludido.

Lo anterior es suficiente por sí solo para desvirtuar, entonces, la pretendida excepción de inexistencia de la parte demandante. La empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA S. A.— existe porque así lo declara el certificado del Secretario de la Cámara de Comercio de Barranquilla y tal documento no fue desconocido dentro del proceso.

Por lo anterior, la pretendida excepción de inexistencia de la parte demandante no prospera. Lo propio debe afirmarse respecto de la representación judicial de la empresa ya que en su oportunidad se había acreditado la personería y en virtud de la cual venía actuando el apoderado cuando se perdió el expediente.

Luego, el demandado alega vicios de forma en la presentación de las pretensiones del actor, por lo que denuncia la excepción de inepta demanda.

Al respecto, la Sala considera:

El presente es un proceso reconstruido de acuerdo con las determinaciones legales del precepto que hizo viable la reconstrucción de los procesos destruidos en los hechos desgraciados del Palacio de Justicia. La norma de reconstrucción tuvo las características de excepcional, inmediata y fundamentalmente transitoria. Surtido el trámite de reconstrucción, el Consejo de Estado determinó en forma clara categórica que la demanda se había presentado y que había sido admitida.

Esta determinación lleva a la conclusión irrefutable de que el Consejero ponente encontró la demanda presentada en debida forma y éste no es el momento de analizar pretendidas deficiencias cuando la actuación se benefició con las determinaciones apremiantes y transitorias del acto regla que permitía la reconstrucción de los procesos consumidos por las llamas. Lo anterior, a su vez, se considera suficiente para declarar que tampoco procede la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada, por lo que tampoco está llamada a prosperar.

c) Régimen jurídico de la función fiscalizadora de la Procuraduría General de la Nación.

Constituye el meollo de la argumentación del actor el carácter y la finalidad de la función que tanto la Constitución Política como las leyes atribuyen al Ministerio Público a cuya cabeza se halla el Procurador General de la Nación.

Dentro de los preceptos a que se alude no se halla ninguno que permita al Procurador General de la Nación ejercer el tipo de vigilancia que se ordenó y llevó a cabo mediante los actos acusados. Aquél, en su carácter de parte demandada, ha argüido que los fundamentos

legales de su conducta fueron esencialmente dos: El artículo 4º de la Ley 83 de 1936 y el artículo 4º del Decreto legislativo 2898 de 1953. Respecto del primer precepto se tiene el siguiente tenor, que faculta al Procurador General de la Nación para

*“Artículo 4º.*

*“... ”*

*“Visitar también las empresas particulares cuando su funcionamiento esté relacionado con el interés social”.*

Como se sabe el Estado colombiano ha sido objeto, a través de los años (teniendo en cuenta el citado 1936), de una serie de reformas e innovaciones dadas las necesidades y el aporte de otros países, dentro de un concepto de modernización de lo que deben ser la estructura de la administración pública y la técnica y agilidad de los procedimientos administrativos. Ciertamente, tales cambios se han realizado en el ámbito nacional especialmente a través de las reformas constitucionales (y las consiguientes administrativas) de 1945 y 1968.

De donde resultaría descabellado pretender que las instituciones del moderno Estado colombiano deben hallarse acordes con una disposición de 1936, al menos en lo que se relaciona con la atribución de funciones a los distintos órganos administrativos y sus mecanismos de control.

La misma precariedad normativa se observa en el segundo precepto invocado, el Decreto legislativo 2898 de 1953, artículo 4º, que en lo pertinente es del siguiente tenor:

*“Decreto número 2898 de 1953*

*“(noviembre 3).*

*“Por el cual se crea un cargo en la Procuraduría General de la Nación (subraya la Sala).*

*“... ”*

*“Artículo cuarto. El Procurador General de la Nación podrá pedir informes a cualquier funcionario nacional, departamental o municipal, y exigirles su cooperación en la práctica de las diligencias que necesitare llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones.*

*“...También podrá visitar o vigilar las empresas en que tenga parte el Tesoro Público que sean de utilidad común y las de servicios públicos”.*

Retomando la idea del remozamiento de las instituciones del Estado colombiano debe advertirse que ello también ha tocado a la Procuraduría General de la Nación.

El título XIV de la actual codificación constitucional regula lo concerniente al ejercicio del Ministerio Público. El artículo 143 *ibidem* precisa qué funciones específicas competen a los funcionarios del Ministerio Público, así:

“Artículo 143. Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social.

El artículo 145 *ibidem*, por su parte señala las del Procurador General de la Nación. Al contenido de esta disposición comenta el Consejero Javier Henao Hidrón lo que sigue:

“Las funciones del Procurador General de la Nación que son esencialmente de fiscalización o control de la administración pública y de sus agentes, las ejerce directamente o por intermedio de procuradores delegados y procuradores regionales (Ley 25 de 1974).

“Corresponde también al Procurador General de la Nación emitir concepto, en defensa del orden jurídico del país, en los procesos que surjan con motivo de las demandas de inexequibilidad promovidas por los ciudadanos ante la Corte Suprema de Justicia (art. 214)”.

(Constitución Política de Colombia —comentada—, 3ª edición, Bogotá, Temis, 1982, pág. 123).

Ciertamente corresponde a la Ley 25 de 1974 el carácter de estatuto fundamental del Ministerio Público, disposición “por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario y se dictan otras disposiciones”. En materia de vigilancia administrativa, el artículo 13 establece lo siguiente:

#### “Artículo 13.

“La vigilancia administrativa asignada a la Procuraduría General de la Nación la ejercen el Procurador General, los procuradores delegados para la vigilancia administrativa, para la contratación administrativa, para las Fuerzas Militares y para la Policía Nacional, los procuradores regionales y los jefes de oficinas seccionales”.

El tenor literal del precepto es claro: No existe duda alguna de que se trata de actos de vigilancia sobre entes de la administración pública y de ninguna manera, al menos la parte demandada no logró probarlo, AVIANCA hace parte de la estructura administrativa colombiana. Luego los actos de vigilancia o control no tienen asidero legal.

Y es que, si nos atenemos a los distintos textos constitucionales, en ningún momento de la historia nacional, la Procuraduría General de la Nación ha tenido competencia para intervenir en la vigilancia de entidades de pura índole privada. Como se vio antes, en la reforma constitucional de 1945 se le atribuyó al Presidente de la República la facultad para ejercer vigilancia sobre las sociedades mercantiles conforme a las leyes, de donde cualquier intervención en esta materia por parte de la Procuraduría General de la Nación es indebida.

En lo pertinente debe tenerse en cuenta la sentencia de la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo, la cual, en mayo 23 de 1989, señaló entre otras cosas, lo que se transcribe a continuación:

“...a la luz de la Constitución y de los términos mismos del artículo 26 de la Ley 25 de 1974, evidentemente, al Ministerio Público tal como lo prevé el artículo 143 de la Constitución Nacional, le corresponde ‘supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos’ y según el artículo 145 de la misma Carta es ‘función del Procurador General de la Nación, cuidar que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes’ (las subrayas son del texto).

“Lo anterior permite afirmar a la Sala que la interpretación que la sentencia recurrida hizo del artículo 26 de la Ley 25 de 1974 fue la adecuada al distinguir la vigilancia que allí se atribuye respecto de las personas naturales que ejercen funciones públicas y la cual con fundamento en la Constitución Nacional corresponde a la Procuraduría General de la Nación y que pretendía asignarle a dicha entidad la resolución anulada, sobre el Banco de la República, sin que haya ningún fundamento constitucional ni legal para tal efecto, razón por la cual el cargo de interpretación errónea del artículo 26 de la Ley 25 de 1974, no puede prosperar”.

Aunque la anterior decisión del Consejo de Estado no coincide con el caso de autos, sí presta valioso servicio en cuanto permite saber, por inferencia, que la Procuraduría General de la Nación sólo puede intervenir respecto de personas particulares cuando ejercen funciones públicas; en tal sentido el Consejo de Estado en la sentencia transcrita al declarar que la anuló una resolución en que la Procuraduría General de la Nación pretendía intervenir en la actividad del Banco de la República, no había incurrido en errónea interpretación de las disposiciones sobre intervención de la Procuraduría General de la Nación.

Lo anterior permite concluir lo siguiente:

1º El Ministerio Público incluso desde la propia Constitución de 1886, ha conservado identidad de las funciones ejercidas (art. 143 de la codificación actual).

Ninguna de las disposiciones que se dijeron violadas (Ley 83 de 1936 y Decreto 2898 de 1953) determinan la intervención de la Procuraduría General de la Nación en personas jurídicas privadas. Tampoco hubieran podido hacerlo si se tienen en cuenta los claros textos constitucionales que le dan a la Procuraduría precisas y taxativas funciones de vigilancia.

2º De acuerdo con los términos de la Reforma Constitucional de 1945, la vigilancia e inspección sobre sociedades mercantiles se atribuyó al Presidente de la República y de acuerdo con la ley se ejerce efectivamente a través de la Superintendencia Bancaria para las entidades de crédito y de la Superintendencia de Sociedades para las personas privadas de índole mercantil (art. 29 del Acto legislativo número 1 de 1945).

Pero si lo precedente no fuera suficiente, queda otro argumento respecto de la ilegalidad de los actos acusados. Y es precisamente la disposición sobre derogaciones expresas e implícitas decretadas por la mentada Ley 25. El artículo en mención establece:

“Artículo 30.

“Quedan derogados los artículos 2º, 5º, 6º y 10 del Decreto 2898 de 1953; el Decreto 2047 de 1969; y los artículos 26 y 54-1 del Decreto 1698 de 1964, 4º del Decreto 550 de 1970, 1º y 45 del Decreto 521 de 1971 y 1º del Decreto 523 del mismo año; *y derogadas o modificadas las demás disposiciones contrarias a la presente ley*”.

De donde se tiene: Si bien este precepto no derogó expresamente el artículo cuarto del Decreto 2898 de 1953, sí lo hizo implícitamente por cuanto *la facultad de visitar o vigilar las empresas (...) de servicios públicos* no se contiene en parte alguna, de las reformas constitucionales posteriores a la de 1886: Las de 1936, 1945, 1968 y obviamente de la Ley 25 de 1974, por lo que resulta contrario a tales ordenamientos constitucionales y legales y por lo mismo *deberá entenderse derogado* (las subrayas son de la Sala).

En mérito de lo expuesto, y en un todo de acuerdo con el señor Fiscal de la Corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

1. Declárase que son nulas las Resoluciones números 074 y 077 de 1985, expedidas, respectivamente, el día 22 y el 24 de julio por el señor Procurador General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Se deja constancia de que esta providencia fue considerada y aprobada en sesión de veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

*PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION - Reajuste-Reliquidación*

*Si bien es verdad que no hay precepto alguno que se dirija a la situación especialísima de los maestros oficiales que, una vez reconocida y liquidada la pensión jubilaria, han seguido al servicio de la enseñanza pública, devengando coetáneamente las mesadas de pensión y los sueldos y primas del caso, que su pensión les sea reliquidada o reajustada teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año inmediatamente procedente al retiro definitivo.*

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

*Consejero ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 3994. Autoridades nacionales. Actor: Manuel Hernando Navarrete González.

Cumplido el trámite señalado en el inciso segundo del artículo 184 del C. C. A., corresponde a la Sala decidir acerca de la consulta a que ha sido sometida la sentencia de diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera—, en el proceso de “restablecimiento del derecho” (art. 85, C. C. A.) seguido contra la Caja Nacional de Previsión Social y respecto a las Resoluciones números 02746 de 27 de febrero de 1985, 08557 de 2 de agosto de 1985 y 4025 de 27 de septiembre de 1985 emanadas de dicha entidad. El fallo en cuestión accedió a las peticiones de la parte actora, y en tal virtud declaró nulos los actos acusados y ordenó a la Caja Nacional de Previsión que reliquide la pensión de jubilación del docente señor Manuel Hernando Navarrete González (c. c. 8.932 de Bogotá), en suma equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por el demandante en su último año de servicio, o sea, entre marzo de 1982 y marzo de 1983.

*I. Hechos básicos expuestos por el libelo demandatorio:*

Cuenta la actora que el Ministerio de Educación Nacional reconoció pensión de jubilación en cuantía de dos mil ciento sesenta pesos

con setenta y cinco centavos (\$ 2.160.75), a partir de 28 de abril de 1966, según Resolución número 71 de 8 de enero de 1968. Que al pasar a la Caja Nacional de Previsión Social las prestaciones del ramo docente (Decreto 081 de 1976) la mencionada entidad asumió la que ya había sido reconocida al señor Navarrete González, y ella procedió a hacer los reajustes del caso que venían decretando normas posteriores.

Así las cosas, el señor Navarrete continuó prestando sus servicios en el ramo de la enseñanza oficial, devengando, por ende, sueldo y pensión, hasta cuando se produjo el retiro definitivo el 31 de marzo de 1983, por haber cumplido más de sesenta y cinco (65) años de edad. Fue entonces cuando solicitó la reliquidación pensional, presentando la documentación del caso, lo que fue denegado mediante las resoluciones acusadas de nulidad en este asunto.

## II. Del concepto del Ministerio Público:

Emitido en su oportunidad por la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, dice a la letra:

“En la presente contención, el punto a dilucidar es si el docente, tiene derecho a que nuevamente se le liquide la pensión de jubilación con el sueldo devengado al momento del retiro, teniendo en cuenta que venía disfrutando de la pensión de jubilación, y recibiendo sueldo, por seguir vinculado a la administración.

“*Sub judice*, se tiene:

“1. El demandante laboró por más de veinte años en la docencia sin interrupción en el servicio.

“2. La pensión de jubilación fue reconocida mediante Resolución número 71 de 8 de enero de 1968 a partir de 28 de abril de 1966.

“3. El señor Navarrete se retiró del servicio de forma definitiva el 14 de marzo de 1983.

“4. La entidad demandante fundamenta su argumentación con la que niega la petición, en que el artículo 3º del Decreto legislativo número 309 de 1958 solamente permite la reliquidación de la pensión de jubilación de los docentes pensionados, cuando se cumplen los requisitos allí ordenados, tal como los que enuncia el último acto confirmatorio, a saber:

“...1. Que haya solución de continuidad, por retiro, entre el lapso de servicios respecto del cual se liquidó la

pensión de jubilación y aquel que había de servir de base para su reliquidación.

“Que el nuevo lapso de servicios haya tenido una duración mínima de cuatro (4) años.

“3. Que esos servicios correspondientes al lapso de la reincorporación se hayan prestado en forma continua...”.

“Aduce que como el actor no se retiró del cargo y que a su pensión se le efectuaron los reajustes de la Ley 4ª de 1976, no tenía derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación.

“Los docentes son empleados públicos y como tales tienen derecho a que para efectos de la materia que estamos estudiando le sean aplicables entre otras, el artículo 4º del Decreto 171 de 1961, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 25 de la Ley 33 de 29 de enero de 1985; y artículos 73 a 79 del Decreto 1848 de 1969.

“El actor trabajó en forma continua, sin interrupción desde el 14 de abril de 1955 hasta el 14 de marzo de 1983, habiendo completado en este lapso tiempo de jubilación, la cual se le reconoció, liquidó y disfrutó, así como también sueldo por estar desempeñando un cargo en la docencia.

“Los docentes están sometidos a un régimen especial que les permite disfrutar al mismo tiempo de la pensión de jubilación y sueldo, si continua vinculado al ramo, como es el caso de autos, otorgando la posibilidad, que al momento de retirarse definitivamente de la entidad, tenga derecho a que le sea reliquidada la pensión de jubilación de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, tomando el 75% promedio de los salarios devengados en el año anterior, contados a partir de la fecha de su retiro (abril 12 de 1983), y así liquidada se le apliquen los reajustes ordenados por la Ley 4ª de 1976, debiéndosele por consiguiente reconocer el pago de la diferencia, entre la pensión reliquidada y reajustada en la forma indicada y lo que efectivamente se ha pagado por pensión de jubilación.

“En cuanto a las peticiones d) y e) de la demanda se deben desechar, por cuanto el actor no señaló las disposiciones legales para tener derecho al reajuste monetario y a los intereses solicitados” (fls. 53 a 55).

*Para resolver se considera:*

Las disposiciones vigentes sobre pensión jubilaria para el sector oficial, aplicables unas, de manera genérica, a todos los que han ser-

vido al Estado como funcionarios, empleados públicos o trabajadores vinculados contractualmente, y otras a ciertos servidores a cuyo favor la ley ha señalado privilegios especiales —como los docentes—, ordenan que la prestación mencionada sea equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el *último* año de sujeción laboral. En ese sentido, por tanto, las normas en cuestión son sumamente claras y no precisa su interpretación de enjundiosas lucubraciones.

Pero, tratándose de los docentes, que legalmente están en posibilidad de devengar pensión, aún sin retirarse del empleo, ha surgido el interrogante acerca de cuál debe ser tomado como *último año* de servicio, si aquel que fue usado como pauta para liquidar la pensión —como lo ha estimado la Caja Nacional de Previsión Social en los actos que han sido acusados en el caso *sub judice*—, o si aquel inmediatamente anterior a la desvinculación definitiva. Las reglas especiales que se han expedido para el Magisterio hablan de lo que sucede, para estos eventos, respecto a los pensionados que *hayan vuelto* o *vuelvan* al servicio de la educación, quienes tendrán derecho al reajuste de la pensión por una sola vez, después de cuatro años de servicios ininterrumpidos, mas no habla de *quienes hayan continuado*, sin cesación alguna en sus tareas, una vez les fue reconocida la pensión y se les haya sido pagada simultáneamente con el (art. 3º del Decreto 309 de 1958).

Algo semejante se dice en lo que atañe a las personas que, habiéndoles sido liquidada la correspondiente pensión jubilatoria, son reincorporadas al servicio en cualquier entidad de derecho público. En lo que a ellas concierne, dice el artículo 4º de la Ley 171 de 1961:

“Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicio”.

Igualmente, el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969, si bien fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante fallo de 10 de diciembre de 1987, contenía una regla parecida, que ilustra el tema. Establecía, al efecto:

“El pensionado que sea reincorporado a cualquiera de los empleos mencionados en el párrafo del artículo 78 de este decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el artículo 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibi-

dos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si éste fuere inferior a un año.

“Dicho reajuste se hará y pagará por la misma entidad de previsión social, de derecho público, establecimiento público, empresa oficial, o sociedad de economía mixta, que reconoció y venía pagando la pensión de jubilación”.

Entonces, si bien es verdad que no hay precepto alguno que se dirija a la situación especialísima de los maestros oficiales que, una vez reconocida y liquidada la pensión jubilatoria, han seguido al servicio de la enseñanza pública, devengando coetáneamente las mesadas de pensión y los sueldos y primas del caso, que su pensión les sea reliquidada o reajustada teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el *último año* inmediatamente procedente al retiro definitivo. Porque si a los pensionados que retornan al servicio se les reliquida o reajusta la prestación, también es lógico —y de elemental justicia— que se dé el mismo tratamiento a quienes, por disposición de la ley, pueden continuar en el empleo pese a que ya se les reconoció y se les está pagando la pensión jubilatoria.

Como quiera que, con otras palabras, tal fue la conclusión a que llegó el tribunal en el fallo consultado, su confirmación se amerita.

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

*Falla:*

Confirmase la sentencia de diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de octubre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*

## ACCION CONTRACTUAL/CADUCIDAD

*La acción relativa a contratos, bien sea de reclamación directa o de impugnación de un acto contractual (no separable, se entiende), tendrá el plazo de caducidad que en forma clara le señala el inciso 7 del artículo 136 del C. C. A., es decir, a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella.*

## LIQUIDACION DE CONTRATOS - Efectos

*Si el jefe de la entidad contratante intervino en la liquidación y ésta se hizo unilateralmente, no podrá revocarlo con posterioridad si conforma una situación jurídica favorable para el contratista, sin su autorización expresa y escrita. Si intervino tanto el jefe de la entidad contratante como el contratista y hubo acuerdo, el acto es bilateral y no podrá revocarse sino por el mutuo disenso o anularse por el juez del contrato.*

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

*Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

*Referencia: Expediente número 5655. Contratos. Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda.*

*Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de octubre de 1988 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la inhibitoria por adolecer la demanda de ineptitud.*

*En el libelo la demandante solicita que:*

*“Es nula la Resolución número 8550 de 20 de noviembre de 1984 expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en representación del Fondo Aero-náutico Nacional, ‘por la cual se niega la aprobación de un acta de liquidación de un contrato de obra’”.*

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que con base en el Decreto 222 de 1983 el Fondo Aeronáutico Nacional y Construco Ltda. liquidaron el contrato número 4473-11-17-84 y sus adicionales (acta de 24 de agosto de 1984); convenio celebrado entre las mismas partes por el mejoramiento de las pistas del aeropuerto Olaya Herrera de Medellín.

2. Que el 20 de noviembre de ese mismo año el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica, en representación de dicho Fondo, unilateralmente desconoció, invalidó o revocó el acta de liquidación citada.

El tribunal para tomar su decisión sostuvo en lo pertinente:

“4.1. La resolución demandada fue dictada durante la ejecución del contrato y su objeto es el de negar ‘la aprobación del acta de liquidación del contrato de obra número 4473-11-17-84 y sus adicionales, suscrito con la firma Constructora de Carreteras y Obras Civiles...’ y ‘Convocar —a esta firma—... para que en los treinta (30) días siguientes a la fecha de esta resolución se presente para efectuar una nueva liquidación del contrato...’. En dicha acta se dice ‘quién debe a quién y cuánto’ y se dispone el reconocimiento de una suma de dinero en favor del contratista. Tal cosa significa que la anulación de la mencionada Resolución número 8550 volvería a establecer, automáticamente, el derecho de la compañía actora al paz y salvo o finiquito del contrato y el reconocimiento de ‘lo gastos que él manifiesta haber llevado a cabo para lograr el cumplimiento de la obra’.

“4.2. Así las cosas, la acción que aquí debe ejercitarse es la de restablecimiento del derecho, por cuanto la extinción jurídica de la resolución demandada retornaría inmediatamente la vigencia del derecho supuestamente conculcado a la Compañía Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda. No se trata, pues, en este caso de velar por el imperio de la legalidad abstracta, sino de proteger un derecho privado. La jurisprudencia inicial del Consejo de Estado sólo admitía la acción de nulidad contra los actos creadores de situaciones jurídicas de índole general. Posteriormente varió su doctrina y sostuvo que ‘no es el contenido del acto demandado el que determina la caducidad de la acción, sino el *objeto inmediato* que se *pretende proteger* contra los efectos del acto administrativo’. Hoy es, en consecuencia posible, desde este nuevo enfoque del problema, intentar la acción de nulidad contra actos que den origen a situaciones particulares y concretas, siempre que no se trate de proteger derechos particulares.

"4.3. '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, como se ha expuesto, 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, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, 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...' (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Sesión de 8 de agosto de 1972).

"4.4. Ya se explicó por qué es *litigiosa* la pretensión de la Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda. Y, si se aprecia el acápite de la demanda relativo a las peticiones, se verá que se ha utilizado la acción de nulidad, por cuanto no se impetra ningún restablecimiento: 'Pretensión única: Es nula la Resolución número 8550 de 20 de noviembre de 1984, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en representación del Fondo Aeronáutico Nacional, «por la cual se niega la aprobación de un acta de liquidación de un contrato de obra»...'. Tal como lo afirma el agente del Ministerio Público, al comenzar la demanda se dice ejercitar *la acción de restablecimiento del derecho*, pero más adelante se precisa o aclara que la acción es la de *nulidad*, porque no se solicita restablecimiento alguno. Es claro además, que al tribunal no le es dado pedir por la actora, esto es, llenar su omisión.

"5. En tales condiciones, debe concluirse que la demanda adolece de ineptitud sustantiva, porque se acudió a una acción improcedente. Un defecto de esta clase da lugar, como es sabido, a un fallo inhibitorio".

Apelada la decisión por la parte demandante se le dio al proceso el trámite de la segunda instancia. Durante ésta presentaron alegaciones tanto las partes principales (a fls. 108 y ss.) como el Ministerio Público. Este, en su vista de 29 de junio de 1989, que obra a folios 115 y siguientes, pide la revocatoria del fallo del tribunal para que se declare la caducidad de la acción propuesta.

En uno de sus apartes conceptúa:

"Es conveniente hacer claridad sobre este punto. Sobre el tema, esta Fiscalía ya ha tenido oportunidad de referirse y en esta ocasión se permite reiterar su posición:

"El Decreto 01 de 1984 en los artículos 83 y siguientes definió las diferentes clases de acciones que pueden ser ejer-

citadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro de las cuales está la acción contractual propiamente dicha, señalándole claramente su objeto así (art. 87):

“a) La acción contractual que pretende un pronunciamiento sobre la existencia de un contrato administrativo o de uno interadministrativo o de uno de derecho privado de la administración;

“b) La acción que pretende un pronunciamiento sobre la validez de uno de los contratos mencionados;

“c) La acción que pretende que se decrete la revisión de un contrato administrativo;

“d) La acción que pretende que se declare el incumplimiento de uno de los anteriores contratos.

“Nótese bien que todos los casos que contempla el artículo 87 del C. C. A. se refieren de manera directa con el contrato mismo.

“Ahora bien el inciso final del artículo 87 establece:

“Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las obras acciones previstas en este código’.

“Este inciso coincide con otro inciso del artículo 136 que dice: ‘Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato’.

“De las normas citadas se puede deducir que, todos los actos administrativos, sean estos precontractuales o postcontractuales pueden ser demandados ejerciendo las acciones contenciosas establecidas en el Decreto 01 de 1984 (nulidad y restablecimiento del derecho) sin tener que hacerlo a través de la acción contractual, acción ésta que como ya se vio está reservada únicamente para los asuntos que en forma directa se relacionen con el contrato mismo.

“Así pues que todos los actos que se dicten con relación a un contrato, sean antes de la celebración del convenio, en la etapa precontractual o dentro del proceso de adjudicación o sea durante su ejecución o en la etapa posterior a la firma del contrato, si son verdaderos actos administrativos se deben considerar como actos separables del contrato y en consecuencia pueden ser demandados independientemente del contrato. En estos casos, el contrato sólo será una prueba más dentro del proceso y no el objeto mismo del litigio, pues

la causa del proceso en estos casos la constituye la impugnación del acto administrativo.

“Los artículos citados indican también que la acción dirigida contra el contrato mismo puede iniciarse durante la vigencia del contrato, en cambio los actos administrativos, a excepción del de adjudicación, deben ser demandados solamente después de terminado o liquidado el contrato. Esto indica que, cuando se demanda el acto administrativo no se cuestiona el contrato muy posiblemente por estar ya ejecutado y liquidado. Lo anterior reafirma la independencia de las acciones, una se dirige contra el contrato mismo y las otras contra los actos administrativos que tienen relación con el contrato.

“Este planteamiento permite aclarar la confusión que existe respecto de las acciones y sobre todo evita que se hable de acciones de restablecimiento del derecho con una caducidad de dos años, lo cual resulta contrario totalmente al ordenamiento jurídico.

“De esta manera en el caso estudiado se está frente a un típico caso de impugnación de un acto administrativo relativo a un contrato contra el cual acertadamente se ha interpuesto la acción de restablecimiento del derecho por lo cual debe aplicarse una caducidad de 4 meses como lo establece la norma; no puede considerarse como ya se dijo, que exista una acción de restablecimiento del derecho con una caducidad de 2 años solamente porque el acto tiene que ver con un contrato.

“La resolución que se impugna fue expedida el 20 de noviembre de 1984 y notificada el 29 de noviembre del mismo año por lo cual el término de caducidad venció el 29 de marzo de 1985. Como la demanda se presentó ante la secretaria del Consejo de Estado el último día del término de caducidad y esta entidad no es competente para conocer del caso al tenor del artículo 128 del C. C. A. que establece que el Consejo de Estado solamente conoce en única instancia de la nulidad absoluta de los contratos administrativos celebrados por entidades del orden nacional, y de esta manera tuvo que ser remitido el expediente al tribunal competente, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término es la de llegada al tribunal competente, lo cual ocurrió el 12 de junio de 1985 (fl. 290), por lo cual se considera que a esta fecha ya estaba ampliamente vencido el término que da la ley de 4 meses para interponer las acciones de restablecimiento del derecho y en consecuencia debe ser declarada la caducidad de la acción.

“Finalmente observa este despacho que la conclusión a la cual llega el tribunal en cuanto a que el demandante interpone dos clases de acciones la de restablecimiento del derecho y la de simple nulidad y por lo tanto se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda, es equivocada porque si bien es cierto que inicialmente indica que se acoge a la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A. y luego solicita solamente la nulidad del acto administrativo, también lo es que, el Consejo de Estado ha establecido que la acción debe interpretarse bajo la teoría de los motivos y finalidades perseguidos por el actor, según la cual es procedente interponer la acción de nulidad contra los actos administrativos de carácter particular pero si al declarar la nulidad de éste automáticamente se restablece un derecho objetivo, la acción debe considerarse como de restablecimiento del derecho (Teoría de los motivos y finalidades de las acciones; reiteración de la sentencia de Carlos Gustavo Arrieta de 1961, auto de abril de 1986).

“De acuerdo con esta teoría se concluye que en el caso analizado solamente puede considerarse la acción de restablecimiento del derecho, toda vez que, una vez declarada la nulidad del acto impugnado se restablece el derecho del demandante por lo cual no es acertado declarar una ineptitud sustantiva de la demanda por considerar que fueron interpuestas dos acciones diferentes.

“Por lo expuesto esta Fiscalía solicita al Consejo de Estado revocar la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia y en su lugar declarar la caducidad de la acción”.

Para resolver, se considera:

Pasa la Sala en primer término a examinar la opinión fiscal, la que concluye con la petición de caducidad de la acción propuesta y glosa la jurisprudencia que en materia contractual ha venido elaborando esta misma Sala.

Con lo expuesto también se explicará por qué esta misma Sala no comparte la opinión del *a quo* relacionada con la inepta demanda.

#### *La caducidad:*

Este fenómeno no se configura en el presente caso. El acto administrativo impugnado, de carácter inequívocamente contractual, está sometido a la acción propia de los contratos consagrados en el artículo 87 del C. C. A. y al proceso indicado en los artículos 217 y siguientes del mismo código. Acción que, bien sea de reclamación

directa (revisión, cumplimiento, responsabilidad o validez) o de impugnación de un acto contractual (no separable, se entiende), tendrá el plazo de caducidad que en forma clara se señala en el inciso 7º del artículo 136 *ibídem*, que a la letra dice: "Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de *expedidos los actos* u ocurridos los hechos que den lugar a ella" (subrayas fuera de texto).

Se hace la subraya que precede para destacar que aquí hay que entender por "*actos*" los contractuales propiamente dichos, o sea aquellos calificados por la jurisprudencia de esta misma Sala como los expedidos por la entidad pública contratante luego de la celebración del contrato, con incidencia en la relación comercial misma (efectos, derechos y obligaciones) y que no pueden entenderse sin la existencia misma del contrato. Actos que, como también se ha dicho, son manifestaciones exorbitantes de la conducta contractual de la administración contratante, la que también, como el contratista particular, manifiesta su conducta a través de hechos u operaciones de ejecución.

Se insiste en estos actos por oposición a los separables, sometidos por el mismo código (art. 87 *in fine*) a acciones distintas a las contractuales, o sea las de nulidad o restablecimiento, y que no son otros que los expedidos por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato y que pueden existir sin que éste llegue a celebrarse. Actos separables cuya impugnación deberá hacerse por la vía del proceso ordinario, una vez terminado o liquidado el contrato, salvo el de adjudicación (art. 136, inciso 8º).

Y como estos actos separables están sometidos a las acciones de nulidad y de restablecimiento propias de los demás actos administrativos, ésta última tendrá el término de caducidad de los cuatro meses señalado por el inciso 2º del artículo 136.

Se aclara, además, que cuando la controversia contractual gira en torno a un acto contractual propiamente dicho, la petición de nulidad que se haga contra él con fines de restablecimiento del derecho no la convierte en una simple acción de las reguladas en el artículo 85 del C. C. A.; en otros términos, porque las acciones del artículo 87 (relativas a contratos) pueden girar, o bien sobre el contrato mismo, *vr. gr.* nulidad, terminación y cumplimiento, o sobre los hechos u operaciones de ejecución o bien sobre el acto contractual que incida en los derechos y obligaciones emanados del contrato, por ejemplo, el que declara su caducidad, su modificación o liquidación, sin que por eso pueda hablarse de términos de caducidad diferentes.

Si el acto administrativo impugnado, la Resolución número 8550 de 20 de noviembre de 1984, se notificó el 29 del mismo mes y contra ella no procedía sino la reposición (recurso que no se interpuso), la caducidad de los dos años empezó a correr tan pronto venció el término de cinco días que tenía el administrado para interponerlo y no

había vencido cuando se presentó la demanda, apenas unos cuatro meses después, aproximadamente.

Se concluye de lo precedente que la acción no estaba caducada a la fecha de la presentación de la demanda.

La acción intentada encaja en las del artículo 87 del código, ya que gira en torno a un acto contractual y su pretensión de nulidad busca dejar en firme la liquidación del contrato de obra celebrada entre las partes el 24 de agosto de 1984, aunque así no lo pida expresamente el demandante. La prosperidad de la misma, como es obvio, restablecerá el derecho de la contratista, sin que por ello pueda hablarse de que la acción propuesta deje de ser contractual de las del citado artículo 87, para convertirse en una simple acción de restablecimiento de las reguladas en el artículo 85 del mismo estatuto, como lo sostiene el tribunal.

Rechazada la ineptitud propuesta por el *a quo* y no configurado el fenómeno de la caducidad, pasa la Sala a decidir el fondo de la controversia.

Para ello, anota:

De acuerdo con el artículo 287 del Decreto 222 de 1983, además de los casos señalados en el mismo texto, deberán liquidarse, cuando fuere el caso, los contratos de suministro y de obras públicas. Liquidación que se hará, como lo dispone el artículo siguiente, por el jefe de la entidad contratante. Si éste no interviniere en dicha liquidación el acta final que la contenga estará sujeta a su aprobación (art. 289 *ibidem*, *in fine*).

Dejan ver las normas citadas que puede darse una doble situación, así: Si el jefe del organismo estatal contratante interviene en la liquidación, se producirá al acto de liquidación, bien de carácter unilateral si en esa liquidación no intervino el contratista o se negó a suscribir el acta correspondiente; o bien de índole bilateral si se cumplió de común acuerdo. Si el jefe de la entidad contratante no intervino en la liquidación, el trabajo liquidatorio deberá aprobarse por éste. En este evento, el acto de liquidación inicial apenas estará en vía de expedición y tendrá condicionada su validez a la aprobación posterior; o en otros términos, sólo adquirirá validez a partir de ésta.

Las diferencias anotadas imponen un tratamiento jurídico distinto. Si el jefe de la entidad contratante intervino en la liquidación y ésta se hizo unilateralmente, no podrá revocarlo con posterioridad si conforma una situación jurídica favorable para el contratista, sin su autorización expresa y escrita, tal como lo dispone el código administrativo en su artículo 73. Si intervino tanto el jefe de la entidad contratante como el contratista y hubo acuerdo, el acto es bilateral y no podrá revocarse sino por el *mutuo disenso* o anularse por el juez del contrato.

Aplicadas las ideas expuestas al caso concreto, se observa:

Muestra el acervo probatorio que el día 24 de agosto de 1984 las partes contratantes acordaron la liquidación del contrato de obra pública 4473-11-17-84 y suscribieron el acta correspondiente de la misma fecha (a fls. 130 y ss. del cuaderno principal). Acta que aparece firmada por las siguientes personas: Héctor Vega Garzón, gerente de la demandante, Construca Ltda., Luis Antonio Ardila B., jefe de la División de Interventoría, Alvaro Aramburo A. ingeniero interventor, Antonio Marulanda Rojas, director general de instalaciones Aeronáuticas y Juan Guillermo Penagos Estrada, jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica.

El hecho de que no suscriba el acta el doctor Jaime Córdoba Gómez, jefe de la oficina jurídica, no le resta validez al acto porque éste, en puridad de verdad, no tenía que ser firmado sino por los representantes de las partes contratantes.

Se observa en ese documento que éstos no dejaron constancia alguna y menos que el jefe del DAAC la hubiera aprobado "bajo condición implícita de estar de conformidad con las normas jurídicas, circunstancia que presupone la revisión y aprobación por la oficina jurídica del Departamento" porque esta exigencia no está en la ley y porque es de suponer, en un funcionario medianamente responsable, se entiende, que cuando suscribe los documentos del despacho a su cargo, ya éstos tengan el visto bueno de sus asesores inmediatos. Esto, que es de buena administración, repele conductas como la alegada, frente a la cual el jefe de Aeronáutica manifiesta que él firmó ese documento bajo condición de estar ajustado a la ley.

En otras palabras, el jefe del Departamento Administrativo al dictar el acto impugnado (la Resolución 8550 de 20 de noviembre de 1984) desbordó su competencia e invadió la órbita del juez del contrato, puesto que dado el acuerdo de las partes contenido en la liquidación de 24 de agosto de 1984, al no lograr el *mutuo disenso* para disolver el negocio jurídico bilateral celebrado, no le quedaba más salida que la de demandar la nulidad de ese acto por ilegalidad.

No puede olvidarse que los poderes de revocatoria de la administración están circunscritos a los actos unilaterales y entre éstos a los de contenido particular o concreto.

Tampoco es de recibo la conducta asumida por el jefe del Departamento, el que creyó que su firma desaparecía con el hecho de tacharla con posterioridad, porque lo acaecido durante esa reunión de 24 de agosto se entiende notificado por estrado a todas las partes ese mismo día y con efectos jurídicos vinculantes a partir del mismo.

Finalmente se anota que como la parte actora no solicitó ninguna declaración como consecuencia de su nulidad, la decisión se reduce a lo pedido.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 21 de octubre de 1988. En su lugar:

Declárase la nulidad de la Resolución número 8550 de 20 de noviembre de 1984, expedida por el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en representación del Fondo Aeronáutico Nacional, "por la cual se niega la aprobación de un acta de liquidación de un contrato de obra".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 12 de octubre de 1989.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

## SUSTITUCION PENSIONAL/PENSION DE JUBILACION

*El artículo 212 del C. S. del T. no regula la sustitución pensional, porque teniendo la pensión de jubilación carácter periódico, su pago debe efectuarse en plazos sucesivos. Por tanto, no se compadecería con la naturaleza de la prestación, el que por ministerio de la ley se exonerara al obligado del deber de cancelarla a aquellas personas que dentro de los parámetros que la regulan, demostraran tener derecho a recibirla.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Con la colaboración de la doctora Ligia Palomino de Vera, Abogada asistente.*

*Referencia: Expediente número 2783. Recurso extraordinario de anulación. Actora: América Isabel Lara Porras.*

América Isabel Lara Porras, mediante apoderado, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de octubre de 1986, en la cual se negaron las súplicas de la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho promovió con el fin de que se declarara la nulidad parcial de la Resolución número 5921 de 1980 y la nulidad total de las Resoluciones números 7964 de 1981, 3159 y 2615 de 1983, expedidas por la Caja Nacional de Previsión y, además, para que se le restableciera en su derecho.

Los hechos afirmados en el libelo inicial son estos:

“1º La Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución 5921 de 1980 decretó un auxilio de sustitución pensional a favor de la señora Leonor Muñoz viuda de Meek en un 50%, en su condición de cónyuge sobreviviente del doctor León Julio Meek Pezzoty y el otro 50% lo sustituyó a favor de sus hijos legítimos Edgar Julio y Elizabeth Meek Muñoz y de su menor hija natural Carmen José Meek Durán, representada por su señora madre Teresita Durán Vélez.

"2º La prestación a que hace referencia el hecho anterior se decretó en una cuantía total de \$ 21.132.61 mensuales y con efectividad a partir de 9 de agosto de 1978, día siguiente al fallecimiento del doctor Meek Pezzoty, quien se desempeñaba como Jefe Oficina VIII, Grado 32 de la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo de esta ciudad.

"3º Posteriormente, con fecha 13 de enero de 1981, el doctor Carlos Cuello Marriaga (fl. 133) obrando como apoderado de la señora América Isabel Lara Porras, madre del menor Juan Germán Meek Lara, hijo natural del causante Meek Pezzoty, solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago del auxilio de sustitución pensional en la proporción legal a favor de este menor.

"4º La demandada, para resolver la petición a que se refiere el hecho anterior dictó la Resolución número 7964 de 1981 negando el auxilio solicitado. De esta providencia se notificó el señor apoderado el 4 de marzo de 1982 e interpuso los recursos de reposición y de apelación.

"5º El recurso de reposición a que me acabo de referir fue resuelto mediante la Resolución número 3159 de 1983 confirmando la providencia recurrida. De esta última se notificó el apoderado el 6 de julio del mismo año, e interpuso apelación.

"6º La Caja desató la apelación por medio de la Resolución número 2615 de 1983 confirmando la providencia recurrida. De esta última se notificó el doctor Cuello Marriaga el 7 de diciembre del mismo año, es decir, se halla ejecutoriada y agotada la vía gubernativa.

"7º La señora América Isabel Lara Porras me ha conferido poder especial para el ejercicio de la presente acción" (fls. 1, 2, expediente del tribunal).

La sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Analizados los elementos allegados al proceso observa la Sala que el trámite seguido por la administración hasta el reconocimiento de la prestación se arregló totalmente a derecho, pues, se acreditó la muerte del titular de la prestación y luego, por el lapso de 30 días, se hicieron las publicaciones previstas en el ordinal 2º del artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo, posterior a lo cual se sustituyó la pensión, en los porcentajes legales, a quienes probaron el derecho que a cada uno le asistía, previa la demostración de la dependencia económica con el fallecido. Con posterioridad a lo

anterior la demandante, mediante apoderado y por escrito de enero 13 de 1981, hizo a la Caja demandada la solicitud del derecho que consideraba asistirle al menor Juan Germán Meek Lara como hijo natural del causante y representado por élla, lo cual le fue negado con los argumentos atrás relacionados, en virtud de los actos aquí demandados (fl. 128 de los antecedentes administrativos).

“En las condiciones anteriores, la Sala observa que si bien, como lo dice la demanda, la prescripción no corre o se interrumpe cuando se trata de menores (art. 2530 del C. C.) y además, que una vez reconocido el derecho y hecho el pago a los que lo acreditaron en las condiciones del artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (sic), puede ocurrir que después se presenten, como en el caso debatido, otros beneficiarios, tal circunstancia hace que el patrono quede ‘exonerado de la obligación’, previéndose sí que los que figuren como beneficiarios ‘están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que le correspondan’, lo que dice claro que por el hecho de que un supuesto derechohabiente no haya acudido oportunamente a reclamar su derecho, ese proceder haga anulable los actos emitidos por la administración acogiéndose al derecho, habida cuenta que resultaría ilógico y vulnerante del principio de equidad en que se informan tales actuaciones. De donde se infiere que si bien al peticionario podía asistirle razón en lo solicitado no era procedente buscar su reconocimiento por vía de la nulidad de los actos emitidos, como antes se dijo, arreglados al procedimiento, sino por vía del trámite correspondiente que debió agotarse con el fin de obtener el efecto a que se refiere la última parte del inciso 1º del artículo 212 de la codificación del trabajo, pero en ningún modo por vía de la nulidad y consiguiente restablecimiento del derecho invocado” (fls. 51, 52, expediente del tribunal).

*Formulación de cargos contra la sentencia acusada:*

En el escrito del recurso extraordinario de anulación, se formuló contra la referida sentencia, el cargo siguiente:

*“Interpretación errónea.*

“La sentencia impugnada quebranta el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973, artículos 1º y 3º de la Ley 12 de 1975 y, en forma por demás protuberante, el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo” (fl. 3 del expediente).

Estima el recurrente que el tribunal de instancia no se detuvo a efectuar ningún análisis sobre el derecho que le asiste al menor Juan Germán Meek Lara con base en los artículos pertinentes de las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, sino que consideró que el menor estaba amparado por las citadas normas y por ello simplemente dedujo que, si al peticionario podía asistirle razón en lo solicitado, debió acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el efecto previsto en el artículo 212 del C. S. del T., pero no a la jurisdicción contenciosa, utilizando la vía de la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Lo anterior según el actor, llevó al tribunal a dar una "interpretación extraña al artículo 212 ya citado que realmente no es de recibo en el caso de autos" (fl. 4 del expediente), por cuanto esta norma regula aquellas situaciones "...en que el patrono o la entidad obligada al pago, en este caso la Caja Nacional de Previsión, haya cancelado la totalidad de las prestaciones a algunos causahabientes y posteriormente se presenten otros u otro a hacer la reclamación correspondiente por tener un igual o mejor derecho de los anteriores. En este caso concreto ya sea el patrono o la entidad obligada, quedan exonerados, por ministerio de la ley, al pago de la obligación y los causahabientes que se presentaron últimamente tienen derecho a iniciar la correspondiente acción contra los primeros ante la justicia ordinaria laboral" (fl. 4 del expediente).

Pero en el caso de la sustitución pensional se está frente al "... pago de una pensión o sea, un pago periódico mensual en donde no se puede hablar de exoneración por parte de la entidad obligada, sino simplemente se trata de modificar una providencia administrativa para que los causahabientes entren en un cauce normal como es el de la inclusión en la nómina de pensionados de la demandada, a efectos de que puedan recibir la cuota pensional proporcional que les corresponde mensualmente" (fls. 4 y 5 del expediente).

Admitido y tramitado el recurso, el señor Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo advierte que el recurso no tiene vocación de prosperidad, por cuanto:

"1º Se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia; y,

"2º Se apoya en consideraciones de índole fáctica y probatoria" (fl. 18 del expediente).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

#### *Consideraciones:*

No obstante que el concepto de violación de las normas podría ser más preciso y profundo, la Sala considera que el escrito de sus-

tentación del recurso extraordinario de anulación, en el caso *sub lite*, cumple con los requisitos exigidos por el artículo 199 del C. C. A.; por tanto, se procede a hacer un análisis del fallo acusado, del precepto que le sirvió de fundamento y del cargo formulado por la parte impugnadora.

Al aceptar el tribunal que al peticionario podía asistirle razón en lo solicitado, dio aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973 y a los artículos 1º y 3º de la Ley 12 de 1975. Empero su interpretación fue errónea en la medida en que en lugar de declarar que el menor Juan Germán Meek Lara tenía derecho a la sustitución pensional, se limitó a indicarle al accionante que el camino que siguió para que se le reconociera tal prerrogativa, no era el de la nulidad de los actos demandados y el consiguiente restablecimiento del derecho, sino otro distinto, el de la reclamación por la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, que para él era el idóneo.

Si el fallador de instancia hubiera aplicado correctamente las normas citadas, habría despachado favorablemente la petición formulada en el libelo, relacionada con el derecho a la sustitución pensional del menor Meek Lara.

En criterio de esta Corporación, también el tribunal efectuó una errada interpretación del artículo 212 del C. S. del T. En efecto, en la sentencia impugnada se señaló "...que si bien, como lo dice la demanda, la prescripción no corre o se interrumpe cuando se trata de menores (art. 2530 del C. C.) y además, que una vez reconocido el derecho y hecho el pago a los que lo acreditaron en las condiciones del artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (sic), puede ocurrir que después se presenten, como en el caso debatido, otros beneficiarios, tal circunstancia hace que el patrono quede 'exonerado de la obligación', previéndose sí que los que figuren como beneficiarios 'están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan',..." (fls. 51 y 52 del expediente).

Significa lo anterior, que, para el tribunal de instancia, la parte final del inciso primero del artículo 212 del C. S. del T. establece que, si se acredita la calidad de beneficiario en la forma indicada en la ley y si con base en ella se reconoce y paga la sustitución pensional, la administración no sólo queda exonerada de responsabilidad por ese pago frente a los causahabientes que se presenten con posterioridad, sino que no le es dable reconocer la existencia de esta última, por cuanto concurrieron a reclamar su derecho, después de transcurrido el término perentorio de 30 días que señala la norma.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dio al artículo 212 del C. S. del T. una interpretación diferente a la que verdaderamente tiene, puesto que lo consideró aplicable a efecto de acreditar la calidad de beneficiario de una prestación no regulada por esa norma.

El artículo 212 del C. S. del T. indica cómo debe probarse la calidad de beneficiario de la prestación establecida en el ordinal e) del artículo 204 del mismo código, vale decir, de la prestación en caso de muerte del trabajador, que es equivalente a 24 meses de salario. Así mismo, cuando el artículo 212, a renglón seguido, dispone que "... Comprobada así dicha calidad..." se está refiriendo, sin lugar a equívocos, a la demostración, en la forma allí prevista, de la calidad de beneficiario de la mencionada prestación por muerte del trabajador y no a otra distinta, como lo acepta el tribunal, al señalar que dicho artículo debe aplicarse en lo concerniente al reconocimiento de la sustitución pensional.

Es el Decreto 690 de 1974, reglamentario de la Ley 33 de 1973 el que señala los medios probatorios para acreditar la condición de beneficiario del derecho a la sustitución pensional. Mas este estatuto no contiene ninguna norma que exonere a la entidad que debe efectuar el pago de la obligación de cancelar la aludida prestación a aquellos beneficiarios que no se presenten oportunamente a reclamar su derecho.

El artículo 212 del C. S. del T. también prevé la exoneración del patrono de la obligación de pagar la susodicha prestación por muerte del trabajador a los beneficiarios que concurren después de vencido el término de 30 días allí señalado.

Este mandato legal se aviene con la naturaleza misma de la prestación, que no tiene el carácter de periódica como la pensión de jubilación, sino que se concreta en un momento y en un monto determinados, por lo cual la obligación de cancelarla se cumple también en el acto en que se entregue a los beneficiarios el valor de ella. Consecuente con lo anterior, la norma dispone que los beneficiarios afectados encaminen su reclamación contra quienes recibieran el valor de la prestación; permitir acción por este concepto contra la entidad, conduciría a ésta a cancelar repetidamente la proporción de los 24 salarios que constituyen el monto de la prestación por muerte del trabajador que en cada oportunidad reclamara el beneficiario que pruebe su derecho.

El artículo 212 del C. S. del T. *no regula la sustitución pensional*, porque teniendo la pensión de jubilación carácter periódico, su pago debe efectuarse en plazos sucesivos. Por tanto, no se compadecería con la naturaleza de la prestación, el que por ministerio de la ley se exonerara al obligado del deber de cancelarla a aquellas personas que dentro de los parámetros que la regulan, demostraren tener derecho a recibirla.

En consecuencia, el error de interpretación del artículo 212 del C. S. del T. al cual se ha referido la Sala, originó el fallo negativo a las pretensiones de la demanda, porque el tribunal concluyó que la no comparecencia dentro del término allí señalado, acarreó para los

beneficiarios la pérdida del derecho al reconocimiento de la sustitución pensional por parte de la entidad obligada a su pago.

Lo anterior configura una violación directa por interpretación errónea de la norma sustantiva. Por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 197 y 205 del C. C. A., la sentencia debe anularse y adoptarse la decisión de instancia correspondiente.

*El nuevo fallo de instancia:*

En la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se formularon las peticiones aludidas en esta providencia, con base en los fundamentos fácticos que se relacionaron anteriormente y aduciendo que la administración con la expedición de los actos impugnados, transgredió el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973 y los artículos 1º y 3º de la Ley 12 de 1975, en concordancia con el artículo 212 del C. S. del T.

En cuanto hace relación a la transgresión del artículo 212 del C. S. del T., en esta providencia se consignó el criterio de la Corporación sobre su no aplicabilidad en lo atinente a la manera de acreditar la calidad de beneficiario de la prestación de pensión de jubilación, por cuanto en el mismo artículo se indica expresamente que él regula la forma de demostrar la condición de beneficiario de la prestación por muerte y no aquélla.

El párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1973, dispone:

“Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron y aclararon.

“Si concurrieren cónyuge e hijos la mesada pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

“La cuota parte de la pensión que devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben los demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital”.

Por su parte el artículo 1º de la Ley 12 de 1975 preceptúa que el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado oficial y sus hijos menores o inválidos, ten-

drán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge, si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, siempre que se hubiere completado el tiempo de servicio requerido en la ley o en convención colectiva.

De conformidad con la Resolución número 5921 de 19 de agosto de 1980, emanada de la Caja Nacional de Previsión, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a León Julio Meek P. y se sustituyó ésta a favor de Leonor Muñoz viuda de Meek y a sus hijos Edgar Julio, Elizabeth y Edgar Meek Muñoz y Carmen José Meek Durán (fls. 123 a 126 del cuaderno administrativo), el señor León Julio Meek Pezzoty, nacido el 31 de marzo de 1926, en el momento de su fallecimiento ocurrido el 8 de agosto de 1978, había laborado más de 20 años de servicio a cargo de la Caja Nacional de Previsión y, por consiguiente, conforme con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, la cónyuge supérstite y sus hijos menores de edad o inválidos tenían derecho a que se le sustituyera la pensión que por el acto mencionado se reconoció a León Julio Meek Pezzoty.

Hallándose probado en el proceso que Juan Germán Meek Lara es hijo extramatrimonial de León Julio Meek Pezzoty (fl. 135 del cuaderno de antec. administrativos) y que para el 11 de junio de 1984, fecha de presentación de la demanda, era menor de edad, toda vez que nació el 10 de junio de 1968 (fl. 135, cuaderno Antecs. Administrativos), considera esta Corporación que la administración debió reconocerle el derecho a la sustitución pensional a que se viene haciendo referencia.

#### *Restablecimiento del derecho:*

Por lo anterior, la Sala considera que, a título de restablecimiento del derecho, debe reconocerse la sustitución de la pensión del señor León Julio Meek P. a favor de su hijo menor Juan Germán Meek Lara, en el porcentaje que le corresponda, en concurrencia con la cónyuge supérstite y los otros beneficiarios a cuyo favor se efectuó la sustitución pensional mediante la Resolución número 5921 de 19 de agosto de 1980 y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, previa declaratoria de nulidad de los actos administrativos que negaron tal reconocimiento.

#### *Nulidad de la Resolución número 5921 de 1980:*

En el libelo demandatorio se solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución número 5921 de 1980, emanada de la Caja Nacional de Previsión, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a León Julio Meek P. y se sustituyó dicha pensión a favor de Leonor Muñoz viuda de Meek y a sus hijos Edgar Julio Meek M., Elizabeth Meek Muñoz y Edgar Meek Muñoz, y a la menor Carmen José Meek Durán, representada por su señora madre Teresita Durán Vélez.

De conformidad con lo que preceptuaba el artículo 71 de la Ley 167 de 1941, vigente en la época en que se presentó la demanda, y en lo previsto en el numeral 1º del artículo 135 del C. C. A., para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, como lo es la Resolución número 5921 de 1980, cuya nulidad se impetra, es necesario, entre otras cosas, que se haya agotado la vía gubernativa.

No aparece acreditado en el proceso que, respecto del acto mencionado, se haya agotado la vía gubernativa, como presupuesto de la acción contenciosa ejercitada ante esta jurisdicción.

Por esta razón, no es procedente resolver la pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución número 5921 de 1980 y se proferirá decisión inhibitoria en relación con la respectiva petición.

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

*Falla:*

Anúlase la sentencia proferida el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se dispone:

1. Declárase que son nulas las Resoluciones números 7964 de 1981, 3159 de 1983 y 2615 de 1983, en cuanto por ellas la Caja Nacional de Previsión Social negó "el reconocimiento de prestaciones sociales causadas por el fallecimiento del señor León Julio Meek Pezzoty a favor de la señora América Isabel Lara Porras" como representante del menor Juan Germán Meek Lara y resolvió los recursos de reposición y de apelación contra esta decisión de la administración.

2. Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, la Caja Nacional de Previsión Social dispondrá, en el término de que trata el artículo 176 del C. C. A. y a favor del accionante, el pago de la proporción que le corresponda en concurrencia con los demás beneficiarios de la pensión de jubilación del señor León Julio Meek Pezzoty a que se refiere la Resolución número 5921 de 1980, a partir de 9 de agosto de 1978.

3. Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito respecto de la Resolución número 5921 de 1980 en referencia, por no haberse agotado la vía gubernativa.

Sin costas, por no haberse causado. Cancélese la caución prestada para efectos del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

*DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL - Competencia  
/ MANUAL AERONAUTICO / PILOTOS EXTRANJEROS - De-  
rechos*

*De acuerdo con el artículo 11 de la C. N., solamente la ley puede limitar los derechos de los extranjeros allí protegidos quedando fuera del alcance de los simples reglamentos administrativos, como lo es el manual aeronáutico, la regulación de esos derechos, a menos de existir un ordenamiento nacional con valor de ley formal que lo autorice.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Expediente número 695. Actor: Leonardo Galeano Guevara.*

*I. La demanda:*

El ciudadano Leonardo Galeano Guevara en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demanda la nulidad “del acápite 2.2.9.1. hoy marcado con el 2.2.9.4. de la Sección Segunda del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado por la Resolución 2450 de 19 de diciembre de 1974 que dice: Las licencias que se expidan de acuerdo a los términos establecidos anteriormente, no facultan a su titular para ejercer actividad comercial alguna y llevarán la leyenda ‘no autorizado para ejercer actividad aérea comercial en Colombia’”.

Como normas violadas por el acto demandado se invocan los artículos 2, 11, 17 y 55 de la Constitución Nacional. El 11 que dice: “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden 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 (art. 5º del Acto legislativo número 1 de 1936), por cuanto mediante un acto reglamentario administrativo no ‘se podrá disponer de las garantías y derechos de que gozan los no nacionales en Colombia’; respecto al artículo 17 de la C. N. arguye la demanda que la garantía y protección del trabajo así establecido, se lesiona con la norma acusada en tanto restringe esa posibilidad laboral a los extranjeros quienes se encuentran en pie de igualdad con los nacionales. En relación con el artículo 55 expresa la demanda que se viola el principio allí establecido de la separación de las Ramas del Poder Público al asumir el Ejecutivo una función propia del legislador. Y finalmente, sobre el artículo 2º de la C. N. se dice que el acto acusado es ‘violatorio de la soberanía nacional por exceder los límites que ella misma ha impuesto’”.

## *II. El acto administrativo demandado:*

La norma, materia de censura hace parte del ordenamiento del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, Parte Segunda, Capítulo I, acápite 2.9.9. intitulado “Licencias aeronáuticas al personal extranjero” y cuyo texto en su integridad expresa lo siguiente:

“Al personal extranjero que aspire a obtener licencias para ejercer actividades aeronáuticas distintas al pilotaje, podrá hacerlo por el término de su permanencia en el país, una vez cumplidos los mismos requisitos exigidos a los naturales del país acreditando lo siguiente:

“a) Cédula de extranjería o visa de residente;

“b) Hablar el idioma español.

“2.2.9.1. El personal extranjero que desee ejercer actividades como piloto privado en labores de turismo, cultural o científico, con carácter transitorio, se le podrá expedir licencia provisional por períodos hasta de un (1) año y en desarrollo de su actividad, siempre que su licencia de piloto y el certificado médico se encuentren vigentes.

“2.2.9.2. El personal extranjero que desee obtener licencia definitiva como piloto privado, podrá hacerlo una vez haya cumplido con los requisitos siguientes:

“a) Presentar licencia de piloto expedida por la autoridad aeronáutica de su país de origen o del que le haya otorgado la licencia de piloto privado;

“b) Examen de vuelo certificado por un instructor autorizado;

“c) Exámenes sobre regulaciones aéreas y procedimientos radio-telefónicos;

“d) Certificado médico vigente;

“e) Libro de vuelo actualizado y registrado por la autoridad aeronáutica colombiana;

“f) Hablar el idioma español;

“g) Presentar cédula de extranjería o visa de residente.

“2.2.9.3. La autoridad aeronáutica podrá negar la expedición de licencias a extranjeros en cuyo país de origen no exista reciprocidad para con los colombianos.

“2.2.9.4. *Las licencias que se expidan de acuerdo con los términos establecidos anteriormente, no facultan a su titular para ejercer actividad comercial alguna y llevarán la leyenda ‘NO AUTORIZADO PARA EJERCER ACTIVIDAD AEREA COMERCIAL EN COLOMBIA.*

“2.2.9.5. En caso de carencia comprobada de personal técnico colombiano, se podrán conceder licencias provisionales a personal técnico extranjero para ejercer determinadas actividades aeronáuticas hasta tanto haya personal colombiano entrenado”.

### *III. Desarrollo del proceso:*

Este negocio se adelantó conforme a los trámites previstos en el procedimiento ordinario. De la demanda se corrió traslado al Director General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, quien por conducto de apoderado, dentro del término de fijación en lista, se opuso a la declaración allí solicitada. También se hizo presente en su oportunidad como coadyuvante de la parte actora, la ciudadana colombiana Martha Adiel Saavedra Arias con el escrito que obra al folio 24 del expediente, en el cual amplía los cargos de la demanda extendiéndolos a la violación del artículo 1804 del Código de Comercio.

La representante de la parte impugnadora adujo con su escrito fotocopias de los textos que contienen la Ley 3ª de 1977, por el cual se reorganiza el sector Aeronáutico Civil; del Decreto 2332 de 1977 reorgánico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dictado en uso de las facultades conferidas por la Ley 3ª, y del Decreto 1000 de 1986 por medio del cual el Presidente de la República en ejercicio de las facultades del artículo 120 de la Constitución Nacional y en desarrollo de los Decretos 2017 de 1968 y 625 de 1974, dicta disposiciones sobre expedición de visas y control de extranjeros.

Las partes adujeron sus alegatos en el término concedido al efecto y el señor Agente del Ministerio Público formuló su concepto, correspondiendo entrar a dictar la sentencia de fondo, dado que no se observa nulidad que invalide lo actuado.

*IV. Consideraciones de la Sala:*

Fundamentalmente la demanda sostiene que con la disposición contenida en el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, según el cual las licencias aeronáuticas que se expidan a los extranjeros no los faculta para ejercer actividad comercial alguna, como se indicará mediante la leyenda respectiva, se quebrantaron normas superiores dado que solamente la Constitución y la ley pueden disponer de las garantías y derechos de que gozan los no nacionales en Colombia, pues bien "se encontraba facultada para expedir la reglamentación relacionada con dicho ramo, el primer deber que se le impone es el de hacerlo en consonancia con la ley, no fuera de ella".

Como esta misma Sala tuvo oportunidad de expresarlo en sentencia de septiembre 1º de 1977, la situación jurídica del extranjero residente en Colombia está ampliamente protegida por la Constitución Nacional al consagrar la igualdad de nacionales y extranjeros frente a los derechos civiles, los cuales en virtud de norma expresa de la ley y por motivos de orden público podrán ser subordinados a condiciones especiales o inclusive, negarse parcialmente su ejercicio. En cuanto a los derechos político éstos quedan reservados a los nacionales.

Tuvo especial cuidado el constituyente en erigir estas garantías y derechos de los extranjeros en aplicación de principios y prácticas de la generalidad de las naciones que dejan desde luego, la regulación de la condición jurídica de los extranjeros a cargo del derecho interno, esto es, conforme a la ley de cada país. De allí el texto claro del artículo 11 de la Constitución colombiana que reza así:

"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".

Por manera que de acuerdo con esta norma, solamente la ley puede limitar los derechos de los extranjeros allí protegidos quedando fuera del alcance de los simples reglamentos administrativos, como lo es el Manual Aeronáutico, la regulación de esos derechos, a menos de existir un ordenamiento nacional con valor de ley formal que lo autorice.

Al respecto la parte impugnadora al contestar los cargos de la demanda, adujo en sendas copias, los textos en virtud de los cuales considera que la Dirección del Departamento de Aeronáutica Civil te-

nía competencia para emitir su reglamento o manual. Es así como al folio 30 se lee el texto de la Ley 3ª de 1977 reorgánica del sector aeronáutico civil mediante la cual se asignó al Departamento de Aeronáutica Civil, entre otras funciones la de dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil, privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional, preceptiva que se reprodujo después en el Decreto reglamentario 2332 (fl. 35). También presentó el impugnante copia del Decreto 1000 de 1986 (fl. 64) expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales relacionado con la expedición de visas y control de extranjeros, en el cual se establecen las normas para su ingreso al territorio nacional así como su permanencia y salida "sin perjuicio de la competencia discrecional que tiene el Gobierno sobre la materia".

De esta relación normativa en la cual se hace descansar fundamentalmente la competencia o atribución del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para dictar la disposición demandada, se puede, de una vez, reafirmar el desbordamiento del precepto constitucional invocado como objeto principal de transgresión en la demanda. En efecto: La Ley 3ª de 1977 estructuró al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil señalándole sus funciones entre las cuales está la de dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de la aeronáutica civil, privada o estatal nacional o internacional, pero teniendo en cuenta su objetivo fundamental, de formular la política aeronáutica del país de los planes generales de desarrollo. Son funciones específicas dentro de un marco general así trazado en busca de la regulación del servicio de ese orden que se cumple en el ámbito sometido a los poderes del Estado y a su control en el ejercicio de esas actividades.

No ha podido el legislador, ni puede imputársele el propósito, de autorizar a través de esa regulación aeronáutica la restricción a los extranjeros de desempeñarse en ocupaciones lucrativas comerciales como es la intención de la norma demandada. Si la facultad de dirigir, regular y controlar las actividades de que se trata implicaran la de limitar el derecho de los extranjeros frente a los nacionales, tendría que aceptarse también la posibilidad de estatuir prohibiciones de distinto orden a los mismos, lo cual peca contra el claro ordenamiento constitucional (art. 11) que presupone la facultad de limitar el ejercicio de los mismos derechos civiles otorgados a los nacionales mediante ley expresa que así lo diga y no bajo una facultad intemporal y general de regulación dada a un organismo del Estado para fines distintos.

Por manera que no puede cimentarse la restrictiva disposición demandada en la Ley 3ª y su decreto reglamentario citado, no siendo el Manual de Reglamentos Aeronáuticos un acto revestido de la fuerza de ley y sin que corresponda tampoco a una facultad concretamente expresada en norma de esta categoría.

Y es que no cabe duda del carácter restrictivo anotado como se deduce de la atenta lectura del conjunto de normas de dicho manual que se refieren a las *licencias aeronáuticas al personal extranjero*, ya que al decir "las licencias que se expidan de acuerdo con los términos establecidos anteriormente, no facultan a su titular para ejercer actividad comercial" con el aditamento de estampar en el respectivo documento: "*No autorizado para ejercer actividad aérea comercial en Colombia*", se está imponiendo una limitación indudable frente a los nacionales no prevista en disposición legal que así lo autorice, contrariando así el principio constitucional de la igualdad de derechos civiles consagrado en el tantas veces mencionado artículo 11 de la C. N., solamente objeto de limitaciones a los extranjeros por los canales de la misma Constitución o de la ley. No se entendería por ejemplo, cómo se le podía dar aplicación a la norma anterior de la acusada del manual areonáutico indicado con la numeración 2.2.9.3. que establece la reciprocidad del tratamiento en el país de origen del extranjero y el nuestro, si en éste se le negara lo que aquél permite para actividad aérea comercial, en el suyo.

En el derecho interno colombiano existen diversos mandatos reguladores o restrictivos de los derechos de los extranjeros constitutivos de excepciones de la igualdad jurídica con los nacionales predichos en el artículo 11 de la Constitución. Así en vía de ejemplo se tiene el artículo 241 del Código Político Municipal que impide a los extranjeros desempeñar empleos que conlleven anexa autoridad o jurisdicción; el 2012 del Código de Comercio que ordena tener la calidad de ciudadano colombiano para poder ser árbitro de las controversias susceptibles de transacción y para desatar las diferencias surgidas de los contratos en que se haya estipulado cláusula compromisoria. Así mismo el Código Laboral fijó la proporción de trabajadores nacionales o extranjeros que debe ocupar todo patrono en sus empresas, y como se indica por la parte demandada, el Código de Comercio en el artículo 1803, establece que toda empresa colombiana de aviación deberá ocupar trabajadores colombianos en proporción no inferior al 90%.

Por último es pertinente citar el artículo 1804 del Código de Comercio el cual al hablar de los integrantes de la tripulación de una nave en su último inciso preceptúa: "Salvo lo que disponga el reglamento para casos especiales, en las aeronaves de transporte público matriculadas en Colombia, el comandante será de nacionalidad colombiana", de cuyo texto se colige que quien no sea comandante, dentro de las limitaciones correspondientes, puede ser extranjero.

Tampoco de la atenta lectura del resto de artículos del Código de Comercio invocados para respaldar el acto acusado, se desprende la facultad alegada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para implantar dentro de los ordenamientos del Manual o Regla-

mento de Aeronáutica la limitación a los extranjeros que les impida ejercer la actividad aérea comercial en Colombia, y siendo ello así, en su conjunto, no se ve soporte jurídico que respalde la norma demandada, afirmación esta que comparte el señor Fiscal Primero de la Corporación en los siguientes términos:

“Y tratándose entonces de principios fundamentales que sólo excepcionalmente y por motivos más que poderosos el Estado puede alterar, el constituyente optó porque en materia de tratamiento a los extranjeros sólo la Constitución y la ley podrían modificar su situación de igualdad jurídica con los nacionales; es obvio entonces, que la expresión ‘leyes’ que trae el artículo 11 de la Carta se refiere a aquellas normas que expide el Congreso de la República en ejercicio de sus atribuciones legislativas, pues mal podría aceptarse dentro del contexto de un Estado de derecho como el nuestro, que un funcionario de la Rama Ejecutiva mediante un reglamento interno pueda modificar garantías sociales de estirpe constitucional.

“Planteadas así las cosas y teniendo en cuenta que el acápite 2.2.9.1. de la Sección Segunda del Manual de Reglamentos Aeronáuticos constituye una restricción a la posibilidad de que los extranjeros ejerciten en Colombia como actividad comercial la de piloto privado, nos encontramos que dicho acápite por no tener estirpe ni constitucional ni legal viola el artículo 11 de la Carta y, en consecuencia, ha de declararse su nulidad”.

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

*Falla:*

*Declarase la nulidad del acápite 2.2.9.1., hoy numerado con el 2.2.9.4., de la Sección Segunda del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado por la Resolución 2450 de 19 de diciembre de 1974 que dice así: “Las licencias que se expidan de acuerdo a los términos establecidos anteriormente, no facultan a su titular para ejercer actividad comercial alguna y llevarán la leyenda ‘no autorizado para ejercer actividad aérea comercial en Colombia’”.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR / IMPORTACION DE VEHICULOS

*Los automóviles que se permite importar al país por los funcionarios señalados, no están sometidos a ningún precio máximo. Luego no es dable que se establezca alguno, por circulares. Nota de Relatoria: La declaración de nulidad de el auto de suspensión provisional de 28 de abril, se sustenta con los mismos argumentos que aparece publicado en el Tomo I de Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, páginas 194-195, Edición Caja Agraria.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 898. Demandante: Sociedad Autogermana S. A.

La Sociedad Autogermana S. A., mediante procurador judicial, demandó, en ejercicio de la acción pública contemplada en el artículo 84 del C. C. A., la nulidad —con petición de suspensión provisional— de las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 y P/C 246 de 12 de julio de 1987 expedidas por el Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

### *Actos acusados:*

Mediante Circulares P/C y con fundamento en el artículo 4º del Decreto legislativo 3135 de 1956 se fijan límites "...en valor FOB para la importación de vehículos automotores para los honorables miembros del Cuerpo Diplomático y Consular".

Y por Circular P/C se hace otro tanto en relación con funcionarios de los organismos internacionales y de asistencia técnica acreditados ante el Gobierno nacional.

### *Contestación de la demanda:*

En este escrito el Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto de procurador judicial al responder el hecho segundo de la

demanda sostiene que la competencia de la Dirección General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores para expedir los actos cuestionados "la encontramos en el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956, artículo que en concordancia con el artículo 39 del Decreto 2017 de 1968 le otorgan competencia para el manejo de privilegios, inmunidades y prerrogativas reconocidos por la ley a los representantes diplomáticos y extranjeros".

*Alegatos de las partes:*

Ninguna de ellas presentó alegato de conclusión.

*Concepto del señor Agente del Ministerio Público:*

Es de opinión que se debe acceder a las súplicas de la demanda y para ello se remite a las consideraciones y decisión del auto 23 de septiembre de 1988 del Consejero ponente que resolvió suspender provisionalmente los efectos de las circulares acusadas.

*Consideraciones de la Sala:*

Encuentra la Sala válidas y vigentes las apreciaciones efectuadas por el Consejero ponente en su auto de 23 de septiembre de 1988 —que no fue suplicado— y por el cual se ordenó la suspensión provisional de las circulares objeto de controversia y por ello coincidiendo con el concepto de la Fiscalía Primera prohíja tales apreciaciones como motivación de la presente sentencia y que se vierten a continuación:

"Se considera:

"La Circular P/C 410 se apoya en el artículo 4º del Decreto legislativo 3135 de 1956 'por el cual se determinaron los privilegios y prerrogativas de los agentes Diplomáticos y Consulares acreditados en Colombia' y que es del siguiente tenor:

"La aplicación de régimen de reciprocidad internacional compete únicamente al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, por conducto de la Dirección General del Protocolo, podrá ampliar o restringir determinadas prerrogativas, en aquellos casos en que a juicio del Gobierno se requiera, y absolver cualquier duda que surja sobre la interpretación de las disposiciones aquí consignadas'.

"Entre los privilegios concedidos a tales funcionarios y dentro del capítulo de exenciones aduaneras está el acápite 3 denominado 'automotores' (arts. 31 a 40) 'en que se dis-

pone que los funcionarios diplomáticos podrán importar libre de derechos de aduana y adicionales, cada dos años un automóvil para su uso particular, salvo el Jefe de la Misión Diplomática, quien podrá importar dos automóviles, previa causa justificada' (art. 31). Este precepto es repetido por el Decreto 232 de 11 de febrero de 1967 'por el cual se reglamenta el régimen de importación de vehículos destinados al uso oficial o personal de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares, o de los representantes de organizaciones internacionales y de asistencia técnica, debidamente acreditados en el país' (art. 1º).

"Para los funcionarios consulares el artículo 8º del Decreto 232 previene igualmente la importación de vehículos para su uso particular cada cuatro (4) años libres de impuesto de aduana.

"En relación con los funcionarios a que se contrae la otra Circular P/C 246, esto es, pertenecientes a organismos internacionales y de asistencia técnica, hay lo siguiente:

"El Director y Subdirector titulares de la Sede Regional de un organismo y el representante principal de cada una de las organizaciones internacionales acreditadas en el país, podrán introducir un vehículo exento de derechos de aduana para su uso particular cada dos años (art. 8º del Decreto 232). Los demás funcionarios dentro de esta clase tendrán igual prerrogativa pero por una sola vez (art. 10 *ibidem*).

"Como se ve del ordenamiento citado, los automóviles que se permite importar al país por los funcionarios señalados, no están sometidos a ningún precio máximo. Luego no es dable que se establezca alguno, como ocurre en las circulares acusadas. Y en cuanto hace al sustento que éstas pudieran tener en el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956, se nota que tampoco puede servir de apoyo por las siguientes razones:

"Dicho artículo 4º se refiere al régimen de reciprocidades internacionales, lo que de suyo entraña, como lo acotó la parte actora, que ellas miren a los sistemas que sobre la materia establezcan los distintos países, para en cada caso determinar la reciprocidad que corresponda al Gobierno colombiano frente a cada uno de ellos.

"Luego no es dable concebir un *régimen uniforme* de reciprocidades con todos los países a los cuales representan los funcionarios diplomáticos en cuestión, cual es lo previsto en las circulares enjuiciadas.

“Además en ninguna parte de éstas se dice que se dictan para regular reciprocidades de privilegios. Más aún: La norma exige que no obstante atribuir las determinaciones sobre prerrogativas al Director General de Protocolo, ello será ‘a juicio del Gobierno’ que en el caso *sub judice* lo conforman el señor Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores (art. 57 de la Carta Política). Y no aparece en tales circulares que se hubieran adoptado teniendo en cuenta ese ‘juicio’.

“De donde resulta en conclusión que las circulares impugnadas al pretender establecer topes de precios a los vehículos importados por los funcionarios mencionados, desconocen la inexistencia de límites que al respecto contempla el Decreto 232 de 1967. Fuera de que tampoco son aplicables a las mismas los presupuestos que conforman el artículo 4º del Decreto 3135 de 1956.

“Por ello habrá el Despacho de suspender provisionalmente los efectos de dichas circulares por darse el quebranto ostensible de normas superiores, según lo previene el artículo 152 del C. C. A.”.

Por último y en cuanto a la invocación que hace el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores del artículo 39 del Decreto-ley 2017 de 1968, orgánico de esa entidad, contesta la Sala que el mismo no confiere la facultad objeto de controversia al Director General de Protocolo, pues lo que puede hacer este empleado al respecto es “... *gestionar* con las autoridades nacionales la aplicación de los privilegios, inmunidades y prerrogativas reconocidos por la ley y los reglamentos a los funcionarios extranjeros e internacionales” (Se subraya).

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

*Falla:*

Declárase la nulidad de la Circular P/C 410 de 2 de octubre de 1986 y de la Circular P/C 246 de 12 de julio de 1987 emitidas por el señor Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que el presente fallo fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## ADJUDICACION DE BALDIOS - Revocatoria / CADUCIDAD

*Tanto en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, como en el 16 de la Ley 4ª de 1973 se habló de que el INCORA podía ejercer la facultad de revocar los actos de adjudicación de baldíos dentro de los dos años de que trata este artículo. Este término era el mismo que la ley confería para pedir jurisdiccionalmente la nulidad del acto de adjudicación. El término de dos años se aplicaba no sólo para las demandas de nulidad de los actos de adjudicación, sino para que el INCORA pudiera ejercer su facultad revocatoria.*

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

*Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3408 (Acumulados 3409 y 3588). Actor: José Antonio Mejía Campelo.

Procede la Sala a decidir los procesos acumulados distinguidos con los números 3408, 3409 y 3588, instaurados por los señores José Antonio Mejía Campelo (proceso 3408), Gabriel A. Carmona G. (proceso 3588) y Leticia Bayona de V. (proceso 3409) mediante los cuales se pretende la nulidad de la Resolución número 2402 de 11 de mayo de 1981, dictada por el subgerente jurídico del INCORA, y como consecuencia la declaración de que las Resoluciones 0312 y 0327 de 25 de febrero de 1977 y 0654 de 29 de octubre de 1976 son legales y no han perdido su eficacia; además, que se hagan las cancelaciones y registros correspondientes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar.

Las demandas se presentaron en su oportunidad y todas narran hechos similares, con las obvias diferencias en cuanto a los actos de adjudicación y los nombres de las personas interesadas. Los distintos procesos se acumularon el 26 de marzo de 1985, según constancia del libro radicador número 8. El expediente se perdió en el incendio del Palacio de Justicia y fue reconstruido mediante auto de marzo 27 de 1987 (a fl. 224, cuaderno principal).

Culminado el trámite, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

En las demandas se narraron en síntesis, los siguientes hechos:

1. Que el señor Luis Ruiz Sierra adquirió el inmueble rural "Entre Ríos" (Codazzi) por compra a la Compañía Agropecuaria Las Inguenzas S. A. mediante escritura 755 de 27 de febrero de 1964, de la Notaría Segunda de Bogotá.

2. Que mediante esa misma escritura el señor Ruiz Sierra constituyó hipoteca sobre el mismo inmueble a favor del señor Alfonso Dávila Ortiz, por la suma de \$ 120.000.00.

3. Que posteriormente el INCORA inició el trámite administrativo de extinción del derecho de dominio relacionado con ese inmueble.

4. Que hechas las investigaciones de rigor el INCORA concluyó que 2.570 hectáreas, divididas en 3 lotes, estaban explotadas por el dueño y que las 2.340 restantes estaban en poder de terceras personas.

5. Que concluido el trámite, el INCORA expidió la Resolución 0232 de febrero de 1970, que declaró extinguido el derecho del señor Luis Ruiz S. y de otras personas sobre el inmueble "Entre Ríos", pero excluyó de esa declaratoria una porción de 2.570 hectáreas, dividida en 3 lotes; esa declaratoria de extinción cobijó también el derecho real de hipoteca.

6. Que el señor Dávila Ortiz, acreedor hipotecario, instauró juicio ejecutivo contra el señor Ruiz Sierra ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla.

7. Que los colonos que explotaban el lote indicado en el hecho 4º del libelo, continuaron sus labores pecuarias y agrícolas, hasta que el INCORA les ofreció, espontáneamente, asesoría para legalizar su situación.

8. Que en tal virtud los colonos pidieron la adjudicación de las parcelas que venían explotando desde tiempo atrás; y el INCORA, con apoyo en el Decreto 389 de 1974, inició el procedimiento correspondiente.

9. Que culminado este trámite se profirieron por el Instituto los actos de adjudicación distinguidos con los números 0312 y 0327 de 25 de febrero de 1977 y 0654 de 29 de octubre de 1976, a favor, en su orden de José Antonio Mejía Campelo, Gabriel A. Carmona G. y Leticia Bayona de V.

10. Que igualmente el INCORA dictó las siguientes resoluciones de adjudicación: 0655 (Jesús María Ospina Guzmán), .0681 (Abacuc Castañeda M.), 0876 (Guillermo Bustos), 0880 (Amelia Rodríguez de D.), 044 (Luis Enrique Castañeda), 0317 (Patrocinio Fajardo S.).

11. Que el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla remató el inmueble deslindado en el hecho 12; resultando favorecidos

en dicha diligencia el apoderado del señor Dávila, doctor Leandro Cabello L. y el señor Eduardo Mattos L., en la proporción que se señala en el hecho 13.

12. Que el doctor Cabello López el 14 de noviembre de 1978 solicitó al INCORA que revocara todas las resoluciones de adjudicación hechas sobre la finca "Entre Ríos" y que pertenecían al señor Luis Ruiz S. hasta el 29 de marzo de 1977.

13. Que el 22 de septiembre de 1978 el mismo abogado demandó ante el Tribunal del Cesar todas las adjudicaciones señaladas atrás. Luego de algunas incidencias procesales la demanda fue conocida por el tribunal, el que falló el 16 de octubre de 1979, declarando la nulidad de todas las resoluciones indicadas, por cuanto los lotes correspondientes a dichas adjudicaciones se encuentran dentro de un inmueble mayor de propiedad del doctor Leandro Cabello L.

14. Que contra ese fallo se interpuso apelación y hasta la fecha (11 de septiembre de 1981) el honorable Consejo no lo ha decidido.

15. Que con base en el remate, el doctor Cabello pidió la entrega del bien subastado.

16. Que el 11 de mayo de 1981 el subgerente jurídico del INCORA profirió la Resolución número 2402, mediante la cual revocó las adjudicaciones señaladas atrás; y entre éstas las hechas a favor de los demandantes y se ordenó la cancelación de los registros.

El demandante al explicar las disposiciones violadas y su concepto, alega que el INCORA, si bien ejerció la facultad de revocatoria consagrada en los artículos 38, inciso 4º de la Ley 135 de 1961 y 16 del Decreto 389 de 1974, lo hizo extemporáneamente porque el 11 de mayo de 1981, fecha de expedición del acto administrativo impugnado, tal término se encontraba vencido en relación con las Resoluciones 0312, 0327 y 0654. Afirmó la parte actora que ese término de revocatoria era de dos años siguientes a la publicación de la resolución de adjudicación en el Diario Oficial o a su notificación, según el caso (más de 50 hectáreas o menos); y que la adjudicación hecha a favor del señor José A. Mejía C. ya había precluido porque su publicación en el Diario Oficial se hizo el 30 de abril de 1979; que la correspondiente a la señora Leticia Bayona de Villareal fue publicada en ese mismo diario el 24 de abril de 1979; y que la Resolución 0327 se notificó en marzo de 1977. Se anota que ésta, dada su cabida, no tuvo que publicarse en el Diario Oficial.

Arguye también la parte actora que no se dieron los supuestos legales para decretar la revocatoria porque no se dieron los motivos indicados en el artículo 16 del Decreto 389 de 1974, ni en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961; y que en ninguno de los casos se presentó una deliberada ocultación de la verdad, porque las tierras efectivamente eran baldías y no de propiedad privada.

También insiste la demandante en la violación del artículo 17 del Decreto 389, porque no se cumplió el procedimiento previo exigido para tomar la medida revocatoria.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal Segunda de la Corporación, la demanda no está llamada a prosperar. Así en su vista de 6 de septiembre de 1989 (a fs. 307 y ss. del cuaderno principal) anota:

“Tenemos entonces, que el INCORA para dictar la resolución demandada, tuvo en cuenta una serie de pruebas, unas allegadas al proceso y otras practicadas durante el trámite de revisión. No se fundamentó, como lo afirma la parte actora, en la simple solicitud de revisión formulada por el interesado señor Leandro Cabello López.

“Insinúa la parte demandante, que existiendo un proceso ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, el INCORA ha debido suspender las diligencias de revisión. Pero resulta, que para la época en que se dictó la Resolución número 2402 de 1981, el Decreto 2733 de 1959 en su artículo 22 establecía: ‘La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo y en relación con providencias o actos ejecutoriados o que se hallan sometidos al control de los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado sentencia definitiva’.

“La sentencia del tribunal que además, anuló las resoluciones de adjudicación, proferida el 16 de octubre de 1979, como ya se dijo, no quedó ejecutoriada, pues contra ella se interpuso por el mismo señor Leandro Cabello López el recurso de apelación. Lo anterior indica, que cuando el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria profirió la Resolución 2402 de mayo 11 de 1981, revocando esas mismas resoluciones, no había aún sentencia definitiva.

“Debe destacarse, que en el expediente solamente existe prueba del recurso de apelación interpuesto por el señor Leandro Cabello, contra la sentencia de octubre 16 de 1979, persona ésta que aparecía como demandando las 9 resoluciones de adjudicación ante el Tribunal del Cesar. Los beneficiarios con la adjudicación, no obstante que la sentencia del tribunal les fue adversa pues anuló todas las resoluciones de adjudicación, no interpusieron recurso de apelación contra esa sentencia. Al menos no hay prueba de ello en el expediente. Curiosamente algunas de estas personas y mediante apoderado, se limitaron a atacar la Resolución 2402 que revocó las resoluciones de adjudicación que ya habían

sido en principio anuladas por la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar. Se dice que en principio, porque para la fecha de expedición de la Resolución 2402, la sentencia no era aún definitiva, pues contra ella se estaba surtiendo el recurso de apelación.

“Como en ese recurso fue aceptado el desistimiento (ver fl. 125 del anexo número 3), en ese momento la sentencia de octubre 16 de 1979 del tribunal quedó ejecutoriada y los actos administrativos a que se refiere el fallo que fueron objeto también de revocación directa, ya han desaparecido de la vida jurídica.

“Tenemos pues, que el propósito de la presente acción, cual es el restablecimiento del derecho de los actores, consistente en que se declare que no han perdido su eficacia las Resoluciones 654 de octubre 29 de 1976, la número 0312 de febrero 25 de 1977 y 327 de febrero 25 de 1977, no podría lograrse mediante esta acción, ni aún en la hipótesis de que prosperara, pues las resoluciones de adjudicación ya fueron anuladas, y la fuerza de cosa juzgada de la sentencia que así lo declaró, debe ser respetada”.

Para la Sala las demandas acumuladas deberán despacharse favorablemente, tal como pasa a explicarse:

Alega la parte demandante que la Resolución impugnada número 2402 de 11 de mayo de 1981, mediante la cual se produjo la revocatoria, entre otras, de las siguientes resoluciones de adjudicación: 0312 de 25 de febrero de 1977, 0327 de la misma fecha y 0654 de 29 de octubre de 1976, fue expedida extemporáneamente por el INCORA, ya que cuando se dictó aquel acto ya había vencido el término de dos años que el Instituto tenía para revocar los actos de adjudicación, en los eventos contemplados en los artículos 38 de la Ley 135 de 1961 y 16 de la Ley 4ª de 1973.

Pues bien. La revocatoria directa por parte del INCORA de los actos de adjudicación de baldíos por inexactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación, fue autorizada inicialmente, en forma no explícita, por el artículo 38 de la Ley 135 de 1961.

Se dice que no explícita porque la norma sólo hablaba de verificar esa exactitud probatoria. No obstante ésto, la jurisprudencia entendió desde un principio que esa verificación no podía quedarse en la simple constatación de las irregularidades, sino que cumplido ésto debía revocar la adjudicación hecha irregularmente. Se sancionaba así la inexacta información o la falsedad de la documentación aportada.

El debate lo zanjó el artículo 16 de la Ley 4ª de 1973, que modificó el inciso final del artículo 38 antecitado, en los siguientes términos:

"El Instituto podrá verificar, *con citación del adjudicatario*, dentro de los dos años (2) de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular, y en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. *Si hallare inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo*". Las subrayas no son del texto, pero se hacen para destacar los extremos que le fueron adicionados al antecitado artículo 38 de la Ley 135.

En primer término, se impuso que ese trámite de verificación debía cumplirse con citación del adjudicatario; la persona lógicamente más interesada en defender la exactitud de las pruebas que sirvieron de base a la adjudicación. Además, la persona que tenía interés en el mantenimiento del acto inicial y en defenderlo ante los estrados judiciales en caso de revocatoria.

En segundo lugar, se completó lo que faltaba en la norma inicial, o sea que el INCORA no sólo podía verificar la exactitud o veracidad de las pruebas que sirvieron de base a la adjudicación, sino que podía revocar el acto que tal cosa dispuso cuando constatará su inexactitud o falsedad.

Pero en lo que no hubo modificación fue en el término señalado para esa revocatoria. Tanto en el artículo 38 inicial como en el 16 de la Ley 4ª de 1973 se habló de que el INCORA podía ejercer esa facultad "dentro de los dos (2) años de que trata este artículo".

Como lo da a entender el texto este término era el mismo que la ley le confería a "los procuradores agrarios o cualquier otra persona" para pedir jurisdiccionalmente la nulidad del acto de adjudicación, o sea "dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial".

Cabe recordar aquí que el párrafo del artículo 13 del Decreto 389 de 1974 excepcionó de la publicación en dicho diario a las resoluciones de adjudicación de baldíos "cuya cabida no exceda de cincuenta hectáreas". Por lo tanto, para estos casos el bienio empezaba a contarse a partir de la notificación de la resolución correspondiente.

Como se desprende de lo expuesto, el término de dos años se aplicaba no sólo para las demandas de nulidad de los actos de adjudicación, sino para que el INCORA pudiera ejercer su facultad revocatoria.

La concordancia entre el término de caducidad y el de revocatoria directa era apenas obvia. No habría tenido sentido que producida la caducidad de la acción de nulidad para todo el mundo, incluido el INCORA, hubiera quedado éste con poderes de revocatoria directa.

Para la Sala esta facultad era específica, propia del derecho agrario, y no podía asimilarse o confundirse con el poder general de revo-

catoria directa que el Decreto 2733 de 1959 (arts. 21 y ss.) le confería a la administración.

Se hace tal afirmación porque la revocatoria agraria de que hablan los artículos 38 de la Ley 135 y 16 de la Ley 4ª de 1973, dentro del término señalado (el Decreto 2733 no le daba plazo a la administración para el ejercicio de ese poder de revocatoria), no podía hacerse sino por inexactitud o falsedad de las pruebas que sirvieron de base a la adjudicación; y no requería, a pesar de que el acto que la hacía creaba una situación jurídica individual o reconocía un derecho, el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Para la Sala en el caso *sub judice*, la Resolución de revocatoria número 2402 de 11 de mayo de 1981 fue extemporánea, ya que fue dictada después de los dos años de publicadas en el Diario Oficial las Resoluciones 0312 de 25 de febrero de 1977 y 0654 de 29 de octubre de 1976 y de notificada la Resolución número 0327 de 25 de febrero de 1977.

Se hace esta afirmación porque la Resolución número 0312, a favor de José A. Mejía C., fue publicada en el Diario Oficial número 35250 del lunes 30 de abril de 1979 (ver anexo número 1, letra a); y la número 0654, a favor de la señora Leticia Bayona de Villareal, en el Diario número 35246 del martes 24 de abril de 1979 (ver anexo número 1, letra b). Se entienden estas publicaciones por la cabida de cada una de ellas, superior a las 50 hectáreas.

También se acreditó que la Resolución número 0327, a favor del señor Gabriel A. Carmona G., fue notificada en el mes de marzo de 1977.

Aunque no existe la constancia directa sobre la fecha de esa notificación, existe dentro del proceso una afirmación, no controvertida por la contraparte, del apoderado de la demandante en el sentido de que esa notificación se hizo en el mes de marzo de 1977 (a fl. 64 cuaderno principal). Se corrobora esta aseveración con la demanda que contra la Resolución 0327 instauró el doctor Leandro Cabello López (a fls. 67 y ss.) el día 18 de enero de 1979, y que permite afirmar que dicha resolución ya estaba notificada con anterioridad. De no haber sido así no la habría podido demandar el citado profesional.

Lo precedente permite concluir, sin duda alguna, que esa notificación se produjo con anterioridad a la presentación de la demanda aludida.

Fuera de esto, en la copia de la Resolución 0327, que obra a folios 153 del anexo número 3, si bien el sello de notificación al señor Gabriel Carmona, adjudicatario, no tiene fecha, como sí la tiene la diligencia de notificación que se le hizo al Ministerio Público el 4 de marzo de 1977, (a fl. 154), en el mismo folio existe una fecha de inscripción en la Oficina de Registro el 7 de marzo. Esto también da pie para aceptar

que la notificación al señor Carmona se tuvo que hacer con anterioridad, porque de lo contrario no se habría podido registrar en la indicada fecha.

La Resolución de revocatoria 2402, tantas veces citada, se expidió el día 11 de mayo de 1981 y se inició su notificación el 14 siguiente (a fl. 55 del cuaderno principal). Comparando la fecha de las publicaciones de las Resoluciones 0312 y 0654, los días 30 de abril de 1979 y 24 de los mismos mes y año, hay que concluir que el INCORA cuando dictó la resolución impugnada el 11 de mayo de 1981 ya estaba por fuera de su competencia temporal; competencia que terminó los días 30 de abril de 1981 para la 0312 y el 24 de abril del mismo año para la 0654. Así también, frente a la 0327 el plazo se cumplió antes de ese 11 de mayo de 1981.

Cuando la administración tiene la competencia delimitada temporalmente, no podrá excederla so pena de nulidad. Nulidad conocida en la doctrina como "*ratione temporis*".

.....

Pasa la Sala a glosar el concepto fiscal, sobre todo en lo que toca con el efecto de la sentencia de 16 de octubre de 1979, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar en primera instancia y que no tuvo definición en sentencia de segunda instancia por el desistimiento hecho por la parte actora.

Muestra el expediente que el doctor Leandro Cabello López solicitó la nulidad ante el Tribunal Administrativo del Cesar de las Resoluciones 0654, 0665, 0681, 0876 y 0880 de 1976; 0044, 0312, 0317 y 0327 de 1977. Tribunal que declaró la nulidad de los actos citados mediante sentencia de 16 de octubre de 1979. Contra esta providencia interpuso apelación, para ante el Consejo de Estado, la parte impugnadora, conformada por los distintos adjudicatarios, y no la actora como equivocadamente afirma la Fiscalía. Estando en trámite la segunda instancia desistió de la acción propuesta el doctor Cabello López; y esta misma Sala, en auto de septiembre 17 de 1981, aceptó ese desistimiento, condenó en costas al demandante y ordenó la devolución del expediente al Tribunal del Cesar (a fl. 125 del anexo número 3).

Estimó la Fiscalía que ese desistimiento produjo la ejecutoria de la sentencia de primera instancia; y que, por ende, los actos administrativos anulados por ésta desaparecieron de la vida jurídica; en otros términos, que las resoluciones de adjudicación ya fueron anuladas y que la fuerza de la cosa juzgada imponía su acatamiento.

La Sala no comparte esta apreciación y considera que la Fiscalía incurrió en un error al interpretar el alcance del artículo 342 del C. de P. C. Según esta norma el demandante puede desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al

proceso. Aquí se da exactamente la hipótesis de la norma. El desistimiento lo presentó el demandante doctor Cabello L. y aún no se había dictado la sentencia de segunda instancia, que era la que debía poner fin al proceso.

Al desistir el demandante renunció a las pretensiones de la demanda, con efecto de cosa juzgada en relación con la no nulidad de las resoluciones de adjudicación. Por su voluntad los actos comprendidos en la misma quedaron intactos; vale decir, como se expidieron originalmente. Si bien es cierto con la sentencia de primera instancia se inició la operación anulatoria, no es menos cierto que al desistir de la demanda la parte actora renunció a las prestaciones intentadas en la misma y las cosas volvieron al estado anterior, como si ni siquiera se hubiera presentado la demanda.

En otras palabras, ese desistimiento significó para el INCORA, parte demandada, sentencia absolutoria con efecto de cosa juzgada. No se declara este fenómeno como excepción porque cuando se expidió la Resolución 2402 de 11 de mayo de 1981, revocatoria de las resoluciones de adjudicación, aún no se había producido el desistimiento de la acción, el que se aceptó el 17 de septiembre de ese mismo año.

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

*Falla:*

Anúlase la Resolución 2402 de 11 de mayo de 1981, dictada por el subgerente jurídico del INCORA, pero sólo en cuanto revoca las Resoluciones de adjudicación números 0654 de 29 de octubre de 1976, 0312 y 0327 de 25 de febrero de 1977, hechas, en su orden, a favor de la señora Leticia Bayona de Villareal, José Antonio Mejía Campelo y Gabriel Antonio Carmona García.

Como consecuencia, declárase que las resoluciones aludidas no han perdido su eficacia y conservan toda su vigencia.

Cancélese el registro de la Resolución número 2402 aquí anulada y háganse las demás anotaciones de rigor.

Cópiese y notifíquese.

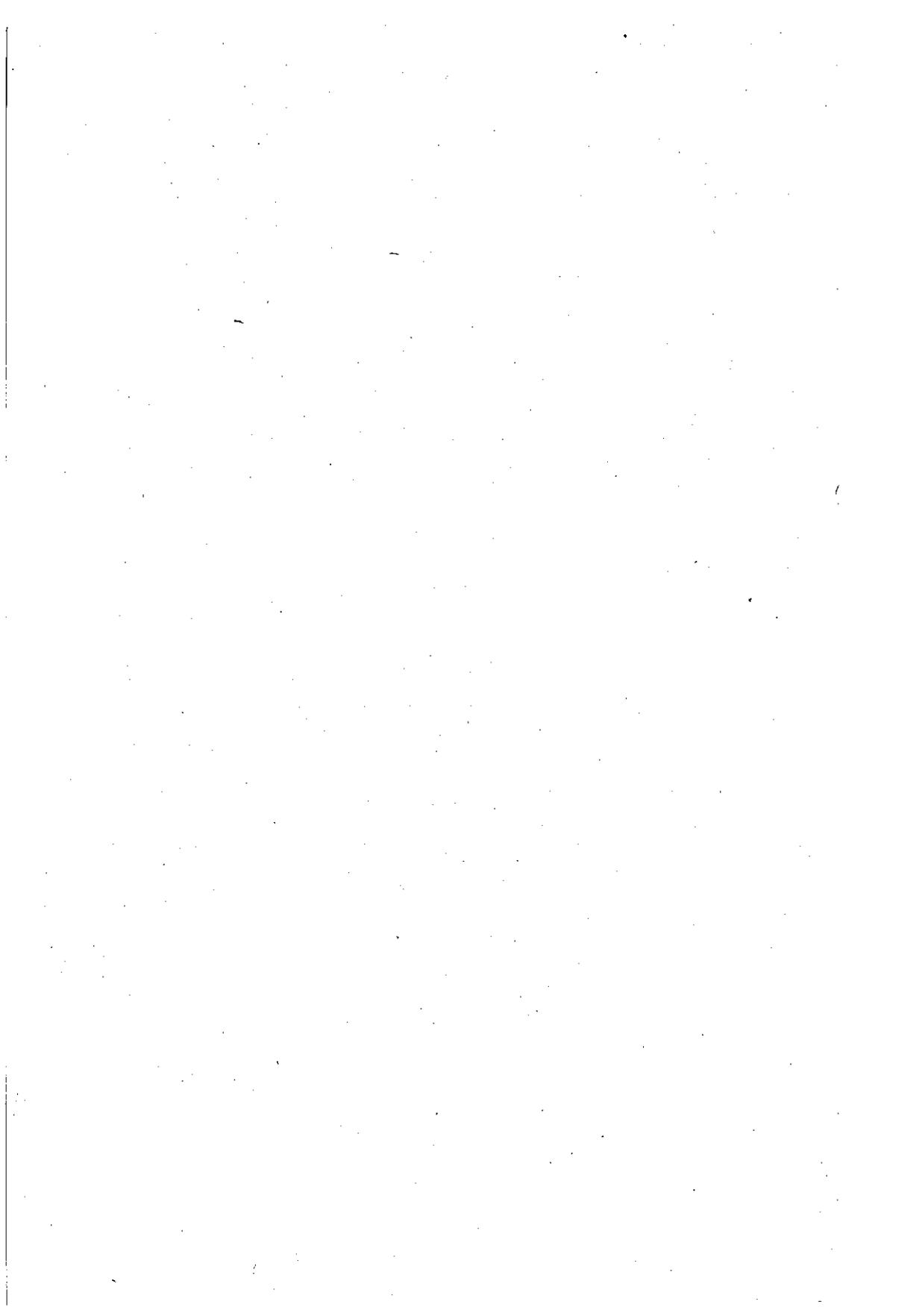
Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 15 de diciembre de 1989.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.



**CAPITULO XI**  
**SUSPENSION ACTOS**  
**AUTORIDADES NACIONALES**



**CARRERA JUDICIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALÍAS - Administración**

*Para la administración de la carrera la autoridad suprema corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación y, por otra parte que el Procurador Delegado para el Ministerio Público tiene señalada la función específica de aportar el apoyo técnico, administrativo y operativo. La delegación hecha al Procurador Delegado por el Procurador General para la calificación de servicios de los Fiscales constituye un desconocimiento evidente del precepto legal.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 4232. Acción de nulidad. Actor: Jaime Alfonso Jiménez.

Admítase la demanda promovida por el doctor Jaime Alfonso Jiménez, quien obra en su propio nombre para solicitar la nulidad “de los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la Resolución 124 de diciembre 6 de 1988: ‘Por medio de la cual se revoca directamente la Resolución número 91 de agosto 25 de 1988 y se delega la función de la calificación de servicios de los Fiscales’, proferida por el señor Procurador General de la Nación” (fl. 3).

Para su trámite, se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Fiscal Quinta de esta Corporación y al señor Procurador General de la Nación.

2. Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos pertinentes.

3. Solicítense a la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación los antecedentes administrativos.

*Suspensión provisional:*

1. Se solicita suspensión provisional de las disposiciones enjuiciadas por cuanto "la violación de las normas superiores antes citadas, por parte del acto acusado es manifiesta y flagrante, puesto que puede ser apreciada mediante una sencilla comparación a simple vista, sin necesidad de acudir a profundas reflexiones o complicadas interpretaciones jurídicas".

Se formulan, en respaldo de la pretensión, los siguientes planteamientos:

1. "Al consagrar la Constitución Nacional que la ley establecerá la Carrera Judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que aspiren a desempeñar los cargos judiciales y el Ministerio Público, es claro que es al legislador a quien corresponde reglamentar y señalar los sistemas de concurso, como también crear el organismo u organismos que dirijan, coordinen y den aplicación a estas normas (art. 162 de la C. N.)".

2. En desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República mediante Ley 52 de 1984, el Presidente de la República expidió el Estatuto de la Carrera Judicial, Decreto 0052 de enero 13 de 1987, donde se crea el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías como "el máximo administrador", y se atribuye al Procurador Delegado para el Ministerio Público la función de prestar el apoyo técnico, administrativo y operativo para desarrollar los programas y políticas que fije el Consejo (art. 104).

3. Del Consejo forman parte el Procurador General y el Procurador Delegado para el Ministerio Público, además de representantes de los Fiscales y de los empleados de Fiscalías y al mismo corresponde, como máximo administrador de la Carrera, expedir las disposiciones necesarias para desarrollar y aplicar el Estatuto de la Carrera, "sin que ninguno de sus miembros pueda aislada e individualmente reglamentar las normas contenidas en el Decreto 0052 de 1987 (numerales 1 y 6 del art. 107 del Decreto 0052)".

4. Dado que al Procurador Delegado corresponde coordinar las labores de los Fiscales y cuidar de que ellos y sus subalternos desempeñen fielmente sus cargos, no tiene la calidad de "respectivo superior funcional" y, por ende, tampoco el "propio conocimiento" que exige el Estatuto para la calificación de servicios.

5. "Al delegar al señor Procurador General de la Nación la calificación de servicios y al establecer el procedimiento que se debe observar, ejerce la potestad reglamentaria que exclusivamente compete al Presidente de la República (numeral 3º del art. 120 de la C. N.) y, además, sustituye al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías en sus funciones y deroga normas sin tener competencia para ello" (fls. 15-19).

En el texto de la demanda, invoca el accionante, como normas superiores infringidas por el acto acusado, los artículos 162 y 120, numeral 3º, de la Carta y 47, 48, 104, 107 y 108 del Decreto 0052 de 1987 (fls. 7 a 15).

Al exponer el concepto de la violación de estas normas, discurrió el accionante con los argumentos que a continuación se sintetizan.

1. Disponiendo el artículo 162 de la Constitución que la ley establecerá la Carrera Judicial y señalando el Decreto 0052 de 1987 cuál es el órgano administrador de la Carrera, el Procurador General de la Nación carece de competencia para desplazar y sustituir al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías en el ejercicio de las funciones que a éste competen, particularmente la de dar aplicación a las normas que regulan la Carrera.

2. La delegación que hace el Procurador General en el Procurador Delegado para el Ministerio Público de la calificación de servicios de los Fiscales y el "establecer que los factores de calidad del trabajo y la actualización de conocimientos" sean calificados con la colaboración de los Fiscales de los tribunales, implica un ejercicio indebido de la potestad reglamentaria, que sólo al Presidente de la República corresponde.

3. Según el artículo 47 del Decreto 0052 de 1987, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos de los funcionarios y empleados judiciales corresponde a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales y la de conducta, organización y rendimiento a la *Procuraduría General de la Nación*, la que, además, calificará todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las Fiscalías.

Dado que el Ministerio Público, según sentencia de la Corte de octubre 9 de 1986, "no constituye una entidad ni ha sido concebido por la Constitución como organismo jerarquizado, sino que corresponde a una función estatal ejercida por entidades distintas", la calificación de servicios compete a "quienes *funcionalmente* tienen un conocimiento directo de la actividad que desarrollan los Fiscales como Agentes del Ministerio Público, pues la frase, 'a la Procuraduría General de la Nación' fue declarada inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de junio de 1987".

4. El acto acusado constituye aplicación indebida de los artículos 34 y 35 del Decreto 521 de 1971, pues, si bien el Procurador General tiene facultad de redistribuir las funciones señaladas en las disposiciones vigentes y determinar las funciones especiales de cada uno de los empleados, no está facultado para *redistribuir* las atribuciones que la ley confirió al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, "que no es un órgano dependiente del señor Procurador sino el máximo órgano administrador de la Carrera".

5. Compete al Procurador General, según el artículo 16 del Decreto 521 de 1971, coordinar las labores de los agentes del Ministerio Público, cuidar que éstos y sus subalternos desempeñen fielmente sus cargos y promover que se les exija responsabilidad por las faltas que cometan, pero como superior funcional debe calificar a los Fiscales de los tribunales, como deben éstos calificar a los Fiscales que ejercen cargos de Carrera, previa regulación expedida por el máximo órgano administrador, el Consejo Superior.

6. El Procurador Delegado para el Ministerio Público tiene, por mandato del artículo 104 del Decreto 0052, la función específica de prestar el apoyo técnico, administrativo, operativo para que las políticas y programas del Consejo Superior tengan real y eficaz ejecución.

7. Los Fiscales de los Juzgados de Orden Público no pueden ser evaluados a través de la calificación de servicios, pues, habiendo sido creados por normas de emergencia (Decreto 1631 de agosto 27 de 1987, en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, por el que se declaró el estado de sitio), sólo tienen existencia mientras dure turbado el orden público y no pueden ser cargos de carrera, dado su carácter transitorio.

8. El atribuir al Procurador Delegado para el Ministerio Público la calificación de los servicios quebranta ostensiblemente los incisos 8º y 9º del artículo 48, según el cual "la calificación se fundará en el propio conocimiento y apreciación y en los resultados de las visitas reglamentarias...". No tiene él directamente el "propio conocimiento" requerido para la calificación de todos los Fiscales inscritos en la Carrera, que exige aplicación del principio de intermediación.

9. Al reglamentar el Procurador General el sistema de calificación de servicios de los Fiscales, asume una función aislada de "administrador" de la Carrera, la que por mandato superior corresponde al Consejo Superior y, al hacerlo, viola el artículo 104 del Decreto 0052.

10. Es claro que, si entre las funciones del Consejo Superior, están las de "fijar las políticas y programas para las convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la Carrera" y "formular la política de capacitación, para los concursos de selección y los concursos de ingreso a la Carrera y para la conformación de listas", y, por otra parte, la calificación de servicios tiene como fines los de "determinar el ingreso, permanencia o retiro del servicio y del escalafón de la Carrera" y "determinar su participación en los cursos y concursos de ascenso", sólo al Consejo compete formular y determinar el procedimiento que se debe observar para dar aplicación a las normas correspondientes, "sin que le esté permitido al señor Procurador apoyarse en normas distintas a las contenidas en el Decreto 052 de 1987, para reglamentar la forma como se debe realizar la calificación de servicios" (fls. 5-14).

II. En el acto acusado, la Resolución 124 de diciembre 6 de 1988, el Procurador General de la Nación, con invocación de facultades

constitucionales y legales de que tratan los artículos 142 de la Constitución Nacional, 34 y 35 del Decreto 521 de 1971, 47 del Decreto 0052 de 1987 y 69 del Decreto 01 de 1984 y estructurando la motivación en las mismas normas, dispone en los artículos 2º a 6º, que son los acusados, lo siguiente:

*“Artículo 2º* Conforme lo prescrito en los artículos 44 a 53 del Decreto 0052 de 1987, delegar en el Procurador Delegado para el Ministerio Público, la calificación de servicios a los Fiscales de los Tribunales, Superiores, de Circuito, Especializados, de Orden Público y de Aduanas.

*“Artículo 3º* Para tales efectos, el Procurador Delegado para el Ministerio Público solicitará la colaboración de los Fiscales de los tribunales, cuando se trate de calificación de servicios de los Fiscales Superiores, de Circuito, Especializados, de Orden Público y de Aduanas, en cuanto respecta a la calidad del trabajo y la actualización de conocimientos.

*“Así mismo y para los efectos de la conducta, organización y rendimiento de dichos funcionarios, lo hará por intermedio de los Procuradores Regionales, los Jefes Seccionales y personal de su propia dependencia, siguiendo las pautas trazadas en el artículo 88 del Decreto 0052 de 1987.*

*“Artículo 4º* Conforme lo prescribe el artículo 48 del Decreto 0052 de 1987, la calificación a que se refiere esta resolución, se hará en los meses de abril y mayo de cada año.

*“Artículo 5º* Para los efectos de criterios, valor de las calificaciones y de sus resultados y los recursos que pueden impetrarse contra las decisiones que se tomen sobre esta materia, se aplicarán las normas contenidas en el Título V del Decreto 0052 de 1987.

*“Artículo 6º* La presente resolución rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que resulten contrarias a lo que en ella se dispone”.

El Estatuto de la Carrera Judicial trae en el Título XIII las normas que se refieren a la Carrera en las Fiscalías y establece concretamente en su artículo 104 que “la Carrera en las Fiscalías será administrada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el Procurador General de la Nación y los Fiscales, con el apoyo técnico, administrativo y operativo de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público y las Procuradurías Regionales”.

Se sigue de esta norma que para la administración de la Carrera la autoridad suprema corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación y, por otra parte, que el Procurador Dele-

gado para el Ministerio Público tiene señalada la función específica de aportar el "apoyo técnico, administrativo y operativo".

Esta sola norma da base suficiente para concluir que la delegación hecha al Procurador Delegado por el Procurador General para la calificación de servicios de los Fiscales constituye un desconocimiento evidente del precepto legal.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que conforme al artículo 47 del Estatuto, aplicable al Ministerio Público por remisión del artículo 108, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos "corresponde hacerla a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales", se cae de su peso que la delegación hecha por el Procurador General es contraria a este expreso mandato legal. No puede el Procurador General, en ejercicio de facultades conferidas por la ley para efectos específicos diferentes, cambiar, alterar o modificar las funciones que el Estatuto confiere expresamente a determinados funcionarios: Al Procurador Delegado le corresponde solamente servir de "apoyo técnico, administrativo y operativo", como el propio Estatuto lo puntualiza.

Cabe señalar, finalmente, que las normas que invoca el señor Procurador General de la Nación para expedir la resolución acusada "en uso de sus facultades constitucionales y legales", no dan para tanto, según lo hace notar el demandante. Basta leer el texto de aquellas para advertir, sin dificultad, que se salen del contexto previsto en el Estatuto de la Carrera Judicial.

En mérito de estas breves consideraciones y sin que ello pueda constituir un prejuzgamiento condicionante de la decisión final, es el caso de disponer la suspensión provisional solicitada, por darse los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En tal virtud, se decreta la *suspensión provisional* de los artículos segundo a sexto de la Resolución número 124 de diciembre 6 de 1988, expedida por el señor Procurador General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Miguel Antonio Perilla P., Secretario.*

constitucionales y legales de que tratan los artículos 142 de la Constitución Nacional, 34 y 35 del Decreto 521 de 1971, 47 del Decreto 0052 de 1987 y 69 del Decreto 01 de 1984 y estructurando la motivación en las mismas normas, dispone en los artículos 2º a 6º, que son los acusados, lo siguiente:

*“Artículo 2º* Conforme lo prescrito en los artículos 44 a 53 del Decreto 0052 de 1987, delegar en el Procurador Delegado para el Ministerio Público, la calificación de servicios a los Fiscales de los Tribunales, Superiores, de Circuito, Especializados, de Orden Público y de Aduanas.

*“Artículo 3º* Para tales efectos, el Procurador Delegado para el Ministerio Público solicitará la colaboración de los Fiscales de los tribunales, cuando se trate de calificación de servicios de los Fiscales Superiores, de Circuito, Especializados, de Orden Público y de Aduanas, en cuanto respecta a la calidad del trabajo y la actualización de conocimientos.

*“Así mismo y para los efectos de la conducta, organización y rendimiento de dichos funcionarios, lo hará por intermedio de los Procuradores Regionales, los Jefes Seccionales y personal de su propia dependencia, siguiendo las pautas trazadas en el artículo 88 del Decreto 0052 de 1987.*

*“Artículo 4º* Conforme lo prescribe el artículo 48 del Decreto 0052 de 1987, la calificación a que se refiere esta resolución, se hará en los meses de abril y mayo de cada año.

*“Artículo 5º* Para los efectos de criterios, valor de las calificaciones y de sus resultados y los recursos que pueden impetrarse contra las decisiones que se tomen sobre esta materia, se aplicarán las normas contenidas en el Título V del Decreto 0052 de 1987.

*“Artículo 6º* La presente resolución rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que resulten contrarias a lo que en ella se dispone”.

El Estatuto de la Carrera Judicial trae en el Título XIII las normas que se refieren a la Carrera en las Fiscalías y establece concretamente en su artículo 104 que “la Carrera en las Fiscalías será administrada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el Procurador General de la Nación y los Fiscales, con el apoyo técnico, administrativo y operativo de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público y las Procuradurías Regionales”.

Se sigue de esta norma que para la administración de la Carrera la autoridad suprema corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación y, por otra parte, que el Procurador Dele-

gado para el Ministerio Público tiene señalada la función específica de aportar el "apoyo técnico, administrativo y operativo".

Esta sola norma da base suficiente para concluir que la delegación hecha al Procurador Delegado por el Procurador General para la calificación de servicios de los Fiscales constituye un desconocimiento evidente del precepto legal.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que conforme al artículo 47 del Estatuto, aplicable al Ministerio Público por remisión del artículo 108, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos "corresponde hacerla a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales", se cae de su peso que la delegación hecha por el Procurador General es contraria a este expreso mandato legal. No puede el Procurador General, en ejercicio de facultades conferidas por la ley para efectos específicos diferentes, cambiar, alterar o modificar las funciones que el Estatuto confiere expresamente a determinados funcionarios: Al Procurador Delegado le corresponde solamente servir de "apoyo técnico, administrativo y operativo", como el propio Estatuto lo puntualiza.

Cabe señalar, finalmente, que las normas que invoca el señor Procurador General de la Nación para expedir la resolución acusada "en uso de sus facultades constitucionales y legales", no dan para tanto, según lo hace notar el demandante. Basta leer el texto de aquellas para advertir, sin dificultad, que se salen del contexto previsto en el Estatuto de la Carrera Judicial.

En mérito de estas breves consideraciones y sin que ello pueda constituir un prejuzgamiento condicionante de la decisión final, es el caso de disponer la suspensión provisional solicitada, por darse los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

En tal virtud, se decreta la *suspensión provisional* de los artículos segundo a sexto de la Resolución número 124 de diciembre 6 de 1988, expedida por el señor Procurador General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Miguel Antonio Perilla P., Secretario.*

**PERMISOS SINDICALES - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO / MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**

*No existen permisos sindicales permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos. Ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que correspondan al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental o episódica.*

*Reitera sentencia de 23 de septiembre de 1989, expediente 1116, actor: Fernando Ceballos Uriza.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.*

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 3902. Unica instancia. Suspensión provisional. Actor: Manuel Enrique González Parra.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el actor contra la providencia de enero 12 del año en curso, por la cual, en Sala Unitaria, se negó la suspensión provisional impetrada para el acto enjuiciado en este proceso (fls. 15-18 y 27-32).

Fue negada la medida provisoria con fundamento en la consideración de que “para determinar si los empleados públicos sindicalizados tienen o no fueros especiales que los diferencien del rango común que poseen los dichos servidores al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º del Decreto-ley 2400 de 1968 y 1º, 2º, 3º y 6º del Decreto 1950 de 1973, sería menester un estudio minucioso de otras normas que tal cosa contemplaran, lo que aleja la posibilidad de disponer una suspensión provisional con una mera comparación entre el acto administrativo acusado y los cánones que se dicen infringidos”.

Agrega la providencia:

“En cuanto hace a que el delegatario —en este evento, el Secretario General del Ministerio— no puede delegar en

un sindicato, persona de derecho privado, funciones propias de la delegación, también requeriría de profundos análisis acerca del tema, a fin de buscar la verdadera dimensión del fenómeno jurídico de la delegación de funciones en todos sus aspectos, lo que igualmente escapa a la orientación que debe guiar a la medida precauteladora de la suspensión provisional..." (fl. 17).

Objeta esta decisión el accionante, alegando que la resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público "viola ostensiblemente normas superiores como son los artículos 21 del Decreto 2400 de 1968 y 74 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, puesto que en ellos la ley sólo permite un permiso remunerado de tres días como máximo para los empleados públicos, y sólo cuando medie justa causa verificada por los superiores y sin que haya trabajo por parte del empleado es viable remunerarlo, o dicho en otras palabras, los empleados pueden solicitar permiso remunerado únicamente por tres días previa justificación y el acto acusado autoriza permisos 'remunerados permanentes', y además delega igualmente la facultad de concederlos en el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda" (fl. 27).

Refiriéndose al razonamiento de la providencia expresa:

"Según manifiesta el Magistrado sustanciador en el auto que niega la suspensión, se requiere un estudio minucioso. Este estudio minucioso no es necesario en el caso que nos ocupa, toda vez que se desprende fácilmente de los fallos y conceptos citados anteriormente que los empleados sindicalizados del Ministerio de Hacienda no tienen fuero especial.

"De la simple lectura de los artículos 1º y 2º del Decreto ley 2400 de 1968 y 1º 2º, 3º y 6º del Decreto 1950 de 1973, se deduce que la ley no hace distinción alguna para los sindicalizados, simplemente expresa quienes prestan sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

" .....

"En cuanto a la delegación del Secretario General del Ministerio en la Junta Directiva del Sindicato para la concesión de permisos, la resolución demandada viola ostensiblemente el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973; allí la ley faculta al jefe del organismo o a quien se haya delegado para conceder permisos remunerados hasta por tres días.

" .....

"Aceptando en gracia de discusión que el Ministro hubiera delegado esta función en el Secretario General, éste de ninguna manera podía a su vez subdelegarla en la Junta Di-

rectiva del Sindicato, toda vez que el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968 indica que a los Ministros les está prohibida la subdelegación de funciones que les han sido delegadas por el Presidente de la República, menos aún podía el Secretario General subdelegar funciones que ni siquiera habían sido delegadas en él" (fls. 27-32).

Se opone a la prosperidad de la súplica el apoderado del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, parte impugnadora, alegando que no hay norma exactamente aplicable a los permisos sindicales; que en aplicación del principio de integración normativa "por vía general según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y por vía especial conforme al artículo 19 del C. S. del T.", deben atenderse las disposiciones del Convenio número 135 de junio 2 de 1971 y de la Recomendación número 143 de la Conferencia General de la OIT; que la Sala Plena de la Corporación en sentencia de junio 16 de 1987 rectificó el criterio de la Sección Segunda expuesto en fallo de noviembre 7 de 1984; que las normas invocadas de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 no pueden ser violadas "por la sencilla y elemental razón de que no constituyen norma expresa ni reguladora del fenómeno de los permisos sindicales"; que, conforme al Convenio 87 de 1948, ratificado por la Ley 26 de 1976, las organizaciones gremiales tienen el derecho de organizar su administración y sus actividades sin que las autoridades administrativas puedan limitar o entorpecer tal derecho; que, según Actas de 1987 y 1988, el Gobierno nacional se comprometió a respetar los permisos sindicales existentes (fls. 103-109).

Para resolver, se considera:

En reciente sentencia la Sección Segunda de esta Corporación puntualizó sobre esta materia:

"Es claro, pues, que no existen permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos. Ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que correspondan al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episódica.

"Más aún, el permiso permanente implica una contradicción en sus propios términos. Dado que el permiso es por naturaleza algo incidental que interrumpe el curso normal de una situación establecida, que altera la regularidad de lo que de suyo tiene carácter permanente, es, por eso mismo, excepcional y de corta duración" (Sentencia de septiembre 23 de 1989, expediente número 1116, actor: Fernando Ceballos Uriza).

En la demanda se invocan los artículos 2º, 6º, 18, 21 y 22 del Decreto 2400 de 1968 y 58, 74, 77 y 79 del Decreto 1950 de 1973 para controvertir la legalidad del acto enjuiciado en razón de que, según aquellos, “la oportunidad para gozar del permiso remunerado radica única y exclusivamente en que medie, en cada caso particular, justa causa”, y “la duración máxima la señalan las normas citadas en tres (3) días” (fl. 9).

Este planteamiento es acertado y no requiere más que aquella “sencilla comparación” a que alude el artículo 152 del C. C. A. para conducir a la suspensión provisional.

La providencia que se revisa niega la medida provisoria porque “sería menester un estudio minucioso” para determinar si los empleados públicos sindicalizados tienen o no fueros especiales que los diferencien del rango común. Pero es claro que los permisos sindicales son permisos que se conceden a empleados públicos para ejercer funciones sindicales. Ahora bien, no estando consagrados tales permisos en la legislación nacional, forzoso es remitirse a los permisos comunes que prevé el artículo 21 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, por un término máximo de tres días. Esto implica, por deducción, que no pueden existir permisos permanentes. Y, como el acto enjuiciado autoriza *permisos permanentes*, lógico resulta el quebranto de tal norma.

Tanto en este aspecto como en el de la delegación o subdelegación hecha por el Secretario General del Ministerio a la Directiva Nacional del Sindicato para conceder algunos de tales permisos, es también obvia la violación de la ley, aparte de que, conforme al artículo 20 de la Carta, el citado funcionario está ejerciendo funciones de que carece.

En la sentencia a que arriba se hizo referencia, se puntualizó a este respecto:

“Evidentemente, el artículo 20 de la Constitución Política establece precisas lindes al ejercicio de la función pública al señalar que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes, lo mismo que los particulares, pero, además, ‘por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas’”.

De otra parte, el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968, al igual que el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973, señalan que para la obtención de un permiso remunerado debe mediar justa causa. No tendría razón de ser esta disposición si no fuera porque los permisos son otorgables sólo para casos concretos, individuales, singulares y no en forma indeterminada, anticipada o permanente, pues están sujetos a la restricción adicional de que, para cada caso, exista la debida justificación. No existen justificaciones hacia un futuro imprevisible y eventual.

Si la condición de ser directivo sindical no se superpone a la de empleado público, el empleado público que sea dirigente sindical sigue siendo empleado público, responsable de las funciones que corresponden al cargo de que es titular. Tanto es ello así que, si el funcionario deja de serlo, pierde *ipso facto* el carácter sindical que ostentaba.

Ahora bien, la función que debe cumplir el empleado oficial es la del cargo al que está vinculado, que es, al mismo tiempo, la que se remunera con fondos públicos. No puede existir mecanismo legal que pueda desnaturalizar este concepto, el cual es de la esencia de la noción de función pública.

Finalmente, no es concebible que el Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda delegar en una entidad de derecho privado una función pública ni que las actividades sindicales puedan asumir el carácter de función pública posible de ser ejercida por una entidad particular.

Y, si el propio Ministro no puede otorgar permisos permanentes (figura no prevista en la legislación), mucho menos puede hacerlo el Secretario General mediante delegación al organismo central del sindicato, según el viejo aforismo de que "*nemo plus jus in alium transferre potest quam ipse habet*".

Presupuestos los anteriores postulados, resulta forzoso revocar la providencia suplicada para decretar, en su lugar, la suspensión provisional.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

*Revócase* la providencia suplicada de doce (12) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y, en su lugar, se decreta la suspensión provisional de la Resolución número 489 de enero 25 de 1978, expedida por el Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Guillermo López Guerra, Conjuez.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**CARRERA JUDICIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Administración**

*Para la administración de la carrera, la autoridad máxima corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación de manera autónoma y, por otra parte, que a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público, no al Procurador General, le corresponde la facultad específica de brindar el apoyo técnico, administrativo y operativo de la misma.*

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

Referencia: Expediente número 4671. Autoridades nacionales. Actor: Jaime Alfonso Jiménez.

**I**

Por haber sido presentada en legal forma, tal como lo establecen los artículos 137, 138, 139 y 142 del C. C. A., *admítase* la demanda del ciudadano Jaime Alfonso Jiménez (C. C. 2.348.950 de Natagaima, Tolima; T. P. 29.663) contra los artículos 1º y su parágrafo; 2º y su parágrafo; 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y su parágrafo 9º y 10 de la Resolución número 150 de 1989 —26 de julio—, expedida por el señor Procurador General de la Nación, en virtud de la cual se dispone la calificación de servicios de los Fiscales, que en ejercicio de la acción de nulidad (art. 84, C. C. A.), ha sido incoada. En consecuencia, *se dispone:*

1º Notifíquese personalmente al señor Procurador General de la Nación.

2º Notifíquese al señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado.

3º Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos pertinentes.

4º Solicítense a la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación los antecedentes administrativos del acto acusado, si los hubiere.

## II

2.1. Solicita el actor, igualmente, la suspensión provisional de los efectos del acto enjuiciado por cuanto "la violación de las normas superiores antes citadas (arts. 162 y numeral 3º, de la Constitución Política; arts. 46, 47, 48, 104, 107, 108 y 113 del Decreto-ley 62 de 1987), por parte del acusado es manifiesta y flagrante, porque puede ser apreciada mediante una sencilla comparación a simple vista, sin necesidad de acudir a profundas reflexiones o complicadas interpretaciones jurídicas".

2.2. Se formulan, en apoyo de esta pretensión, los siguientes planteamientos, a continuación de la doble columna que trae el libelista para una mejor comparación entre las normas que se dicen violadas por las disposiciones del acto administrativo genérico demandado:

a) "Al consagrar la Constitución Nacional que la ley establecerá la Carrera Judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que aspiren a desempeñar los cargos judiciales y el Ministerio Público, es claro que al legislador a quien corresponde reglamentar los sistemas de concurso, sistemas condicionantes de la estabilidad o permanencia, causales de retiro, como también crear el organismo u organismos que dirijan, coordinen y den aplicación a estas normas, composición y funciones que pueden desarrollar (art. 162 de la C. N.)";

b) "En desarrollo de este ordenamiento constitucional inequívoco, el Congreso de Colombia, a través de la Ley 52 de 1984, revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de dos (2) años para: 'Artículos 1º..., 2º..., 3º Revisar, reformar y poner en funcionamiento el estatuto de la Carrera Judicial...', y, en ejercicio de estas facultades el Presidente expidió el Estatuto de la Carrera Judicial, Decreto-ley número 0052 de enero 13 de 1987, estableciendo las normas generales reguladoras de la carrera y creando específicamente los órganos que deben administrarla, señalando la forma como se integran y las funciones que le corresponde desarrollar, y en tratándose de los Fiscales y sus empleados creó el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías como el supremo y máximo órgano administrador (art. 104, Decreto-ley 0052 de 1987)";

c) "El Procurador General por sí mismo o a través de su Delegado, forma parte del Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías quien lo preside, y en él tiene asiento también el Procurador Delegado para el Ministerio Público, un representante de los Fiscales del Consejo de Estado, un representante de los demás fiscales y un representante de los empelados de las Fiscalías y a este organismo, como supremo y máximo administrador de la Carrera de las Fiscalías, a quien corresponde exclusivamente expedir las disposiciones necesarias para desarrollar y dar aplicación al Estatuto de la Carrera, sin que ninguno de sus miembros pueda en forma aislada e individual reglamentar las

normas contenidas en el Decreto-ley 0052 de 1987, ni menos acudir a normas distintas a las incluidas en el Estatuto de la Carrera para estructurar la motivación constitucional y legal de sus disposiciones insulares (numeral 1º del art. 107 del Decreto-ley 0052 de 1987)";

d) "De acuerdo a lo previsto en el artículo 47 del Decreto-ley 0052 de 1987, que se aplica también a los fiscales y empleados que ocupan cargos de la carrera, por remisión expresa del artículo 108 del Estatuto, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos corresponde hacerla: '...a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales...', y el superior funcional de los fiscales de tribunal lo es únicamente el señor Procurador General de la Nación y los fiscales de los tribunales lo son de los fiscales de los juzgados desde el punto de vista funcional, y por lo tanto, no puede el señor Procurador atribuir la calificación de estos factores a la Comisión designada en la resolución acusada, porque ellos no tienen el 'propio conocimiento', por no ser superiores funcionales, presupuesto en que debe fundarse la calificación de servicios, además, de que constitucional ni legalmente tiene facultad para modificar el Estatuto de la Carrera, porque las normas estructurantes de la motivación de sus disposiciones tienen aplicación en otros campos y actividades (arts. 47 y 108 del Decreto-ley número 0052 de 1987)";

e) "Al señalar expresamente el Decreto-ley 0052, en el inciso 1º del artículo 48, que en los meses de abril y mayo de cada año se debe proceder a la calificación de servicios, plazo imperativo e improrrogable, no puede el señor Procurador fijar otro plazo dentro del cual se realice este procedimiento, que es un deber de la administración, ni menos aún disminuir el período legal anual (12 meses) objeto de evaluación, reduciéndolo a siete meses, como equivocadamente lo prescribe la resolución acusada, y al modificar la ley, ejerce sin tener competencia, la potestad reglamentaria que exclusivamente le corresponde al Presidente de la República (numeral 3º del art. 120 de la C. N.), además, desplaza al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías en el ejercicio de sus funciones, por ser este órgano el máximo y supremo administrador de la carrera de los fiscales, sólo a él corresponde expedir las disposiciones que regulen y coordinen la realización de este sistema condicionante de la estabilidad o permanencia del inscrito en carrera o en período de prueba (inciso 1º, art. 48 del Decreto-ley 0052 de 1987)";

f) "La práctica de las 'pruebas' están previstas en el Estatuto de la Carrera, para la selección de personal elegible para el ingreso y ascenso en la carrera, elaboración y calificación de éstas que le corresponde al Procurador General de la Nación cuando se trate de los fiscales de los tribunales, pruebas que están excluidas de la calificación de servicios, porque los factores objeto de evaluación se encuentran taxativamente descritos en el artículo 48 del Decreto-ley 0052, y entre éstos no se ordena la realización de algún examen de conocimientos o práctica de prueba objetiva, y que éstas buscan 'medir la

adquisición de conocimientos y la posesión de habilidades o aptitudes', mientras que la calificación de servicios persigue medir la eficiencia desarrollada y demostrada por el calificado en el ejercicio del cargo durante el período objeto de evaluación, y al introducir como factor objeto de evaluación de servicios, adiciona la ley, sin tener competencia para ello y sustituye al Consejo de la Carrera de las Fiscalías en la función de regular este trascendental sistema condicionante de la estabilidad, porque la ausencia de dos calificaciones insatisfactorias le otorga 'vocación a la reelección' (arts. 46, 108 y 113 del Decreto-ley 0052 de 1987)".

### 2.3. También impetra el demandante:

"Como medida especial y teniendo en cuenta la violación de normas superiores, con el fin de evitar que se causen perjuicios en el lapso del día de la admisión de esta demanda, hasta que resulte el fallo respectivo, en forma respetuosa solicito de esa honorable Corporación ordenar en auto admisorio la *suspensión provisional* de las normas acusadas.

"No sobra anotar que el honorable Consejo de Estado, en providencia de fecha 30 de agosto del año en curso al admitir la demanda que el suscrito promovió para solicitar la nulidad de los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º de la Resolución número 124 de diciembre 6 de 1988 proferida por el señor Procurador General de la Nación, con ponencia del honorable Consejero Reynaldo Arciniegas Baedecker decretó la suspensión provisional de los artículos 2º a 6º de la resolución antes mencionada, Como quiera (sic) que la providencia en comento es extensa, en gracia de brevedad me permito anexar fotocopia de la misma.

"Así las cosas, considero que la solicitud de *suspensión provisional* que estoy haciendo en este libelo se ajusta a derecho si tenemos en cuenta que, al proferir el señor Procurador General de la Nación la Resolución 150 que estoy demandando violó flagrantemente mayor número de normas de las violadas con la Resolución 124 de diciembre 6 de 1988".

### *Para resolver, se considera:*

El llamado "estatuto de la carrera judicial" (Decreto-ley 0052 de 1987) trae en su Título XII las disposiciones que concretamente se refieren a la "carrera de las fiscalías" y en su artículo 104 indica que "la Carrera en las Fiscalías será administrada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el Procurador General de la Nación y los Fiscales, con el apoyo logístico, administrativo y operativo de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público y las Procuradurías Regionales".

Infiérese entonces, sin mayores lucubraciones, que para la administración de la "carrera", la autoridad máxima corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación de manera autónoma y, por otra parte, que a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público —no al Procurador General—, le corresponde la facultad específica de brindar el "apoyo técnico, administrativo y operativo" de la misma.

Esta sola norma es base suficiente para determinar y para concluir que la facultad que atribuye el acto administrativo acusado en los procuradores regionales, con el auxilio de los abogados asesores adscritos a esos despachos, en el caso de las fiscalías de tribunal superior, o con "la colaboración" de éstos "previa coordinación para su desarrollo y cumplimiento" (arts. 1º, 2º y 3º) para las visitas y para la posterior calificación de servicios, constituye un desconocimiento palpable y manifiesto del precepto legal mencionado. Y si a ello se agrega que si, al tenor del art. 47 del Decreto-ley 0052 de 1987, aplicable a la carrera de las fiscalías por reenvío del artículo 108 *ibidem*, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos "corresponde hacerla a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales", es de vero que no todos los fiscales tienen, de modo inmediato, por "superior jerárquico" al Procurador General, por una parte, amén de que tampoco puede, en ejercicio de facultades conferidas por la Constitución y por la ley para otros efectos específicos, cambiar, alterar o modificar las funciones que el Estatuto confiere expresamente a determinados funcionarios o cuerpos colegiados, como son el Procurador Delegado para el Ministerio Público (para servir de "apoyo técnico, administrativo", como el propio Estatuto lo puntualiza) y el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías del cual el Procurador General es miembro y lo preside, mas no es del mismo el único componente, como es obvio; y es claro que lo que dispone la Resolución número 150 de 1989 dispone en sus artículos 6º, 7º y 8º, quebranta ostensiblemente la competencia que el Decreto-ley 0052 de 1987 atribuye a la autoridad colegiada en cuestión, o sea, al Consejo Superior de la Carrera.

Por último, quepa recalcar que la motivación que trae el acto en el sentido de que por existir los presupuestos mínimos para realizar las calificaciones de servicios en los meses de abril y mayo que señala la ley, da lugar a disponer, por medio de la resolución acusada, a realizarlas durante el mes de agosto y septiembre de 1989, no es de recibo, dado que aquellos meses son los taxativamente señalados por la ley, y es innegable que no puede un acto administrativo, por más loables que sean sus propósitos, prolongar en el tiempo situaciones que aquella creó con toda precisión; y que los artículos 145 de la Constitución Política y los artículos 35 y 43 del Decreto 521 de 1971 que cita con el fin de precisar "sus facultades legales y constitucionales", se salen del contexto previsto en el Estatuto de la Carrera Judicial, como se aprecia sin dificultad al leer esos artículos invocados.

Impónese, por ende, disponer la suspensión provisional solicitada, advirtiendo sí, que la expedición de la resolución acusada no constituye violación del artículo 158 del C. C. A., puesto que su fecha es anterior a la del proveído que suspendió, también provisionalmente, los efectos de la Resolución número 124 de 1988 —6 de diciembre—, así mismo expedida por el señor Procurador General de la Nación con contenido semejante a la acusada en la demanda que ahora ha sido objeto de estudio.

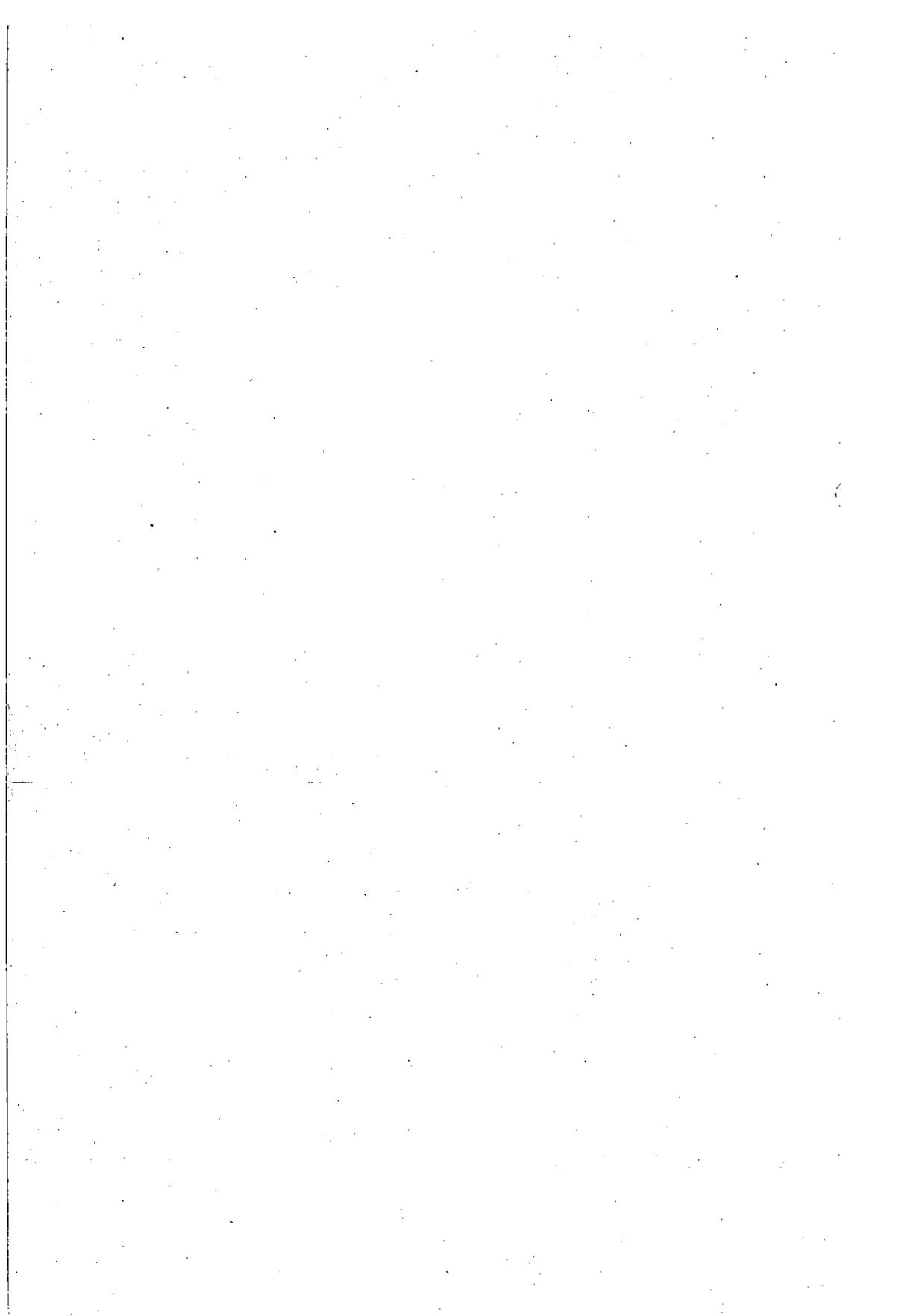
En tal virtud, *se resuelve*:

Decrétase la *suspensión provisional* de los artículos 1º y su párrafo, 2º y su párrafo, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y su párrafo transitorio, 9º y 10 de la Resolución número 150 de 1989 —26 de julio—, expedida por el señor Procurador General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Alvaro Lecompte Luna.*

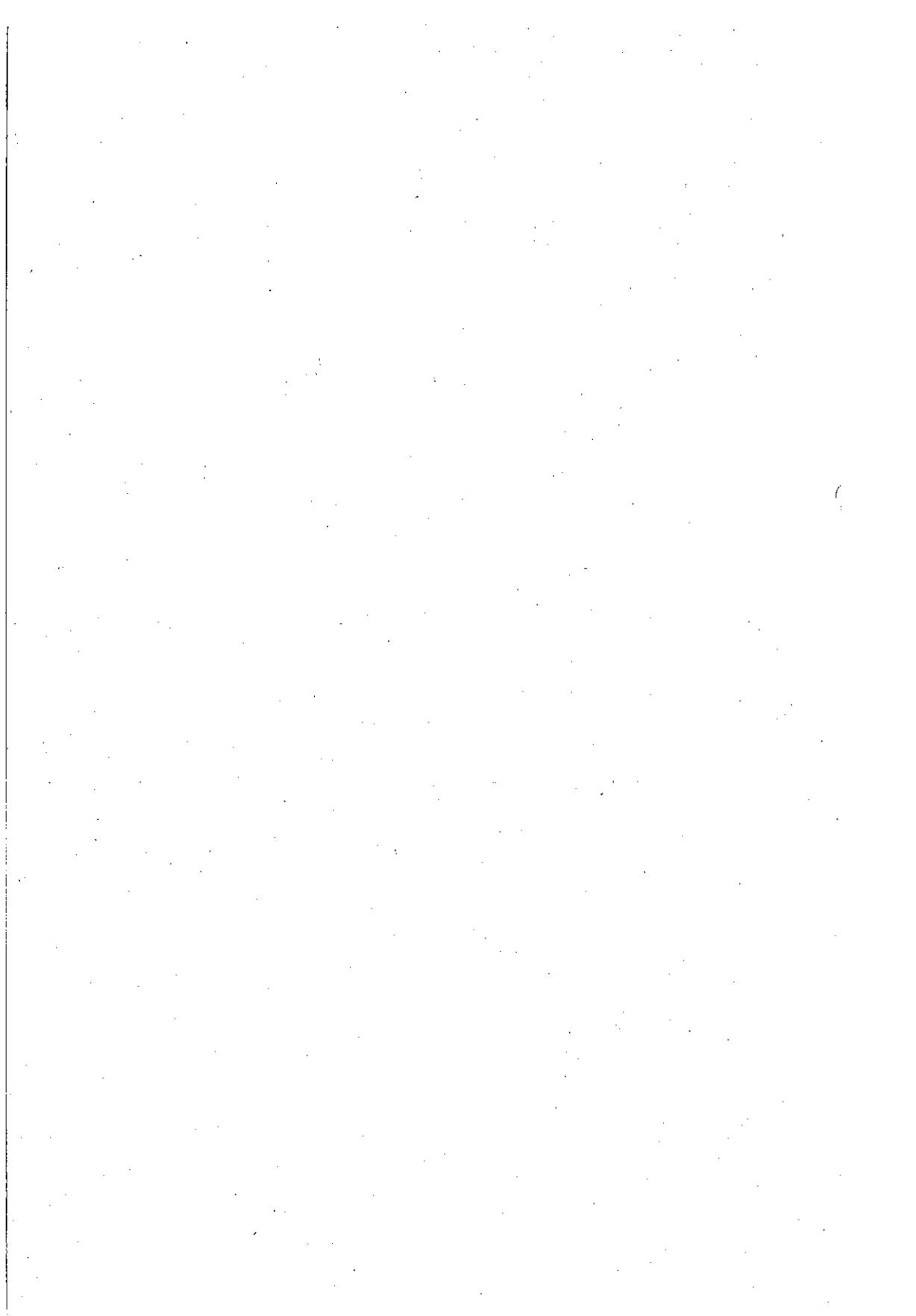
*Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.*



**CAPITULO XII**

**REVOCACION, SUSPENSION**

**AUTORIDADES NACIONALES**



## *PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD / PODER - Presentación*

*El recurso presentado oportunamente no pierde su eficacia, dado que la falla puramente adjetiva, como fue la de no haber acreditado con documento autenticado el mandato efectivamente conferido, quedó subsanada posteriormente, y se estableció con certeza la existencia del acto administrativo mediante el cual se otorgó dicho poder. En esta materia, el Consejo de Estado, ante omisiones de carácter adjetivo ha preferido la tesis permisiva o favorable más acorde con el principio de efectividad de los derechos sustantivos.*

## *ACTO DEFINITIVO / ACTO DE TRAMITE / SUSPENSION PROVISIONAL/CARRERA JUDICIAL-Bases del concurso*

*La decisión de convocar a concurso para ingreso a la carrera judicial, y señalar las bases del mismo es definitiva, por ende, si se pretendía obtener la suspensión provisional se ha debido invocar, dentro del ejercicio de la acción de nulidad, el artículo 152 del C. C. A.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.*

*Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.*

*Referencia: Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. Autoridades nacionales.*

La doctora Alicia Ramírez de Traslaviña diciendo actuar en ejercicio del poder conferido por el señor Ministro de Justicia interpuso oportunamente recurso de súplica contra el auto de 28 de marzo de 1989, por medio del cual la Consejera doctora Aydée Anzola Linares dispuso la suspensión provisional en prevención, del acto de convocatoria a concurso para el ingreso a carrera de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo número 002 de 13 de octubre de 1988.

*Fundamentos del recurso:*

Manifiesta la recurrente que el auto suplicado tiene sustento en la tesis de que se rompió la igualdad de oportunidades para los concursantes, preconizada en el artículo 1º del Decreto 052 de 1987, al excluir en la convocatoria a los Magistrados del Tribunal Superior que estén desempeñando el cargo en propiedad, de la prueba de conocimientos a que estaban sometidos los demás aspirantes al concurso.

Que se olvidó analizar el numeral 1º del literal b) del aparte 5 de la convocatoria en donde se dice que dichos conocimientos fueron evaluados a partir del rendimiento en el trabajo de acuerdo con el reglamento expedido para el efecto por la Sala de Gobierno de la Corte.

Que según el artículo 20 del Estatuto de Carrera Judicial las pruebas "pueden consistir en cuestionarios, test, cursos, concursos, entrevistas y otras que estimen pertinentes", y en consecuencia la Corte Suprema de Justicia estaba facultada para escoger como medio de evaluación de conocimientos, el análisis de las providencias emitidas durante año y medio de trabajo en el respectivo Despacho, teniendo en cuenta la capacidad o habilidad con que se aplican los conocimientos en el desarrollo de las funciones propias del cargo.

Afirma que no hay violación manifiesta de las normas que regulan el concurso ni se ha roto la igualdad; máxime cuando para establecer esa ruptura habría sido necesario analizar todas las convocatorias y ordenar las pruebas conducentes a establecer el alcance que la Corte le dio a la evaluación del "rendimiento en el trabajo".

Como se sostiene también en el auto suplicado que la providencia viola ostensiblemente el artículo 23 del Decreto 052 de 1987 al decir en el encabezamiento que ella se expide "con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia", argumenta la recurrente que de los artículos 20 y 23 del Decreto 052 de 1987 se desprende que es a la autoridad nominadora a la que corresponde la iniciativa de la definición de las bases de los respectivos concursos, las cuales se deben plasmar en las convocatorias que deben sujetarse a ellas. Ello explica por qué las convocatorias para los concursos que van a realizar la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son diferentes, puesto que el Consejo Superior de la Administración de Justicia tiene que acogerse a las bases que la respectiva autoridad nominadora le dé. Lo anterior no implica que el Consejo Superior pierda su función de control en el desarrollo de la Carrera Judicial porque está en capacidad jurídica de abstenerse de expedir la convocatoria si considera que ella es contraria al ordenamiento jurídico y a las políticas generales.

El acuerdo expedido por la Corte Suprema de Justicia fue elaborado conjuntamente por la Sala de Gobierno de la Corte y el Consejo

Superior de la Administración de Justicia, según se desprende de las actas que en copia auténtica se acompañan.

Para resolver se *considera*:

Es necesario analizar en primer término la viabilidad del recurso interpuesto.

Lo anterior se impone por cuanto a pesar de haber sido presentado oportunamente, la doctora Alicia Ramírez de Traslaviña no acreditó en esa oportunidad, con el documento auténtico correspondiente, su calidad de apoderada de la Nación. Lo hizo posteriormente, el 10 de abril de 1989, adjuntando copia auténtica de la Resolución número 576 de 28 de marzo de 1989, mediante la cual el Ministerio de Justicia le confirió poder para representar a la Nación en el proceso número 40-38 instaurado por el señor Jaime Horta Díaz.

Cabe preguntar entonces: El recurso debe considerarse interpuesto en la fecha en la cual se acreditó la representación? No lo cree así la Sala. En efecto, el recurso presentado oportunamente no pierde su eficacia, dado que la falla puramente adjetiva, como fue la de no haber acreditado con documento autenticado el mandato efectivamente conferido, quedó subsanada posteriormente y se estableció con certeza la existencia, desde el 28 de marzo de 1989, del acto administrativo mediante el cual se otorgó dicho poder.

En esta materia el Consejo de Estado, ante omisiones de carácter adjetivo ha preferido la tesis permisiva o favorable, más acorde con el principio de efectividad de los derechos sustantivos.

Se expresó así el Consejo de Estado, en auto de 3 de junio de 1970, con ponencia del Consejero doctor Andrés Holguín: "No hay disposición que impida estudiar el nuevo poder y, si se ajusta a las normas legales, aceptar la demanda así propuesta. Es más: El nuevo poder significa expresa o tácitamente, que la interesada ratifica lo hecho anteriormente por su apoderado, de modo que la situación analizada debe retrotraerse a la presentación de la demanda; y si ésta se ajusta a la ley, el poder, que ratifica lo actuado en cuanto lo confiere en debida forma, limitándose a especificar el acto impugnado, cumple también los requisitos legales, todo exige que la demanda sea admitida. El hecho de que se haya presentado con posterioridad a la demanda no puede llevar a calificarlo de ilegal".

Esta tesis es perfectamente aplicable al caso de autos y con mayor razón cuando el poder existía, no se trajo uno nuevo sino la prueba del ya conferido; y también por tratarse de una acción pública en la que puede intervenir cualquier persona. Aún en el caso de no considerar que la doctora Ramírez de Traslaviña hubiera recurrido el auto a nombre de la Nación, habría que admitirle el recurso como pre-

sentado en su propio nombre, ya que se encuentra suscrito por ella y cualquier persona estaba en capacidad de impugnar la providencia.

La copia auténtica de la resolución mediante la cual el Ministro de Justicia le confirió poder para representar a la Nación, traída a los autos el 10 de abril de 1989 antes de que se tomara una decisión acerca del recurso interpuesto, ratifica la actuación cumplida por ella a nombre de la Nación el 3 de abril de 1989.

Dilucidado este aspecto, procede la Sala a decidir, exponiendo al efecto lo siguiente:

El acto cuya suspensión provisional se solicita en prevención, haciendo uso por tanto de la figura consagrada en el artículo 153 del C. C. A., es la convocatoria hecha por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo número 002 de octubre 13 de 1988, para ingreso a carrera de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

La Sala advierte en primer término, que dicho acto no es de trámite o preparatorio, sino que tiene carácter definitivo.

La decisión de convocar a un concurso y señalar las bases del mismo es definitiva, es completa y perfecta en sí misma. Constituye sí, un paso, una etapa dentro de un proceso de selección de personal que va ser incorporado en la carrera.

La convocatoria, disposición de carácter general que al tenor del artículo 22 del Decreto 052 de 1987, "...es norma obligatoria y reguladora de todo el concurso..." no necesita actos subsiguientes para su perfeccionamiento y rige una vez divulgada.

Los actos que posteriormente se expidan, como el de calificación de los concursantes, contra el cual cabe recurso de reposición según el artículo 27 del mismo estatuto, y el acto de nombramiento de los elegibles y su posible inscripción en carrera judicial, no vienen a perfeccionar la convocatoria sino precisamente a observar sus mandatos.

En este orden de ideas, es preciso concluir que no era posible acudir al artículo 153 que consagra la figura de la suspensión provisional en prevención para actos de trámite, preparatorios o de ejecución, puesto que el controvertido es un acto definitivo.

Si pretendía el actor obtener la suspensión provisional, ha debido invocar, dentro del ejercicio de la acción de nulidad, el artículo 152 del C. C. A., para que en el auto admisorio de la demanda, se resolviera la solicitud de suspensión provisional, mientras se decidía en definitiva, en el fallo correspondiente, acerca de la legalidad del acto.

La improcedencia de la suspensión provisional en prevención, releva a la Sala del estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en súplica, y es suficiente para que se revoque el auto recurrido.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión

*Resuelve:*

Revócase el auto de 28 de marzo de 1989, mediante el cual la Sala Unitaria dispuso la suspensión provisional en prevención, del acto de convocatoria a concurso para el ingreso a carrera de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo número 002 de 13 de octubre de 1988.

En su lugar, declárase improcedente la suspensión provisional en prevención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Despacho de origen. Comuníquese.

*Alvaro Lecompte Luna, Pedro Charria Angulo, Conjuez, con salvamento de voto; Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**ACTO PREPARATORIO / SUSPENSION PROVISIONAL EN  
PREVENCION / CARRERA JUDICIAL (Salvamento de voto)**

*El acto acusado (decisión de convocar a concurso para ingreso a la carrera judicial), reviste nítidamente la condición de acto preparatorio, pues con la expedición del mismo se inició la actuación administrativa tendiente a la selección de los cargos para proveer las plazas de Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial.*

Referencia: Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. Autoridades nacionales.

Con el respeto debido a los honorables Consejeros integrantes de la Sala de Decisión, debo manifestar mi discrepancia con lo resuelto en la providencia dictada en este proceso el tres (3) de agosto del año en curso, pues en mi concepto ha debido confirmarse, el auto dictado por la Sala Unitaria, que dispuso suspender en prevención el acto del Consejo Superior de la Judicatura de 19 de octubre de 1988, por medio del cual se convocó a concurso para la provisión de cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, por las razones que resumiré a continuación.

*I. Procedencia de la suspensión provisional en prevención.*

La institución jurídica de la suspensión provisional en prevención fue consagrada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto-ley 01 de 1984) y aún cuando todavía se discute su naturaleza y alcances, la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ya ha precisado algunos de sus aspectos fundamentales, que sirven de apoyo para el análisis de la cuestión debatida en el presente caso.

En providencia de 13 de agosto de 1987 (Expediente 4986, Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo), la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo precisó que esta medida constituye un incidente autónomo, mejor denominado proceso cautelar especial, no accesorio de una acción de impugnación de un acto administrativo y diferente de la suspensión provisional que contra estos últimos es pertinente de acuerdo con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

El criterio anterior fue acogido por la Sección Primera en el auto de Sala Unitaria de 23 de marzo de 1988 (Expediente 830, Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado), agregando que, "...por tal razón en su definición es menester estudiar en el fondo todas las cuestiones que se hayan planteado, y analizar igualmente todas las probanzas que se han aducido para la demostración de los hechos sustentantes de las mismas".

Al desatar el recurso de súplica interpuesto contra la anterior decisión, la Sala de Decisión, en providencia de 10 de mayo de 1988 (Ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez), definió que el acto preparatorio o de trámite "tiene lugar dentro del marco de un procedimiento o actuación administrativa, siendo en su contenido una decisión que tiene por objeto y por efecto únicamente el impulso del citado procedimiento o actuación, con miras a la culminación del mismo, que habrá de plasmarse en el acto definitivo que le ponga término decidiendo sobre el fondo del asunto sobre que versa".

Agrega la Sala que el acto de trámite mira aspectos de procedimiento "pero es necesario su expedición habida cuenta en cada caso concreto del procedimiento previsto por la ley para llegar a aquella" y explica que "la necesidad o no de expedición de actos preparatorios dentro de una actuación lo predetermina la ley que regule la materia y ello lógicamente incide en la simplicidad o complejidad de los distintos procedimientos que informan las actuaciones de la Administración Pública".

Los lineamientos anteriores también aparecen reiterados en el auto de suspensión provisional en prevención, del denominado "Acuerdo de la Casa de Nariño", de 4 de abril de 1988 (Expediente 862, Ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo), confirmado por auto de 12 de mayo del mismo año, por la Sala de Decisión de la Sección Primera (Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado), de cuyas consideraciones conviene destacar las siguientes:

"Es bien sabido que al lado de los actos administrativos que son los que proveen sobre materias de esa índole y que son conocidos como actos definitivos, existen los actos que sirven de medio adecuado y son los denominados actos de trámite, que en ocasiones deciden de manera directa o indirecta el fondo de los asuntos o actuaciones, asumiendo en tales casos el carácter de definitivos, acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo según las voces del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo".

"Por manera que los actos de trámite *impulsan las resoluciones definitivas: Y son actos preparatorios igualmente los que integran un procedimiento administrativo, para una decisión final*" (el subrayado no es de la Sala).

Perfiladas así por la jurisprudencia las características de la suspensión provisional en prevención, no cabe duda al suscrito que el

acto acusado reviste nítidamente la condición de acto preparatorio, pues con la expedición del mismo se inició la actuación administrativa tendiente a la selección de los cargos para proveer las plazas de Magistrados de los honorables Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en un todo de acuerdo con las disposiciones del estatuto orgánico de la carrera judicial, contenidas en el Decreto-ley 052 de 1987.

En efecto, como lo señalan los considerandos del Acuerdo de 19 de octubre de 1988, emanado del Consejo Superior de la Administración de Justicia, este organismo hace uso de las atribuciones que le confiere el artículo 10 del precitado decreto, cuyo numeral 2º le confiere la facultad de "efectuar las convocatorias a concurso para la provisión de cargos de Magistrados de Tribunal y de empleados de la Corte Suprema de Justicia", previa la fijación de las "políticas y programas para convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera" (numeral 1º).

Cumplidos los trámites de calificación, corresponde al nominador la designación del ganador o ganadores según el número de cargos (art. 29 del Decreto 052 de 1987).

Resulta palmario entonces que los sucesivos pasos previstos por el legislador constituyen un todo armónico, que arranca con la convocatoria, que es "norma obligatoria y reguladora de todo concurso" (art. 22 *ibídem*) y finaliza con la provisión de los cargos, sin que puedan considerarse independientes unos de otros, vale decir, que constituyen un todo e integran un procedimiento encaminado a efectuar los nombramientos, como decisión final.

No encuentro consistente la tesis de la mayoría de la Sala, cuando califica la convocatoria como acto definitivo, no obstante admitir que "constituye, sí, un paso, una etapa dentro de un proceso de selección de personal que va a ser incorporado en la carrera".

Y si además, como lo señala con acierto la providencia suplicada, la transgresión de la ley en que llegue a incurrir la convocatoria, repercute necesariamente en caso de ser demandados, en la posible inconstitucionalidad e ilegalidad de los nombramientos efectuados con fundamento en aquella, los cuales, una vez verificados no serían susceptibles de impugnación, pues contra ellos no existen recursos por la vía gubernativa y sólo pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se reúnen a cabalidad las exigencias del artículo 153, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, conforme al artículo 29 del Decreto 052 de 1987, "en firme la calificación, *se procederá* al nombramiento del ganador o ganadores según el número de cargos" (subrayo), vale decir, que no es potestativo sino obligatorio al nominador efectuar los nombramientos, con la salvedad de no estar sujeto al "estricto orden de resultado", por haber sido declarada inexecutable esa parte de la dis-

posición en la sentencia de la honorable Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 25 de junio de 1987, con ponencia del honorable Magistrado doctor Hernando Rojas Otálora (Expediente 1587).

Contempló la ley el recurso contra los actos que determinan los aspirantes que pueden participar en el concurso y los resultados de quienes lo aprobaron (arts. 24 y 27 del Decreto 052 de 1987). Pero no contra los nombramientos mismos, impugnables sólo mediante acción de restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción.

Por lo expuesto, considero que resultaba pertinente estudiar el fondo de los planteamientos presentados por el actor y por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación, que por las razones expuestas en los escritos de demanda (fls. 12 a 16) y el visible a folios 29 a 31, respectivamente, deprecaron la suspensión provisional en prevención del acto acusado.

## II. *Inconstitucionalidad e ilegalidad de la convocatoria.*

El artículo 162 de la Constitución Nacional defirió a la ley el establecimiento de la carrera judicial, mediante la reglamentación de los "sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y del Ministerio Público".

Enseña la jurisprudencia constitucional de la honorable Corte Suprema de Justicia que "siendo objetivo de toda carrera la posibilidad de ascenso dentro de la misma con base en los méritos logrados en el desempeño de cargos inferiores y el ingreso a ella previa selección de los aspirantes según su preparación, es apenas natural que se establezcan medios y procedimientos para alcanzar esos fines. Tal como lo expresa el artículo 162 de la Constitución, es el legislador el competente para determinarlos" y agrega que "la designación de Magistrados y Jueces no es un acto discrecional sino reglado, sujeto a los requisitos que ella misma impone y a los que señale la ley cuando desarrolle la autorización constitucional de establecer la carrera judicial" (sentencia de 25 de junio de 1987, expediente 1587, Ponente: Doctor Hernando Rojas Otálora).

Además, la misma honorable Corte, al declarar inexecutable el inciso 2º del artículo 30 del Decreto 0052 de 1987 en sentencia de 5 de noviembre de 1987 del mismo ponente (Expediente 1701), expresamente consideró contrarias a la Carta las disposiciones de la carrera judicial que conlleven "un tratamiento inequitativo que elimina el pie de igualdad implícito en el sistema de selección mediante concurso al que hace referencia el artículo 162 de la Constitución Política", como ocurría con la disposición declarada inconstitucional, que en caso de empate, daba prelación al vinculado a la carrera sobre los no inscritos en ella, con mayor razón si se considera que la experiencia judicial ya se tiene en cuenta en la calificación de antecedentes, por mandato del inciso 1º de la misma norma.

Al descender al estudio del acto acusado, frente a las normas superiores contenidas en el Decreto 052 de 1987, se encuentra lo siguiente.

Conforme al artículo 21, inciso 2º del citado estatuto "todo concurso será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos".

De otra parte, fue voluntad del legislador extraordinario que el ingreso y ascenso en el servicio de la carrera judicial, asegurara la "igualdad de oportunidades" (art. 1º *ibidem*).

Así mismo, como atrás se expresó, corresponde al Consejo Superior de la Administración de Justicia, fijar las políticas y programas para convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la carrera, así como la de efectuar las convocatorias a concurso para la provisión de los cargos de Magistrados de Tribunal y de empleados de la Corte Suprema de Justicia (numerales 1º y 2º del art. 10 *ibidem*).

No sujetó la ley el paso de la convocatoria a la injerencia de las autoridades nominadoras, pues ninguna disposición del estatuto contempla tal intervención, como lo señala el señor Fiscal Cuarto de la Corporación y la providencia recurrida.

Por el contrario, a aquellas únicamente se les confirió "la realización y calificación de pruebas" (art. 20 *ibidem*) y la de coordinar con el Consejo Superior las fechas, modalidades y bases del concurso para efectos de la convocatoria, en el caso de producirse vacantes o estar ante la proximidad del vencimiento del período.

Tales poderes de ejecución de las pruebas y de coordinación, no pueden tener el alcance de suplir al Consejo Superior de la Administración de Justicia, hasta el punto que éste quede en total dependencia de las autoridades nominadoras, pues no otra cosa significa que el primero haya expedido la convocatoria "con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia", como reza el encabezamiento del acto demandado y lo corrobora la circunstancia de que su texto es idéntico al que consta en el Acuerdo número 002 de 13 de octubre de 1988, emanado de la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia, incorporado en el plenario a folios 7 a 11.

Tal sujeción entraña una inequívoca subordinación del Consejo Superior a los lineamientos trazados por la autoridad nominadora, en este caso la honorable Corte, que bien puede considerarse conveniente para que la carrera judicial cumpla plenamente sus objetivos, pero que no es permisible dentro de la actual preceptiva legislativa, mientras no se introduzcan las reformas correspondientes al estatuto vigente.

Se observa además, que tampoco se respetó la "igualdad de oportunidades", pues si bien el artículo 20 del Decreto 0052 de 1987 señala

que las pruebas pueden consistir en cuestionarios, test, cursos, concursos, entrevistas y "otras que estimen pertinentes", debe interpretarse que a ellas deben poder acceder tanto los funcionarios vinculados al servicio como los que se encuentran fuera de él y que deben ser las mismas para unos y otros, a fin de precaver, dentro de una sana hermenéutica, el cumplimiento del principio rector de la carrera, arriba mencionado.

Ocurre que el acto demandado exceptúa del examen de conocimientos a "quienes estén desempeñando en propiedad el cargo de Magistrado de Tribunal Superior" y lo sustituye por un análisis de "rendimiento en el trabajo", cuya reglamentación tampoco la contiene la convocatoria sino se defiere a la Sala de Gobierno de la honorable Corte.

De acuerdo con el puntaje establecido, los honorables Magistrados que ocupan las plazas en propiedad, parten de 60 puntos y la evaluación de su labor les permite aspirar a obtener hasta 40 más, para llegar al tope máximo de 100.

Todos los demás, al tener que presentar el examen de conocimientos, parte de 0 puntos y si no obtienen el mínimo de 60 en la calificación para ser aprobados, quedan excluidos automáticamente. Y aún les resta por obtener los 40 adicionales, conforme a los resultados finales de la prueba.

Lo anterior no coloca en igualdad de condiciones a los honorables Magistrados que ocupan cargos en forma interina o provisional, ni tampoco a los jueces, pues a unos y otros bien podría la autoridad nominadora analizar su rendimiento en el trabajo, a través de las providencias judiciales dictadas por ellos.

Es igualmente ostensible la desigualdad frente a quienes no pertenecen a la Rama Judicial, pero que gozan de pleno derecho para acceder a la carrera, pues por imposibilidad lógica, a ellos no se les puede tener en cuenta el rendimiento en el trabajo, si éste resulta de la función de administrar justicia.

Es importante aclarar que lo anterior es ajeno al factor de la experiencia judicial, que ordena tener en cuenta el artículo 30 del Decreto 0052 de 1987, con valor preponderante, en la calificación de antecedentes.

Tal elemento de juicio tiene su propia estimación en el acto acusado y otorga derecho a dos puntos por cada año de servicios, cuando se trata de funcionarios en propiedad en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, y un punto, por cada año de servicio en otros cargos, en la docencia o en el ejercicio profesional.

Dicha experiencia no está restringida entonces solamente a los honorables Magistrados que ocupan el cargo en propiedad al expedirse

la convocatoria, sino también la obtenida en otras posiciones de la rama o en actividades fuera de ella, pero relacionadas con la profesión del derecho, coetáneas o anteriores en el tiempo al momento en que aquella se produce. Y la diferencia de puntaje se explica a cabalidad, pues fue voluntad del legislador asignar a la primera una valoración preponderante.

Debo señalar, finalmente, en cuanto a las razones que tuvo la mayoría de la honorable Sala para aceptar la procedencia del recurso por razón de la personería de la apoderada del Ministerio de Justicia, que fue cuestionada por el demandante, mi conformidad con aquellas, por encontrarlas ajustadas a derecho.

*Pedro Charria Angulo, Conjuez.*

Bogotá, D. E., 8 de agosto de 1989.

**SUSPENSION PROVISIONAL / PRUEBA SUMARIA / CINE-  
MATOGRAFIA**

*Quien afirma el perjuicio debe demostrarlo, aunque sea en forma sumaria. La carga de la prueba compete a quien alega la ocurrencia del perjuicio.*

*REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en auto de mayo 19 de 1989, en relación con la Resolución 0434 proferida por el Comité de Clasificación de Películas del Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se prohibió la exhibición pública de la película "La última tentación de Cristo".*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1170. Demandante: Cinema International Corporation Ltda.

El señor Agente del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad conferida por el inciso segundo del artículo 154 del C. C. A., interpone recurso de súplica para ante la Sala de Decisión, a fin de que se revoquen los artículos 2º y 3º del auto admisorio de la demanda intentada por la sociedad Cinema International Corporation Ltda., contra las Resoluciones 0434, de diciembre 16 de 1988, y 0019, de enero 10 de 1989, proferidas, respectivamente, por el Comité de Clasificación de Películas y por el señor Viceministro de Comunicaciones. Mediante los actos administrativos nombrados se prohibió la exhibición, en todo el territorio nacional, de la película "La última tentación de Cristo".

Los artículos de cuya súplica se trata, son del siguiente tenor:

" .....

"Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

" .....

"Por las consideraciones anteriores, se resuelve:

" .....

"Segundo. Decretar la suspensión provisional de los actos acusados, esto es, de las Resoluciones números 0434

de 16 de diciembre de 1988 y 0019 de 10 de enero de 1989, del Comité de Clasificación de Películas, y la Resolución número 0220 de 16 de enero de 1989 dictada por el señor Viceministro de Comunicaciones, por medio de las cuales se prohibió la exhibición pública, en todo el territorio nacional, de la película *'La última tentación de Cristo'*.

*"Tercero.* La suspensión provisional aquí decretada se extinguirá pasados (30) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del proceso" (fls. 45 y 46).

#### *Antecedentes:*

1. La sociedad Cinema International Corporation Ltda., por intermedio de apoderado judicial, intentó demanda de nulidad contra las resoluciones ya relacionadas; en cuanto al restablecimiento del derecho, solicitó el actor se clasifique la película para su exhibición pública en todo el territorio nacional.

2. Presentada la demanda, el Consejero ponente procedió a admitirla y a suspender los actos administrativos mediante los cuales se había prohibido la exhibición de la cinta cinematográfica.

#### *Recurso de súplica:*

I. Notificado en debida forma el auto admisorio, el señor Fiscal Primero de la Corporación interpuso recurso ordinario de súplica para ante la Sala de Decisión que fundamentó en los siguientes términos:

a) De acuerdo con los términos del artículo 152 del C. C. A., en la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo acusado "deberá aparecer comprobado, además aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor" (fl. 90).

Pasa a continuación, el Ministerio Público a transcribir lo pertinente de la demanda y el auto admisorio de la demanda, en lo relativo a la solicitud de suspensión provisional, tras lo cual concluye que con ello se ha pretendido dejar cumplida la exigencia legal sobre perjuicio comprobado. De los elementos anteriores concluye que no se da cumplimiento de esta obligación;

b) El señor Fiscal afirma que la demanda da la impresión de que se tratara de simple nulidad pero que ello no es así porque el actor reclama el correspondiente restablecimiento del derecho, a consecuencia de la declaración de nulidad de los actos acusados. Para el mismo, y de acuerdo tanto con la ley como con la jurisprudencia, la compro-

bación sumaria del perjuicio “es el elemento esencial y prioritario para poderse decretar la suspensión provisional en estas acciones” (fl. 95).

Y a lo anterior agrega que “la mera enunciación de la demanda del ‘perjuicio que están sufriendo el productor, el distribuidor y el presunto exhibidor de la película’, no es bastante para cumplir con el imperativo de la prueba sumaria del perjuicio” (fl. 96);

c) En segundo lugar, el señor Agente del Ministerio Público, como expresamente lo reconoce, se refiere a otro punto que no es materia de la suspensión provisional, razón por la cual la Sala de Decisión se abstiene de considerar por las limitaciones legales que tiene en la decisión del recurso interpuesto.

II. En la oportunidad legal, el Ministerio de Comunicaciones, por apoderada judicial, también suplicó el auto admisorio con la base en falta de comprobación del perjuicio que le puede ocurrir o que ya le ocurrió al actor. Censura la afirmación del auto admisorio de que el perjuicio es de “evidencia inmediata”, “figura que no existe en nuestro ordenamiento jurídico”, aclara. A continuación agrega:

“Si se hubiera alegado el ‘hecho notorio’, cabría agregar que la notoriedad se predica de los hechos mas no del perjuicio que siempre requiere ser probado” (fl. 148).

#### *Consideraciones de la Sala de Decisión:*

A) En más de una ocasión, el Consejo de Estado ha insistido en la gravedad y rigor que la ley establece respecto del decreto de suspensión provisional de acto administrativo demandado, rigor y gravedad que se justifican ampliamente si se observan las circunstancias del decreto: a) Manifiesta violación del precepto de superior jerarquía normativa; b) Interrupción de la regla suprema de la *presunción de legalidad*; c) Suspensión de los efectos jurídicos del acto; y d) Transitoriedad de la medida, condicionada a la decisión jurisdiccional que pone fin al proceso.

En el sistema jurídico del país, la *presunción de legalidad* es una indiscutible institución legal que garantiza la eficacia administrativa. Todo acto proveniente de la Administración se halla amparado por la idea de que se somete íntegramente al orden jurídico; por ello, la doctrina moderna se ha mostrado reacia al ejercicio de la *excepción de ilegalidad*, figura que análogamente a la *excepción de inconstitucionalidad*, permitiría al funcionario que va aplicar una norma, dejar de hacer con el pretexto de que “parece ilegal”. Al funcionario sólo le compete cumplir las normas, no cuestionarlas e inaplicarlas.

En tratándose del ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la ley ha añadido una exigencia más: "*Deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor*" (art. 152, inciso 2 del C. C. A.) (subraya la Sala de Decisión). Los perentorios términos en que está concebido este precepto exigen una explicación.

Vale la pena observar en primer lugar, la expresión *además* que emplea el inciso. Sobre ella señala el *Diccionario de Uso del Español*, de María Moliner, lo siguiente:

"*además* (De 'más') Expresa que la acción del verbo a que afecta ocurre añadida a otra ya expresada".

Lo anterior indica a las claras que en las acciones de restablecimiento del derecho la suspensión provisional se condiciona a la ocurrencia de dos supuestos necesarios:

1. Violación manifiesta de una norma superior.
2. Prueba sumaria del perjuicio presente o futuro del actor.

En segundo lugar, debe agregarse que la redacción del inciso es copulativa, ya que se exigen los dos supuestos; no alternativa (que cumplido uno resulte innecesario el otro); ni discrecional, o sea, que queden al buen juicio del obligado probar o no.

En tercer lugar, conviene destacar que la ley exige comprobación sumaria del perjuicio. Según el *Diccionario de Uso del Español*, comprobar proviene de la misma raíz etimológica que probar. Acerca de su significado expresa:

"Buscar la veracidad o exactitud de un conocimiento o resultado obtenido antes".

Lo anterior implica que quien afirma el perjuicio debe demostrarlo, aunque sea en forma sumaria. Respecto de que debe entenderse por "prueba sumaria" es bueno traer a colación la noción que registra el Consejo de Estado en decisión reciente, recurriendo a la doctrina del profesor Antonio Rocha:

"La sumariedad de la prueba, en este caso, viene a significar prueba plena aunque no contradicha.

"Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce".

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de julio 28 de 1989, Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo).

Esto significa que la carga de la prueba compete exclusivamente a quien alega la ocurrencia del perjuicio. Por otra parte, no aparece en sitio alguno del proceso que el perjuicio que el actor alega en la solicitud tenga el carácter de *hecho notorio* que lo exima del probarlo. Como bien lo afirma el Ministerio de Comunicaciones en el recurso, notorios son los hechos pero el perjuicio vendría a ser un hecho indirecto que sólo afecta a quien lo alega, condición particular que le quita tal circunstancia su carácter de notorio. Porque si un hecho afecta sólo a una persona implica necesariamente que no afecta a las demás y por lo mismo no es notorio. Para el *Diccionario notorio* equivale a *acentuado, apreciable, claro, definido, distinto, manifiesto, marcado, observable, obvio, ostensible, palmario, palpable, patente, pronunciado, sensible, señalado, visible*, características que no se dan en el caso de autos.

Obsérvese a este respecto que ni siquiera en ejercicio de la presente acción de restablecimiento del derecho se pide reconocimiento de perjuicio alguno. De lo cual se deduce entonces que por lo mismo el actor por no estar interesado en ello tampoco se aprestó a demostrarlo.

B) Al proceso se allegaron nueve escritos en que otras tantas personas solicitan se las tenga como litisconsortes, coadyuvantes del recurso de súplica ya interpuesto o impugnadores de la demanda, a quienes se deben agregar tres miembros del Comité de Clasificación de Películas, dos de los cuales suscribieron los actos administrativos acusados por el actor.

Al respecto se considera:

Los peticionarios a que se alude coinciden en su solicitud de revocar la suspensión de lo decidido por el Comité de Clasificación de Películas, del Ministerio de Comunicaciones, con diversos argumentos. De los escritos se observa que los siguientes coadyuvantes alegaron, con el debido fundamento legal, la falta de comprobación de los perjuicios causados con la decisión administrativa. Ellos son: Luis Suárez Cavellier, Guillermo Romero García y José María del Castillo Abella, apoderado de algunos miembros del Comité de Clasificación. Por otra parte, se limitaron a presentar razones de índole moral y de conveniencia pero sin destacar la ausencia de la comprobación al menos sumaria del perjuicio los siguientes peticionarios: Carlos Corsi Otálora, Manuel Antonio Yepes, Alfredo Prada Contreras, Roberto Herrera Soto y José Joaquín Gori. En esta forma estima la Sala se ha dado cumplimiento a la consideración de lo alegado por los anteriores peticionarios.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera

*Resuelve:*

1. Revócase los ordinales segundo y tercero del auto proferido el día 19 de mayo de 1989. En consecuencia, declárase sin efecto la suspensión provisional decretada en relación con la Resolución 0434, proferida por el Comité de Clasificación de Películas, del Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se prohibió la exhibición pública de la película "La última tentación de Cristo", el día 16 de diciembre de 1988.

2. Reconócese personería a la doctora Consuelo Bohórquez Rodríguez, como apoderada judicial del Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con poder anexo.

3. Notificada la decisión, vuelva el proceso al Consejero sustanciador para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue aprobada y discutida en Sala de Decisión del día veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**TITULO II**

**ORDEN DEPARTAMENTAL**

**CAPITULO I**

**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES**



## FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL

*La competencia impositiva de las Asambleas es una facultad subordinada a la ley, y fue ésta la que desde el año de 1913 dispuso que esa facultad de las Asambleas para establecer y organizar impuestos debía referirse a aquellos que fueren necesarios para atender los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les de facultad expresa por la ley. CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 9º de la Ordenanza 21 de 1983 de la Asamblea de Santander, decretada en sentencia de octubre 5 de 1987 del Tribunal Administrativo de Santander.*

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

*Consejero ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2161. Apelación sentencia de octubre 5 de 1987, del Tribunal de Santander, en juicio de nulidad de la Ordenanza número 21 de 1983, emanada de la Asamblea Departamental de Santander. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Fallo.

El doctor Alfonso Gómez Castaño, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 solicita se declare la nulidad del artículo 9º de la Ordenanza 21 de 1983 de la Asamblea de Santander, el cual dice textualmente:

“Todo contrato sobre compra-venta, permuta, suministros, ejecución y/o mantenimiento de obras públicas, arrendamientos, comodatos, prestaciones de servicios, donación, concesión, publicidad y seguros, que celebren el departamento, sus entidades descentralizadas o sus municipios con personas naturales o jurídicas, llevarán estampillas de Previsión Social a razón de treinta pesos (\$ 30.00) por cada mil pesos (\$ 1.000.00) o fracción de su valor.

“Parágrafo. La prórroga, adición o novación de los contratos a que se refiere este artículo causarán el mismo valor”.

*La demanda:*

El actor fundamenta su petición en la violación de los artículos 43, 187 y 191 de la Constitución Nacional y del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal. Afirma que en dichas normas se precisa por vía general la extensión, el límite y la subordinación a la ley de las atribuciones propias de las Asambleas Departamentales y dentro de ellas "...no se halla incluida, ni directa ni indirectamente, la de gravar con el impuesto de estampilla o timbre los contratos que se efectúen con el departamento o con las entidades descentralizadas a sus municipios..."

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la competencia impositiva de las asambleas, subordinada a la Constitución Nacional y a la ley, y según la cual las asambleas sólo pueden crear impuestos cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos por ella establecidos.

Lo anterior por tratarse de corporaciones de carácter administrativo.

*Argumentos de la parte impugnadora:*

El señor apoderado del Departamento de Santander se opuso a la prosperidad de la demanda porque:

—El artículo 9º de la Ordenanza 21 de 1983 no está creando contribución alguna y simplemente la está actualizando, ya que la Ley 4ª de 1966 y su Decreto reglamentario número 1743 del mismo año ya habían creado la contribución ahora cuestionada.

—Siendo el Instituto de Seguro Social de Santander una entidad del orden departamental, se enmarca dentro de las entidades de derecho público con vocación legal para percibir lo producido por el gravamen creado por la Ley 4ª de 1966, y el acto demandado solamente actualiza los valores de dicha contribución.

—No existe norma alguna que expresamente prohíba a las asambleas departamentales para incrementar los valores de las contribuciones creadas por ley.

*La sentencia apelada:*

El Tribunal *a quo* anuló el acto demandado, por considerar que en el caso *sub judice*, se impuso un gravamen sobre objetos ya sometidos a impuesto por la Nación, ya que los contratos a que se refiere el acto demandado, están ya sometidos al impuesto previsto en la Ley 2ª de 1976, y por ello se configura la violación del numeral 3º del

artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, consagrado hoy en el numeral 1º del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986.

Se cita en la parte motiva de la sentencia, el fallo del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 1986, con ponencia del entonces consejero doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.

*El recurso de apelación:*

El señor apoderado del departamento interpuso recurso de apelación y al sustentarlo reiteró los argumentos planteados al impugnar la demanda.

*Concepto del Ministerio Público:*

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, en su concepto de fondo, manifiesta que debe confirmarse la sentencia recurrida por considerar válidos los argumentos que la fundamentan y porque a su juicio es claro que la soberanía tributaria se ejerce por el Congreso de la República quien no sólo determina los impuestos nacionales, sino los límites y condiciones para que las asambleas puedan regular lo relativo a sus propias contribuciones.

*Consideraciones de la Sala:*

Dentro del marco constitucional de centralización política y descentralización administrativa, la extensión de la competencia impositiva de las asambleas departamentales que surge del art. 191 de la Constitución Nacional, desarrollado por el artículo 97 numeral 3º de la Ley 4ª de 1913 y actualmente contenido en el artículo 62 numeral 1º del Decreto 1222 de 1986 ha sido precisada enfrente al artículo 43 de la misma Constitución Nacional, en varias providencias, reiterando las tesis que fueron ampliamente analizadas en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 24 de agosto de 1983 Expediente 10.728, ponente: doctor Ignacio Reyes Posada, *Anales Consejo de Estado*, segundo semestre 1983, números 479 y 480, páginas 645 y siguientes.

Se ha considerado que no puede haber tributación sin representación y que corresponde al legislador la competencia para crear impuestos y en cuanto se refiere a las asambleas departamentales se ha precisado que la competencia impositiva que les atribuye el artículo 43 de la Constitución Nacional debe entenderse limitada, de acuerdo con lo previsto por el artículo 191 de la Constitución Nacional que reza: "Las asambleas departamentales para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones, con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley" (se subraya).

Es decir que la competencia impositiva de las asambleas es una facultad subordinada a la ley, y fue ésta la que desde el año de 1913 (Ley 4ª artículo 97, ordinal 3º) dispuso que esa facultad de las asambleas para establecer y organizar impuestos debía referirse a aquellos que fueren necesarios para atender los gastos de la Administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley.

Dicha norma fue consagrada en el Decreto 1222 de 1986, artículo 62 numeral 1º y por ello puede afirmarse que los límites de la facultad impositiva de las asambleas son: que el tributo establecido no recaiga sobre objetos ya gravados o que la ley expresamente las autorice para gravar dichos objetos.

A la luz de los conceptos anteriores, se resuelve la controversia planteada en el caso de autos.

El acto demandado establece que todo contrato de compraventa, permuta, suministros, ejecución y/o mantenimiento de obras públicas, arrendamientos, comodatos, prestaciones de servicios, donación, concesión, publicidad y seguros, que celebre el departamento, sus entidades descentralizadas o sus municipios con personas naturales o jurídicas llevarán estampillas de previsión social a razón de \$ 30.00 por cada mil pesos o fracción de su valor.

Lo mismo dispone para las prórrogas, adiciones o novación de los citados contratos.

No existe norma de carácter legal que autorice a las asambleas departamentales para establecer un impuesto nuevo a través de las estampillas de previsión social como lo hace el acto demandado y por ello éste resulta violatorio del artículo 191 de la Constitución Nacional y del artículo 92 ordinal 3º de la Ley 4ª de 1913, hoy artículo 62 ordinal 1º del Decreto 1222 de 1986, en cuanto además de crear un impuesto no regulado por la ley, lo crea para objetos ya gravados como lo están con el impuesto de timbre, los contratos enumerados en el acto demandado.

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

*Falla:*

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACTO  
DE CARACTER GENERAL-Propiedad**

*No fue menester la expedición de un acto de carácter particular para que se afectara la situación del actor, y que el supuesto desconocimiento de derechos que él alega, provino directamente de un acto de carácter general como fue el que suprimió el cargo que ocupaba.*

**CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Estabilidad en el cargo/SUPRESION DEL CARGO**

*Cuando se expidió la ordenanza acusada el actor, aún cuando se encontraba ocupando el cargo, se hallaba en interinidad por vencimiento del período para el cual había sido designado, ya que no se había producido nuevo nombramiento en relación con el período iniciado el 1º de julio de 1985. Si el cargo se suprimió no se vulneró ningún derecho del actor que debiera respetarse.*

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

**Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.**

**Referencia: Expediente número 2844. Actos de las Asambleas. Actor: Oscar Puentes Villamizar.**

El Departamento de Santander y el señor Oscar Puentes Villamizar han interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 2 de julio de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de dicho departamento.

*Antecedentes:*

El señor Oscar Puentes Villamizar mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal la nulidad del artículo 2º de la Ordenanza número 07 de 25 de octubre de 1985 expedida por la Asamblea, por el cual se derogaron las Orde-

nanzas 01 y 08 de 1984, que habían creado el cargo de auditor ante la Contraloría Departamental y le habían atribuido funciones.

Como consecuencia de la nulidad, pidió se ordenara su reintegro al cargo de auditor ante la Contraloría Departamental, el cual venía desempeñando desde el 23 de octubre de 1984, y el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar, desde la supresión del cargo y hasta cuando se produzca el reintegro.

#### *La sentencia apelada:*

El Tribunal encontró que el artículo 2º acusado se había proferido en forma irregular ya que el proyecto inicial de ordenanza solamente contemplaba el otorgamiento de facultades al contralor departamental para modificar la planta de personal de la dependencia a su cargo, conforme lo indica el Acta número 5 de la sesión correspondiente al 9 de octubre de 1985.

Como la derogatoria de las Ordenanzas 01 y 08 de 1984 significaba la supresión del cargo de auditor ante la Contraloría, cuyo nombramiento y reglamentación de funciones eran ajenos por completo a esa dependencia, concluyó que el proyecto inicial había sido modificado ilegalmente, en contradicción con lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 29 de 1969, según el cual, todo proyecto de ordenanza debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo.

En consecuencia, dada la forma irregular como fue suprimido el cargo en cuyo acto de creación se había determinado un período igual al del contralor, el *a quo* ordenó a manera de restablecimiento del derecho pagarle al actor los sueldos y prestaciones dejados de devengar, hasta el vencimiento de dicho período el 30 de junio de 1987, declarando que no hubo solución de continuidad en el desempeño hasta esa fecha.

#### *El recurso del demandante:*

Tiene por objeto, que se provea en forma favorable a la petición de reintegro, sobre la cual no hubo pronunciamiento en la parte resolutive del fallo del Tribunal.

Fundamenta su petición en que así como el contralor cuando vence su período debe continuar en el cargo hasta cuando se posesione su reemplazo, lo mismo debe hacer el auditor para garantizar la continuidad en la marcha ordenada de la administración pública. Agrega que el artículo 16 de la Ley 3ª de 1986 unificó el período de los contralores departamentales indicando que comienza el 1º de enero de 1987 y por tanto la fecha señalada por el Tribunal es errada.

Que los efectos jurídicos de una sentencia no pueden limitarse mediante consideraciones atinentes a la incierta fecha de su ejecutoria como lo hace el Tribunal.

*El recurso de la parte demandada:*

Para sustentarlo se aduce: Que al crear el cargo de auditor ante la Contraloría Departamental se le fijó un período igual al del contralor. Que el artículo 122 de la Ley 4ª de 1913 prescribía que las denuncias sobre nulidad de ordenanzas no afectan los derechos constituidos conforme a ellas y durante su vigencia, y por tanto el señor Puentes Villamizar había adquirido el derecho a permanecer en su cargo por un período igual al del contralor departamental y la decisión de retirarse se produjo por su propia voluntad, sin que la administración se lo hubiera exigido. Que no existe entonces nexo de causalidad entre la ordenanza demandada y el perjuicio que el actor supone causado por la norma acusada. Que por tanto se ha condenado injustamente el departamento.

*El concepto fiscal:*

Se refiere únicamente al recurso interpuesto por el Departamento de Santander y concluye solicitando que se revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar se declare inepta la demanda, porque "la acción fue mal propuesta, en el sentido de pretender bajo el ejercicio de la acción del restablecimiento del derecho, la declaratoria de nulidad del acuerdo que es de carácter general, impersonal y abstracto, que en principio debe ser demandado por la acción de nulidad, y la del restablecimiento del derecho, sin que exista acto de desvinculación del empleo de carácter particular o concreto, tal como lo señala el artículo 85 del Decreto 01 de 1984. El artículo 2º de la Ordenanza número 7 de octubre 25 de 1985, no se puede tener como tal en razón de su naturaleza jurídica por ser de los llamados de carácter general. En consecuencia, se considera que la acción en el presente caso, fue mal propuesta.

La acción de nulidad como la de restablecimiento del derecho, tienen trámite diferente y están sujetas a reglas totalmente distintas, lo que las hace inacumulables, no pudiéndose admitir que so pretexto de la acción de restablecimiento del derecho, se proponga esta conjuntamente con la acción de nulidad. En efecto la acción contemplada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1985, está indicando que ésta se promueve la persona que busque la restauración de la legalidad y del orden jurídico, siendo por lo mismo, las dos acciones incompatibles entre sí".

Procede la Sala a desatar el recurso mediante las siguientes

*Consideraciones:*

Conviene analizar en primer término la procedencia de la acción interpuesta, para responder el planteamiento de la Fiscalía.

Ciertamente las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no son acumulables. A esta conclusión ha llegado invariablemente la jurisprudencia del Consejo de Estado.

También lo es, que en principio, la acción de nulidad procede contra actos de carácter general y la de restablecimiento del derecho contra actos de carácter particular o subjetivo que son los que en forma directa afectan los intereses de una persona determinada.

Pero al respecto es bien conocida la tesis que viene imperando en el Consejo de Estado desde hace varios años, según la cual, no es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión, el factor que determina la acción a intentar, sino el móvil o el fin que se persigue al formularla.

En el caso presente, la desvinculación del actor del empleo de auditor ante la Contraloría se derivó directamente de la supresión de dicho cargo, efectuada mediante un acto de carácter general, como fue la ordenanza que derogó las que lo habían creado y le habían asignado funciones.

Así las cosas, se observa claramente que no fue menester la expedición de un acto de carácter particular para que se afectara la situación del actor, y que el supuesto desconocimiento de derechos que él alega, provino directamente de un acto de carácter general como fue el que suprimió el cargo que ocupaba. No debe olvidarse que según la ley, el retiro del servicio se produce, entre otras causales, por supresión del cargo.

Es lógico entonces que contra ese acto de carácter general pueda interponerse la acción de restablecimiento del derecho, encaminada no sólo a que desaparezca de la vida jurídica sino a que se reparen los posibles perjuicios que a una persona determinada pudiera haber causado. Por ello no es atendible la petición de la Fiscalía.

En cuanto al fondo del asunto la Sala encuentra lo siguiente:

El señor Oscar Puentes Villamizar ocupaba el cargo de auditor ante la Contraloría Departamental —creado por Ordenanza 01 de 10 de octubre de 1984—, por un período igual al del contralor.

Según se afirma en la demanda y se demuestra con el acta correspondiente de la sesión de 16 de octubre de 1984, el señor Oscar Puentes fue elegido por la Asamblea Departamental, como auditor ante la Contraloría Departamental, en esa fecha.

Lo anterior indica que el nombramiento fue hecho para el resto del período pues el del contralor se había iniciado el 1º de julio de 1983, y expiraba el 30 de junio de 1985.

En este orden de ideas es preciso concluir que, cuando se expidió la ordenanza acusada —25 de octubre de 1985— aun cuando el señor Puentes se encontraba ocupando el cargo, se hallaba en interinidad por vencimiento del período para el cual había sido designado, ya que no se había producido nuevo nombramiento en relación con el período iniciado el 1º de julio de 1985.

Carecía por tanto del derecho a la estabilidad que reclama y podía haber sido reemplazado en cualquier momento, circunstancia que no fue advertida por el Tribunal ni por el Departamento de Santander.

Si el cargo se suprimió, con tal supresión no se vulneró ningún derecho del actor que debiera respetarse. Es obvio que no fue voluntario en su retiro; éste se imponía al desaparecer el empleo para el cual había sido designado, pero tal retiro no significó menoscabo de sus derechos, pues el de permanencia que es el alegado, no existía en esa fecha.

Siendo ello así, en manera alguna estaría llamada a prosperar la petición relacionada con el reintegro al cargo y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar.

Ahora bien: el artículo 2º de la ordenanza que suprimió el cargo de auditor ante la Contraloría Departamental de Santander al derogar las Ordenanzas 01 y 08 de 1984 es violatoria de las disposiciones invocadas en la demanda?

Observa la Sala que los argumentos fundamentales del libelo se refieren a la infracción del reglamento de la asamblea.

Sin embargo, mientras las disposiciones reglamentarias no hayan sido plasmadas en otras de superior jerarquía a las Ordenanzas no puede hablarse de causal de nulidad. En efecto, darle prevalencia a un artículo del reglamento referente a alteraciones del orden del día en una sesión, desconociendo la facultad constitucional y legal de la Asamblea para derogar Ordenanzas anteriores, resulta verdaderamente improcedente.

Además, no puede atacarse una Ordenanza por llevar un título que no tiene.

En cuanto a que todo proyecto de Ordenanza debe referirse a una misma materia, es precepto que está consagrado en la ley. Al expedir la Ordenanza número 7 de 1985, se proponía la Asamblea reestructurar la planta de personal de la Contraloría Departamental y para ello resolvió facultar al contralor.

Aun cuando el cargo de auditor creado por la Asamblea no figurara en la planta de personal de esta entidad —cuestión no demostrada en este proceso— la supresión del mismo, para lo cual la Asamblea tenía facultad, estaba indudablemente relacionada con la materia a que se refería dicha Ordenanza, es decir, la reestructuración de la Contraloría.

No encuentra por tanto la Sala violación de las normas invocadas en la demanda, ni menos sustento legal de la petición de restablecimiento del pretendido derecho del actor.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 2 de junio de 1987, dentro del proceso iniciado por el señor Oscar Puentes Villamizar.

En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Incompetencia.**

*En cuanto a situaciones administrativas del personal docente al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. Así lo ordenan el artículo 62 de la Constitución Nacional y el 76 ordinal 10 del mismo Estatuto.*

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2834. Actor: Cornelio Bastidas Cháves. Actos de las Asambleas.

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., Cornelio Bastidas Cháves, Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Pasto solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño declarar la nulidad de la Ordenanza 02 de octubre 16 de 1985, de la Asamblea Departamental de Nariño.

El Tribunal accedió a las súplicas impetradas y la sentencia que así lo dispuso —proferida el 11 de julio de 1986— vino al Consejo de Estado en grado de apelación, interpuesta por José Francisco Delgado Maya, uno de los impugnantes de la demanda.

Tramitada la apelación en legal forma y sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver mediante las siguientes

*Consideraciones:*

El texto pertinente de la Ordenanza demandada dice:

“ORDENANZA NUMERO 02 DE 1985  
“(octubre 16)

“Por la cual se reglamenta el personal docente de la Universidad de Nariño,

“La Asamblea Departamental de Nariño,  
“en uso de sus facultades legales,

“*Ordena:*

“*Artículo primero.* Los profesores de carrera de la Universidad de Nariño, son de dedicación exclusiva y de dedicación ordinaria.

“*Artículo segundo.* Son de dedicación exclusiva los vicerrectores, los decanos, los jefes de departamento, el director académico de los Consultorios Jurídicos, los investigadores y cualquier otro docente que ocupe cargos en la administración o que dedique toda su capacidad de trabajos de la universidad, quienes por consecuencia, tienen la categoría de empleados públicos.

“*Artículo tercero.* Los vicerrectores y los decanos no están obligados a tener carga académica, a menos que voluntariamente la acepten sin derecho a remuneración. La carga académica de los jefes de departamento será de ocho horas semanales, por lo menos.

“*Artículo cuarto.* Los docentes de la Universidad de Nariño que no sean de dedicación exclusiva, son de dedicación ordinaria.

“Los docentes de dedicación ordinaria tendrán una carga académica, entre doce y dieciséis horas semanales, asignadas de manera continua o discontinua, diurna o nocturna y se obligan a permanecer disponibles para la universidad entre veinte y treinta horas semanales en actividades propias de su especialidad. La dedicación ordinaria no impide el ejercicio profesional en la medida en que no se perjudique el servicio que los docentes prestan a la universidad.

“*Artículo quinto.* Los docentes que no pertenezcan a la carrera serán vinculados en la modalidad de hora cátedra por medio de la resolución rectoral y tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales señaladas para los profesores de la carrera, en proporción a la asignación que devenguen” (fls. 14 vto. y 15, cdno. antes.).

Los argumentos centrales contra dicho acto pueden resumirse así: que en virtud de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8ª de 1979, el Gobierno Nacional expidió normas para el escalafón docente, entre las cuales se encuentran las relativas a derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores al servicio de los establecimientos de educación superior; que el Decreto 80 de 1980, expedido en uso de las mencio-

nadas facultades, organizó el sistema de educación post-secundaria, aplicable también a las universidades departamentales en aspectos relativos a su organización y gobierno que no han sido declarados inexequibles; que en el señalado decreto se precisan las facultades de los Consejos Superiores de las universidades; que los ordinales 5º y 6º del artículo 187 de la C. N., facultan a las asambleas departamentales para determinar la estructura de la administración departamental pero a *iniciativa del gobernador*, previsión que no se observó en el acto acusado; que si bien las asambleas departamentales pueden reglamentar la prestación del servicio a cargo del departamento, el Decreto 80 de 1980 es norma de superior jerarquía a la ordenanza demandada; que corresponde al Congreso regular los otros aspectos del servicio público consagrados en los artículos 62 y 132 de la C. N., no sólo en cuanto a los servicios a nivel nacional sino de las entidades descentralizadas. Expuso ampliamente, al final de su alegato, la incompetencia de la Asamblea para proveer sobre la materia de que se ocupa el acto demandado.

Previamente a su decisión de fondo —favorable a las súplicas impetradas— el Tribunal, respondiendo argumentos de los impugnadores, reprodujo la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia calendada el 16 de marzo de 1982, mediante la cual declaró la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 80 de 1980.

La decisión del Tribunal se sustentó, esencialmente, en estos argumentos: “La inconstitucionalidad (de la providencia demandada) surge porque tal ordenamiento ordenanzal, debió surgir a la vida jurídica a iniciativa del gobernador, cuestión esta que no se hizo. La afirmación del agente del Ministerio Público al respecto, no fue desvirtuada por los impugnadores con la prueba pertinente y ni la Gobernación ni el secretario de la Asamblea Departamental cumplieron con la obligación procesal de contestar la demanda y de enviar los antecedentes relativos al proyecto de la ordenanza acusada, respectivamente... No está por demás advertir que de conformidad con la doctrina del Consejo de Estado, el término que emplea el numeral 6º del artículo 187 de la Constitución Nacional no solamente se refieren (sic) a que debe existir la iniciativa del gobernador para crear un establecimiento público, sino también para modificarlo, reglamentarlo o extinguirlo” (fl. 157, cdno. antes.). Similares observaciones hace el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado en su vista de fondo, que termina solicitando la confirmación de la sentencia apelada.

Como lo ha sostenido la Sala en decisión reciente —Expediente núm. 1117. Autoridades departamentales. Actor: Rodolfo Noel González Díaz, sentencia de 1º de septiembre de 1989—, si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 13 de mayo de 1980 y 16 de marzo de 1982, declaró inexequibles algunas normas de la Ley 8ª de 1979 —por la cual se concedieron al Ejecutivo las facultades extraordinarias que le permitieron expedir el Decreto 80 de 1980—, y otras de este decreto, ello obedeció a que tales disposiciones, o no

se referían a facultades precisas como lo exige el ordinal 12 del artículo 76 de la C. N., o pretendían usurpar facultades privativas de las Asambleas y de los Concejos en materia de creación y organización de universidades; es decir, tenían que ver con el estatuto orgánico.

Pero en cuanto a situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. Así lo ordenan el artículo 62 de la C. N., y el 76 ordinal 10 del mismo estatuto.

No podía la Asamblea de Nariño disponer, válidamente, sobre la materia de que se ocupó en el caso aquí controvertido.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, acerca de la competencia de Asambleas y Concejos y la que corresponde al Congreso, se expresó así: "No encuentra la Corte, por el contrario, reparos a lo dispuesto por el ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 8ª referente a las normas sobre escalafón nacional, pues se trata de una competencia perteneciente a las autoridades nacionales, ya que la reglamentación del Escalafón Nacional se refiere al ejercicio profesional de los educadores, materia atribuida a la ley por el artículo 39 y, en tanto éste sea aspecto de carrera administrativa, por el artículo 76 ordinal 10".

La materia reglamentada por la ordenanza acusada, es decir, la forma de vinculación de los profesores, su jornada de trabajo, sus incompatibilidades, se encuentra regulada ya por el Decreto 80 de 1980, que en estos aspectos es perfectamente aplicable a las universidades en el orden departamental y municipal, como se desprende claramente de las normas constitucionales invocadas en la demanda y analizadas por la Corte Suprema de Justicia en el párrafo que se transcribe.

Siendo las ordenanzas de inferior jerarquía, la acusada no podía modificar ni contrariar lo dispuesto al respecto por el Decreto 80 de 1980, que en sus artículos 93 y siguientes regula lo concerniente a la forma y naturaleza de vinculación de los docentes universitarios, a su jornada de trabajo, a sus incompatibilidades, etc.,

No pretende el acto acusado hacer la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales; clasificación que puede ser hecha en los estatutos, pero no necesariamente en el estatuto orgánico.

Así las cosas, el asunto controvertido no debe situarse en el ámbito del artículo 187 numerales 1º, 5º o 6º de la C. N., pues se trata simplemente de una materia que compete al legislador; regulada por el ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias mediante el Decreto 80 de 1980, y por tanto imposible de modificar o contrariar por una Asamblea Departamental mediante Ordenanza.

En síntesis, es oportuno advertir, a manera de reiteración, que las Asambleas Departamentales pueden disponer en materias relativas al Estatuto Orgánico de los establecimientos de educación superior departamentales, pero es la ley la única que puede hacerlo si el asunto tiene que ver con el estatuto del personal al servicio de los mismos centros educativos.

En este orden de ideas, la sentencia del Tribunal habrá de confirmarse aun cuando por razones diferentes.

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

*Falla:*

Confirmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 11 de julio de 1986 para desatar la litis propuesta por el Fiscal Cuarto del Tribunal, Cornelio Bastidas Cháves.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 8 de septiembre de 1989.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedeker, con aclaración de voto; Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO  
DOCTOR REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER**

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

Referencia: Expediente número 2834. Apelación sentencia. Actor: Cornelio Bastidas Cháves.

Supuesta la circunstancia de que da cuenta el auto de marzo 17 del año en curso (fl. 21), habría de pensarse en que la decisión finalmente adoptada es diferente de la propuesta por el suscrito en el proyecto rechazado.

No siendo tal el caso, la aclaración queda circunscrita a la afirmación de que comparto plenamente la decisión y por eso la suscribí, habiendo llegado a la misma conclusión por un camino diferente, lo cual constituye una razón adicional de la legalidad del fallo.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades/SECRETARIO DE  
LA CONTRALORIA-Nombramiento**

*La Asamblea en ningún caso podrá reservarse la elección de funcionarios cuyo nombramiento está asignado a otras autoridades, como ocurre con los agentes del gobernador, los secretarios y los subalternos de la Gobernación y los propios funcionarios subalternos del contralor y de los auditores departamentales.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

**Referencia: Expediente número 1316. Apelación interlocutorio. Actor: José Antonio Galán Gómez.**

El gobernador del Departamento de Boyacá y el secretario de la Contraloría General del mismo departamento han apelado, a través de apoderado, en alzada que debe conocer y resolver esta Corporación, el auto del Tribunal Administrativo de Boyacá fechado el 16 de agosto de 1989 por medio de la cual se ordenó la suspensión provisional del artículo 2º de la Ordenanza 01 de 1985 expedida por la Asamblea Departamental de esa sección del país.

La demanda que origina el proceso, en la que es accionante el ciudadano José Antonio Galán Gómez, se basa en la hipotética violación de los artículos 76, numeral 7 y 187, numeral 8 de la Constitución Política de Colombia por parte de la Asamblea Departamental de Boyacá entidad que, mediante la Ordenanza número 01 de 1985, “se atribuyó ella misma la facultad de elegir al secretario general de la Contraloría Departamental de Boyacá”.

La norma demandada es la siguiente:

*“Artículo segundo. La elección del secretario general de la Contraloría Departamental, se hará por la Asamblea de Boyacá para un período igual al del contralor general. La elección debe recaer en una persona de filiación política distinta a la del contralor y, también podrá ser reelegido”.*

Dice el demandante, en el capítulo correspondiente a la suspensión provisional, que el acto acusado viola ostensiblemente las normas citadas así: La primera reza: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones... 7) Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales". La Asamblea de Boyacá, dice el actor, podría ejercer tal atribución siempre y cuando previamente el Congreso de la República se la asigne mediante ley. La segunda de las normas citadas dispone: "Corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas... 8) Organizar la Contraloría Departamental y elegir contralor para un período de dos años".

En ninguna de sus partes, clama el actor, esta norma constitucional señala a las asambleas departamentales la facultad de elegir secretario de la Contraloría, sino, únicamente la relativa a la elección de contralor departamental. Los funcionarios de la Contraloría, agrega, deben ser nombrados por el contralor, concluyendo: "el secretario general es un subordinado igual que los demás funcionarios del contralor".

El Tribunal Administrativo de Boyacá hace las consideraciones atinentes a la medida cautelar solicitada, compara el acto con las normas cuya violación se alega, cita jurisprudencias del Consejo de Estado y saca la conclusión de que es evidente que "la ley no ha conferido a las asambleas la facultad de nombrar secretario general o subalternos del contralor, al contrario, como lo hemos visto lo prohíbe", decretando en consecuencia la suspensión provisional de la norma demandada.

La decisión ha sido apelada por el secretario de la Contraloría y por el gobernador del departamento cuyos apoderados, en sendos escritos, solicitan su revocatoria. El primero de ellos, citando una jurisprudencia de esta Corporación datada en 1945, señala que "siendo el objeto de la suspensión provisional evitar transitoriamente la aplicación de un acto que obstenciblemente (sic) subvierte el orden jurídico, ha de ser tan evidente, tan clara, tan patente su contradicción con una norma superior, que sea suficiente su confrontación para destruir la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo, y hace posible la orden de no aplicarlo".

El apoderado judicial del gobernador se pronuncia en igual sentido al decir que de la lectura del inciso 2º del artículo 152 del C. C. A., "se infiere que solamente le basta, al juzgador, para decretar tal medida, deducir que hay una manifiesta violación de una norma superior, deducción que se puede efectuar de una sencilla comparación entre el acto acusado y la norma positiva superior, sin que tenga que mediar para el efecto, complicado ejercicio de argumentación".

#### *Consideraciones de la Sala:*

Es de justicia reconocer, desde un principio, la razón que asiste a los distinguidos profesionales que, a nombre de sus representados,

han impugnado el auto del Tribunal Administrativo de Boyacá. Por tal motivo se han transcrito en el acápite anterior sus conceptos, tan ajustados como están al verdadero espíritu que el legislador quiso infundirle a la institución de la suspensión provisional. No se apartan en lo más mínimo tales interpretaciones de las que esta Corporación, y en particular esta Sala, ha sostenido por largos años en forma reiterada y unánime.

La suspensión provisional, en efecto, es una figura jurídica que tiene su aplicación cuando, en el ejercicio de una acción pública aparece que en forma manifiesta existe una contradicción entre el acto demandado y una norma a la que éste debería estar sujeto. Tal ofensa a la norma superior debe ser además aprehensible mediante una simple comparación entre el acto y la norma sin que tenga el juzgador que hacer disquisiciones jurídicas y filosóficas para descubrir la alegada agresión que, así escudriñada, dejaría de tener la virtual apariencia exigida por la ley.

El anterior preámbulo aclara, sin que haya lugar a disertaciones mayores, la disensión, la oposición que existe entre la norma constitucional que dice que corresponde a las asambleas "organizar la contraloría departamental y elegir contralor para un período de dos años"; y la ordenanza que dispone que la asamblea elegirá al secretario de la Contraloría por un período igual al del contralor.

Salta, a primera vista, la diferencia que desde un principio quiso establecer el legislador entre las expresiones "organizar" y "elegir". Si el legislador hubiera pretendido sustraer al contralor de la nominación de su personal subalterno y asignarle dicha función a las asambleas, así lo hubiera manifestado. Está incito en el espíritu de la norma el mandato que faculta a dichas entidades para organizar las contralorías y para elegir a alguien, un contralor, que puesto al frente de esa organización, pueda designar a sus auxiliares, siendo el secretario uno de ellos. Lo da a entender la misma ordenanza de la Asamblea en su artículo primero cuando cambia la denominación de secretario auxiliar por la de secretario general, con sobrada razón si se tiene en cuenta que decir "secretario auxiliar" es formar una expresión redundante pues es esa la función prístina del secretario.

No es de recibo por lo tanto, al menos *prima facie*, la pretensión que, según el apoderado del actual secretario, conlleva el contexto de la Ordenanza 01 de 1985. Según él, el secretario es un funcionario nombrado por la asamblea para que obre en su representación y fiscalice las actuaciones del contralor o, según sus palabras, "para evitar desbordamientos", sin que sea subalterno del contralor sino, por el contrario, estando en una posición administrativa igual a la -suya siendo su función esencial, y al parecer la única pues no se le asignan otras, la de "refrendar los actos administrativos del contralor general" (fl. 41, tercer párrafo); es decir, podría colegirse que es una especie de contralor alterno. Si el hecho de refrendar los actos del contralor le

da al secretario una categoría igual a la de aquél, cómo quedan los secretarios de otros despachos que tienen funciones similares? Podría decirse que por este arte de birlibirloque los secretarios de los juzgados al "autorizar las providencias del proceso", quedarían convertidos en conjueces?

La providencia del Consejo de Estado de 14 de marzo de 1972, citada por el apoderado del señor secretario de la Asamblea de Boyacá, dice en el último párrafo de sus consideraciones:

"Es claro que la Asamblea en ningún caso podrá reservarse la elección de funcionarios cuyo nombramiento está asignado a otras autoridades, como ocurre con los agentes del gobernador (artículo 194, ordinal 2º, C. Nal.), los secretarios y los subalternos de la Gobernación (artículo 127, ordinal 26, C. de R. P. y M.) y *los propios funcionarios subalternos del contralor* y de los auditores departamentales según términos del citado artículo 8º de la Ley 47 de 1945" (subrayamos).

Un tanto peregrina resulta la idea de hacer del secretario general de la Contraloría un funcionario con categoría igual a la del jefe del despacho, más aún si para apoyarla no se aduce fundamento jurídico alguno, a no ser la disposición de la Asamblea que exige iguales calidades a las de éste y nombramiento por la misma corporación, pero tenemos que de acuerdo al encabezamiento de la ordenanza en examen, la Asamblea apoya su decisión en la atribución consagrada en el numeral 8º del artículo 187 de la Carta, sin que se invoque para el efecto igualmente una atribución especial conferida por el Congreso de la República lo que eximiría a la Corporación administrativa de acogerse a la primera norma. Al no existir dicha atribución especial queda al descubierto, en un primer examen hecho a la luz del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que se violan ambas. No lo es puesto que el proceso apenas se inicia y el debate debe darse ante el *a quo* con el enriquecedor aporte de las partes en conflicto que ayuden a llegar al juzgador a la definición de lo que es justo y es legal.

Por otra parte, no considera la Sala que se haya producido un prejuzgamiento por parte del Tribunal; si se examina bien el escrito, se observa más bien en él, el ánimo de dejar muy nítida la existencia de la aparente violación, *prima facie*, de la norma superior.

Expuesto lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Resuelve:*

*Confirmar* la providencia apelada.

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

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

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

*Víctor M. Villaquirán M., Secretario.*

**FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/ESTAMPILLA  
PRO ELECTRIFICACION RURAL/SUSPENSION PROVISIO-  
NAL-Improcedencia**

*Para los efectos de la improcedencia de la suspensión provisional, basta señalar que la actora no se refirió para nada a la Ley 23 de 1986 y que habiéndolo sido ésta la invocada por la Asamblea sería necesario confrontar su contenido con lo dispuesto por la Ordenanza para determinar si hubo o no manifiesta infracción porque ésta es la ley de autorización que exige el ordenamiento constitucional. REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 4º de la Ordenanza número 11 de 1987 (diciembre 10) del Concejo de Cartagena, decretada por el T. A. de Bolívar.*

**ESTAMPILLA PRO ELECTRIFICACION RURAL**

*Habiendo sido autorizadas las Asambleas a emitir y reglamentar el uso de estampillas mediante la Ley 23 de 1986 (incorporada en el Código de Régimen Departamental arts. 171 a 175) y habiendo sido estas normas invocadas por la Asamblea de Bolívar al expedir la Ordenanza número 11 de 1987 sería necesario confrontar estas dos disposiciones para determinar si hubo o no manifiesta infracción que justifique la suspensión provisional de esta última, porque aquella es la ley de autorización que exige el ordenamiento constitucional.*

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

**Consejero ponente:** *Doctor Jaime Abella Zárate.*

**Referencia:** Expediente número 2698. Actor: Cervecería Aguila S. A., contra el Departamento de Bolívar. Apelación interlocutorios. Auto.

El apoderado judicial del Departamento de Bolívar interpone recurso de apelación contra el auto de 5 de mayo de 1989 del Tribunal Administrativo del mismo departamento, por el cual aceptó la demanda de nulidad de una expresión del artículo 4º de la Ordenanza nú-

mero 11 de 1987 (diciembre 10) que en acción pública ejerció la firma Cervecería Aguila S. A.

El largo escrito del señor apoderado del departamento es una mezcla de contestación a la demanda y oposición a la suspensión provisional que entra a estudiar esta Sección en cuanto se puede tomar como recurso de apelación contra la citada orden de suspensión, como lo entendieron el propio Tribunal al concederlo y la actora al pedir que se tramitara.

La Ordenanza número 11 de 1987 (diciembre 10) se refiere a la emisión y uso obligatorio de la estampilla pro-electrificación rural. En el artículo 4º se indicaron los actos y documentos departamentales en los cuales es obligatoria la adhesión de las citadas estampillas y luego de enumerar varios estatuyó en el aparte destinado a otros actos y documentos en el literal e):

“Cada guía expedida por la Secretaría de Hacienda para transportar licores, vinos, *cervezas*, alcoholes y tabaco a otros departamentos pagará estampillas por valor equivalente al uno por ciento (1%) del salario mínimo mensual vigente”.

La actora consideró que tal disposición en cuanto incluye las *cervezas* es violatoria de las siguientes disposiciones:

—El artículo 191 de la Constitución que consagra la facultad impositiva de las Asambleas Departamentales supeditada a la ley.

—El artículo 21 del Decreto-ley 190 de 1969 y el artículo 11 del Decreto reglamentario 294 de 1969 que consagra una prohibición a los departamentos de imponer gravámenes a la fabricación, consumo y venta de *cervezas* nacionales.

—El artículo 69 de la Ley 14 de 1983 sobre vigencia de las normas relacionadas con el impuesto a las *cervezas* (excepto el de gravarlas con impuesto de industria y comercio), y el número 5 del artículo 71 y el artículo 129 del Código de Régimen Departamental (Decreto núm. 1222 de 1986) sobre la prohibición de imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravadas por la ley.

El Tribunal en el auto recurrido consideró que las guías de tránsito son controles administrativos para verificar el pago del impuesto de consumo; son salvoconductos para el tránsito de mercancías de un departamento a otro y considerando, por otra parte, que el impuesto de consumo a las *cervezas* (Decreto 190 de 1969) se paga en cada departamento según el consumo dentro de su territorio, al gravarse el tránsito, se está gravando el consumo y la venta misma, lo cual está prohibido a los departamentos por las normas invocadas por la demandante.

Por ello accedió a decretar la suspensión provisional en lo que se refiere al término “*cervezas*”.

El departamento se opone a esta orden entre muchas otras razones porque las normas invocadas por la actora prohíben imponer gravámenes a la fabricación y venta de la cerveza y la adherencia de estampillas a las guías no encaja dentro de los hechos prohibidos porque es "transporte".

Además, no aumenta el valor de venta pues el precio de consumo al público sigue siendo el mismo, porque éste lo fija la Administración, en la fecha de entrega del productor para su distribución o venta en el país y es el mismo sobre el cual se liquida el impuesto de consumo (Estatuto Tributario, arts. 475, 430 y 445).

Alega el opositor a la medida, que la Asamblea obró dentro del mandato del artículo 191 de la Constitución y hay armonía con lo dispuesto por los artículos 171 y 173 del Decreto 1222 de 1986.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Es cierto, como en reiteradas ocasiones lo ha manifestado esta Corporación que el ejercicio de la facultad impositiva de las Asambleas Departamentales está enmarcado dentro de las condiciones y límites que le haya fijado el legislador.

También es cierto que a las Asambleas está prohibido imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravadas por la ley y que las normas relacionadas con el impuesto a las cervezas (excepto la prohibición de gravar con el de industria y comercio) fueron declaradas como vigentes por el artículo 129 del Código de Régimen Departamental, estatuto que las incorporó al regular el impuesto al consumo de cervezas en los artículos 152 a 160, que es un impuesto de carácter nacional cuyo producto está cedido a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá. En ese Capítulo (el V del Título VI) están incorporados los artículos vigentes del Decreto-ley 190 de 1969 y del Decreto 1665 de 1966 y dentro de ellos no figura el artículo 21 por lo que su vigencia, por lo menos, resulta dudosa.

Pero también es cierto que la Ley 23 de 1986 autorizó a las Asambleas Departamentales para disponer la emisión de la estampilla Pro-Electrificación Rural, autorización que quedó incorporada en el mismo Código de Régimen Departamental en los artículos 171 a 175.

Estas normas son las que aparecen en el encabezamiento de la Ordenanza acusada cuando dice:

#### *"Ordenanza número 11*

"Por la cual se ordena la emisión de la estampilla Pro-Electrificación Rural de Bolívar, y se dictan otras disposiciones.

*"La Asamblea Departamental de Bolívar"*

"En uso de sus facultades legales y en especial las que le confiere la Ley 23 de 1986 y el Decreto 1222 de 1986, sobre el Código de Régimen Departamental, artículos 171, 172, 173, 174 y 175".

Para los efectos de esta providencia basta señalar que la actora no se refirió para nada a la citada Ley 23 de 1986 y que habiendo sido ésta la invocada por la Asamblea sería necesario confrontar su contenido con lo dispuesto por la Ordenanza número 11 para determinar si hubo o no manifiesta infracción porque ésta es la ley de autorización que, según la misma demandante, exige el ordenamiento constitucional.

Por lo demás, no se puede en esta etapa procesal y por simple confrontación de los textos definir si el ejercicio de la autorización para emitir las mencionadas estampillas (art. 171) puede estar violando las normas del mismo estatuto que regulan el impuesto al consumo de las cervezas.

Dadas estas consideraciones es del caso revocar la orden de suspensión provisional por no darse los presupuestos del artículo 152 del C. C. A. (hoy modificado por el art. 31 del Decreto extraordinario 2304 de 1989).

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en su Sección Cuarta,

*Resuelve:*

Revócase el numeral 2º del auto apelado que ordenó la suspensión provisional del artículo 4º de la Ordenanza 11 de diciembre 10 de 1987, en lo que se refiere al término "cervezas".

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

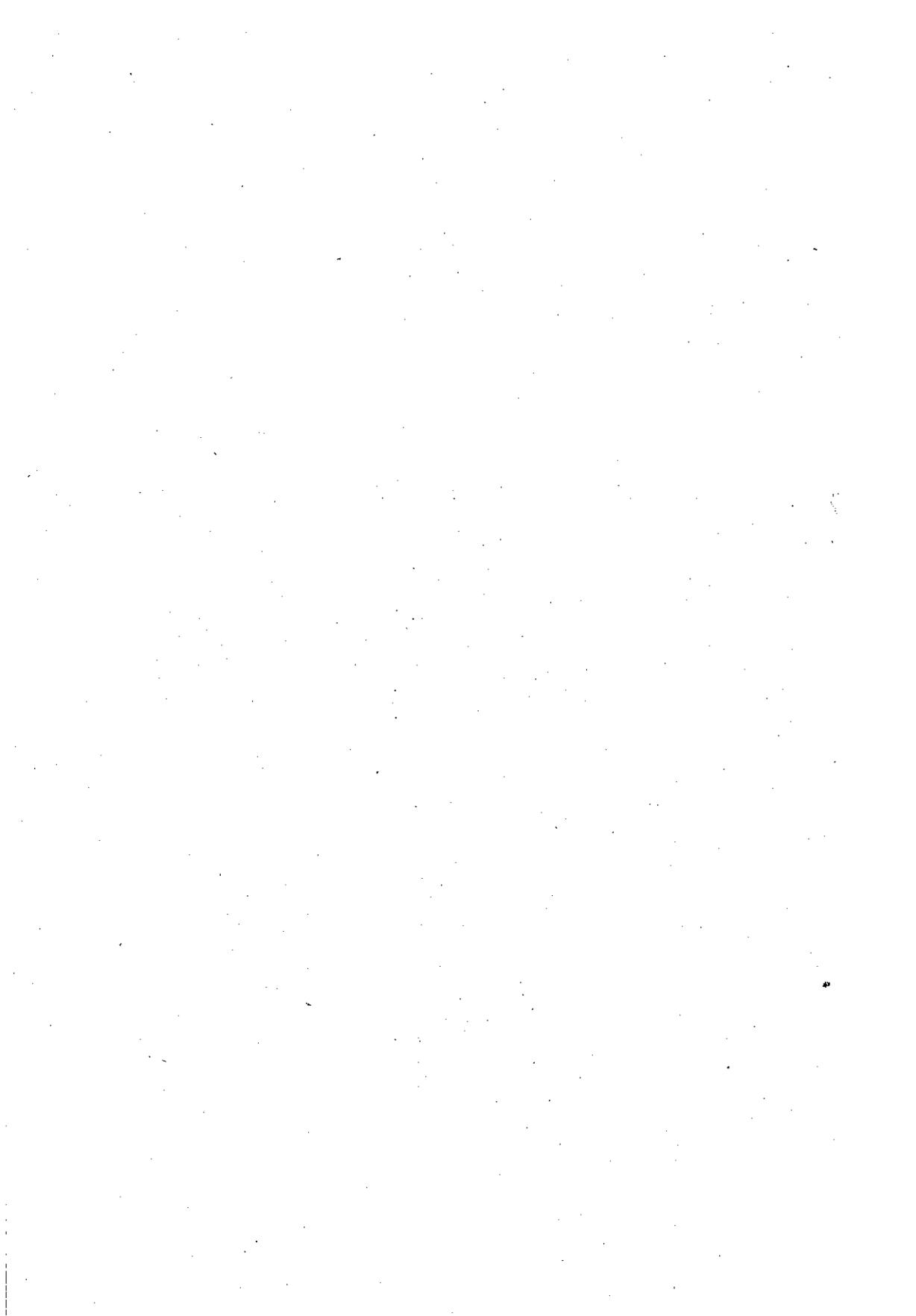
Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Carmelo Martínez Conn*, presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Consuelo Sarria Oicos*, ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**CAPITULO II**

**ACTOS DEL GOBERNADOR**



*DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA / DELEGACION  
DE FUNCIONES/GOBERNADOR-Actos/CONSEJO DE ESTA-  
DO-Competencia*

*Como las funciones delegadas son propias del Gobierno central y el carácter nacional de ellas no se desvirtúa con la delegación, los actos que sobre el particular dicten los gobernadores son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia al Consejo de Estado cuando, como en el presente, la acción carezca de cuantía.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1192. Apelación interlocutorios. Actor: Círculo de Periodistas del Huila.

En providencia de 7 de abril del año en curso, el Tribunal Administrativo del Huila resolvió no avocar el conocimiento de la acción instaurada por el Círculo de Periodistas de ese departamento, por conducto de apoderado, en consideración a que carecía de competencia para la resolución del problema planteado que, por su naturaleza, estimó ser de competencia del Consejo de Estado.

Contra la decisión anterior el señor apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación que, tramitado legalmente, se entra a decidir previas las consideraciones que siguen:

En escrito presentado el 18 de agosto de 1988 ante el Tribunal Administrativo del Huila, el Círculo de Periodistas del mencionado departamento por medio de apoderado judicial demandó la nulidad de las Resoluciones números 289 de abril 6 de 1988 y 445 de mayo 11 del mismo año dictadas por el señor gobernador del departamento, resoluciones por las cuales se abstiene de reconocer la junta directiva de la entidad demandante. En el mismo libelo se impetró la suspensión provisional de los actos en cuestión.

El Tribunal al estudiar la admisión de la demanda en el acto recurrido, como ya se expresó, optó por no avocar el conocimiento

de la acción instaurada por carecer de competencia, pues en su sentir, era de competencia de esta superioridad puesto que si el ejecutivo departamental actuó en el caso presente con base en las facultades que le otorgó el Decreto-ley 2703 de 1959, los actos administrativos acusados son de carácter nacional proferidos por el gobernador en su carácter de agente del Gobierno y en virtud de la figura denominada desconcentración administrativa, lo que está corroborado por el artículo 3º del decreto en mención cuyo texto transcribe.

El apelante al sustentar el recurso expresa que es cierto que para los efectos legales a que haya lugar, los actos de los gobernadores expedidos en ejercicio de las funciones delegadas se considerarán como actos de una autoridad, agente o funcionario del Gobierno Nacional; pero que la facultad delegada es la atinente a la tramitación y reconocimiento de personería jurídica y no la potestad de reconocer juntas directivas de las entidades vigiladas. El acto así expedido, dice, lo fue como autoridad departamental, siendo entonces la competencia del Tribunal Administrativo.

El artículo 26 de la Ley 19 de 1958 invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar la Administración Pública, con el objeto, entre otros, de asegurar "el ordenamiento racional de los servicios públicos y la descentralización de aquéllos que puedan funcionar más eficazmente bajo la dirección de las autoridades locales".

En uso de las anteriores facultades extraordinarias, el presidente de la República, en armonía con el artículo 135 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto-ley 2703 de 1959, por cuyo artículo 1º señaló qué funciones suyas puede delegar en los gobernadores de los departamentos, incluyendo en el literal n) la "tramitación y reconocimiento de personería jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto número 1326 de 15 de septiembre de 1922", es decir, las asociaciones y fundaciones de que trata el artículo 44 de la Carta.

Por el artículo 4º del mismo Decreto 2703 el Presidente de la República delegó en los gobernadores de los departamentos, como agentes del Gobierno, las atribuciones indicadas en el artículo primero.

A su turno, el artículo 3º *ibidem* establece en el inciso primero: "Para los efectos legales a que haya lugar, los actos de los gobernadores, expedidos en ejercicio de las funciones delegadas, se consideran como actos de una autoridad, agentes o funcionarios del orden nacional".

Como las funciones delegadas son propias del Gobierno central y el carácter nacional de ellas no se desvirtúa con la delegación, tal como lo predica el artículo 3º del Decreto-ley 2703 de 1959, los actos que sobre el particular dicten los gobernadores son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia,

al Consejo de Estado cuando como en el caso presente, la acción carezca de cuantía, de conformidad con el numeral 3º del artículo 128 del C. C. A.

Por manera que la providencia del Tribunal Administrativo del Huila que ha sido objeto de apelación, será confirmada, pues se ajusta a los criterios aquí expuestos.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Resuelve:*

*Confirmar* la providencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo del Huila el 7 de abril de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

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

*Víctor M. Villaquirán M. Secretario.*

**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ADICION PRESUPUES-  
TAL/CREDITO ADICIONAL/GOBERNADOR-Facultades**

*Las adiciones presupuestales de los decretos impugnados se acerca más a los créditos adicionales del presupuesto previstos en los artículos 80 y siguientes del Decreto 2407 de 1981, abiertos por el gobernador durante la ejecución del presupuesto y por ser necesario hacerle modificaciones a éste, no obstante se echen de menos varios requisitos exigidos por la normatividad para su apertura.*

*Confirma la NULIDAD de los Decretos 0881 de 1986 y 793 de 1986 expedidos por el gobernador de Santander.*

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1054. Demandante: Hernán Prada Niño.

Se pasa a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor gobernador del Departamento de Santander, mediante apoderada especial, contra la sentencia de 24 de septiembre de 1988 mediante la cual se decretó la nulidad de los Decretos 881 de 1986 y 793 de 1986 expedidos por el mencionado gobernador.

*Los actos acusados:*

Son, como se dijo, los siguientes emitidos por el mencionado gobernador:

a) El Decreto 0881 de 23 de junio de 1986 por el cual “se adiciona el Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos de la actual vigencia”, así: Adición a Rentas (recursos del balance): \$ 261.539.503 e igual suma de Adición de Gastos repartida a las siguientes entidades y dependencias del departamento: Asamblea Departamental, Secretaría de Hacienda y Secretaría de Obras.

“El Decreto 793 de 17 de junio de 1986 por el cual ‘se adiciona el Presupuesto de Rentas y Gastos de la actual vigencia’ de la siguien-

te manera: Adición de Rentas por la suma de \$ 302.000.000 provenientes de la participación de hidrocarburos: \$ 202.000.000 y de Recursos de Crédito: \$ 100.000.000, para ser gastados en igual suma de \$ 302.000.000 en las siguientes entidades y dependencias: Asamblea Departamental, Secretaría de Hacienda y Secretaría de Planeación, para un total de Adición de Gastos de \$ 302.000.000.

*Sentencia del Tribunal:*

Decretó la nulidad de los decretos acusados y al efecto la sustenta en las siguientes consideraciones:

“El Decreto número 793 de 17 de junio de 1986, adicionó el Presupuesto de Rentas y Gastos de esa vigencia en la suma de \$ 302.000.000 moneda corriente, y el número 881 de 23 de junio de 1986 hizo lo mismo, en la cantidad de \$ 261.539.503 moneda corriente.

“Como se desprende del texto de los decretos incorporados en forma legal al expediente, numerados los folios del 36 al 41, no aparece destinado el quince por ciento (15%) de que trata la Ordenanza 47 de 17 de diciembre de 1985 para el Instituto de Seguro Social de Santander.

“Esta fue la razón por la cual se decretó la suspensión provisional.

“Al ser descorrido el traslado de la demanda por la apoderada del departamento, solicitó la apelación del auto que decretó la suspensión por no haber allegado al proceso los documentos sobre la calidad de quién le confirió el mandato, como ya se dijo, le fue inadmitido el recurso concedido sin el lleno de los requisitos legales.

“Así las cosas, el departamento contestó la demanda, cuestión que no se debe tomar en cuenta de conformidad con el artículo 145 del C. C. A.

“Para el análisis del artículo 1º de la Ordenanza 47 de 1985 tenemos tres preguntas.

“1º *Qué es un presupuesto?*

“2º *Qué es un presupuesto adicional?*

“3º *¿Qué (sic) una adición presupuestal?*

“1º El artículo 1º del Decreto 2407 de 1981 dice: *Noción.* ‘El presupuesto es un acto administrativo mediante el cual el gobierno departamental computa anticipadamente las rentas

e ingresos y asigna partidas para los gastos públicos dentro de un período fiscal'. Para la elaboración del presupuesto, según la norma citada en su artículo 4º, reza, que: 'corresponde al gobierno departamental elaborar anualmente el *proyecto de presupuesto* de rentas e ingresos y de apropiaciones para gastos, de acuerdo con las normas legales y ordenanzas vigentes' (se subraya).

"2º: El término *presupuesto adicional*, no se encuentra en el Decreto 2407 de 1981, ni en el Código Fiscal de Santander. Pero sí nos indican que es un proyecto adicional (al de presupuesto) en el artículo 16 del Decreto 2407 citado.

"*Proyecto adicional*. Cuando se trate de incorporar rentas e ingresos nuevos, creados por disposiciones sancionadas después de presentado el proyecto de presupuesto, al Gobierno departamental hará el cálculo de tales rentas e ingresos por el sistema de evaluación directa, teniendo en cuenta las perspectivas económicas y el rendimiento probable de tales rentas e ingresos y lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución Política.

"Si el gobierno departamental considera necesario proponer nuevas fuentes de ingresos, formará un proyecto adicional con el estimativo de esas fuentes y recursos, y al mismo tiempo incluirá las apropiaciones que deban atenderse con tales recursos.

"El proyecto adicional de que trata este artículo será presentado a la Asamblea antes de 31 de octubre del año respectivo, se tramitará por separado y si fuere aprobado se consolidará con el presupuesto básico mediante el decreto de liquidación.

"3º: Tampoco existe el término *adición presupuestal*. En cambio sí existen los *créditos adicionales y gubernamentales* definidos en los artículos 80 y 81 del Decreto 2407 citado.

"Estos créditos pueden ser expedidos por la Asamblea a petición del Gobierno, o por 'el gobierno departamental, cuando durante su ejecución del presupuesto seriere necesario introducirle modificaciones estando en receso la Asamblea' (se subraya).

"También se clasifican en suplementales y extraordinarios, y ambos se harán '*durante la ejecución del presupuesto*'.

"Hasta aquí, las respuestas a los interrogantes planteados. ¿En cuál de las tres encajan los Decretos 793 y 881 cuestionados?

“A) Fueron expedidos en el mes de julio de 1986 como adición al presupuesto de rentas e ingresos y gastos de esa vigencia.

“B) Partiendo de su fecha de expedición y referencia, no encajan ni como *proyecto de presupuesto*, ni como *proyecto adicional*. Tan solo comparten la categoría de *créditos adicionales y gubernamentales*, por haber sido expedidos *‘durante la ejecución del presupuesto’*.

“Confirma lo anteriormente dicho el contenido del artículo de la Ordenanza 47 de 1985, ya transcrito, al decir que *‘de todo presupuesto adicional que el Gobierno de Santander tenga que hacer para la ejecución correcta de los egresos departamentales’* (se subraya).

“En conclusión los decretos cuestionados debían llevar la partida del 15% con destino al Instituto de Seguro Social de Santander *‘con destinación específica, única y exclusiva al rubro pensiones de jubilación de empleados y obreros departamentales’*.

“El demandante señala además, como norma violada, el artículo 194 de la C. N., que en lo pertinente dice: *‘Son atribuciones del gobernador: 1º Cumplir y hacer que se cumplan en el departamentos los decretos y órdenes del Gobierno y las ordenanzas de las Asambleas’*.

“Siendo los Decretos 793 y 881 de junio de 1986 expedidos por el señor gobernador de Santander, al no darse cumplimiento a lo estipulado en la Ordenanza 47 de 1985 se violó la Constitución Nacional. Pero por la confusión de términos empleados en el texto de la Ordenanza, estima la Sala que no hay lugar a tomar medidas en su contra”.

#### *Alegato de apelación:*

La Gobernación del Departamento fundamenta su recurso en el siguiente razonamiento:

“Evidentemente la Ordenanza 47 de 1985 expedida por la Asamblea Departamental de Santander dispuso que el 15% de todo *presupuesto adicional* que el Gobierno de Santander tenga que hacer para la ejecución correcta de los egresos departamentales debe destinarse al Instituto de Seguro Social de Santander.

“Pero resulta que los decretos demandados hablan de *adición presupuestal* término que difiere completamente al de *presupuesto adicional*.

“Esta diferencia la explica claramente el Contencioso y es así como concluye en el literal B) de los considerandos lo siguiente:

“Partiendo de su fecha de expedición y referencia, no encajan ni como proyecto de presupuesto, ni como proyecto adicional. Tan sólo comparten la categoría de créditos adicionales y gubernamentales, por haber sido expedidos *‘durante la ejecución del presupuesto’*.

“Los decretos demandados tratan es de adición presupuestal, término éste equivalente a créditos adicionales y gubernamentales pues en ellos se están tomando son recursos *de crédito*, razón por la cual no tenía por qué incluirse en ellos el 15% de aporte para el Instituto de Seguro Social de Santander por cuanto la Ordenanza habla es de todo presupuesto adicional.

“No me explico cómo después de la diferenciación hecha por el Tribunal llega a la conclusión de que los decretos demandados son violatorios de la Ordenanza 47 de 1985 cuando él mismo los está ubicando como créditos adicionales equivalentes a adición presupuestal término completamente diferente a presupuesto adicional, tema sobre el cual se refiere la mentada ordenanza.

“Sirvan estas breves razones para pedir a los honorables consejeros de Estado se dignen revocar la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander de fecha septiembre 21 de 1988 por medio de la cual se declara la nulidad de los decretos de la referencia”.

#### *Concepto del Fiscal Primero:*

El agente del Ministerio Público conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada y dictarse en su lugar una decisión inhibitoria dado que los actos acusados que obran en el proceso no fueron autenticados en la forma prescrita en los artículos 139 del C. C. A., y 254 de C. de P. C., y en cambio se trata de fotocopias simples porque “los funcionarios de la Gobernación se limitaron a colocar un sello en la última hoja de cada decreto que dice: *‘es auténtico Bucaramanga’* (fls. 38 v. y 41) pero omitieron la firma correspondiente que diera fe de que los documentos eran auténticos, tampoco dijeron nada sobre la publicación”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

##### I

Discuerda la Sala del concepto de la Fiscalía porque aparece de toda evidencia que los decretos demandados son los mismos expedi-

dos por el gobernador del Departamento de Santander, pues provienen de su propia oficina y fue el mismo quien los envió al Tribunal a petición de éste (fl. 35 del cuaderno del Tribunal). Además al reverso de la última página de cada uno de ellos está impreso un sello que dice "auténtico" y sobre todo nunca fueron tales actos objetados por las partes por razones de su autoría.

## II

La cuestión de fondo que se controvierte ante esta jurisdicción se contrae a determinar si el expedirse los Decretos 881 y 793 de 1986 se dio cumplimiento a la Ordenanza 47 de 1985 de la Asamblea Departamental de Santander en cuanto ordena que debe dedicarse al Instituto Social de Santander el 15% de todo "presupuesto adicional que el Gobierno de Santander tenga que hacer para la correcta ejecución de los egresos departamentales".

Considera la Sala que debe confirmarse la decisión del Tribunal, mas ella hace las siguientes precisiones:

a) En primer lugar debe observarse que la expresión empleada por la susodicha Ordenanza 47 para fines de la destinación del porcentaje antes mencionado es la de "*todo presupuesto adicional*", lo que quiere decir que el término por lo genérico debe entenderse en sentido amplio de comprender presupuestos que se adicionen al presupuesto ordinario, cualesquiera que ellos sean.

Que es lo acontecido en el evento *sub lite* con las adiciones al "Presupuesto de Rentas e Ingresos y Gastos de la actual vigencia fiscal" objeto de los decretos acusados.

No interesa por tanto que la denominación en cuestión halle ubicación y definición precisa en el Decreto 2407 de 1981 que era el estatuto vigente a la sazón para la elaboración, presentación y ejecución de presupuestos departamentales.

No sería de ninguna manera "un proyecto adicional" —hipótesis que contempla el Tribunal para desecharla— porque del contenido de los decretos se ve nítidamente que no se trata de incorporar rentas e ingresos nuevos "creados por disposiciones sancionadas después de presentado el proyecto de presupuesto", ni tales proyectos fueron presentados por el gobernador a la Asamblea, todo ello a término del artículo 16 del Decreto 2407.

Las adiciones presupuestales de los decretos impugnados se acercan más a los créditos adicionales del presupuesto previstos en los artículos 80 y siguientes del Decreto 2407, abiertos por el gobernador "durante la ejecución del presupuesto" y por ser necesario hacerle

modificaciones a éste, no obstante se echen de menos varios requisitos exigidos por la normatividad para su apertura.

Entre los que se cumplen están, *verbi gratia*, en el Decreto 881 la certificación de la Contraloría Departamental sobre la liquidación de la vigencia fiscal de 1985 con superávit fiscal (art. 83 num. 1 *ibídem*) y en ambos decretos se indican claramente "el recurso que ha de servir de base para su apertura" (art. 84 *ib.*).

De todos modos, como se dijo al principio, basta con que el presupuesto ordinario de la vigencia fiscal de 1985 se hubiere adicionado en las cuantías antes señaladas para que surgiera la obligación de tomar de ellas el 15% de que trata la Ordenanza 47 de 1985. Al no haberse hecho ello así se incumplió y por ello es preciso declarar la nulidad de los actos cuestionados, tal como lo decidió el Tribunal.

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

*Falla:*

Confirmase la sentencia apelada de 24 de septiembre de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente sentencia fue discutida y aprobada en sesión de 10 de agosto de 1989.

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

*Victor M. Villaquirán M. Secretario.*

## *SUSPENSION PROVISIONAL/GOBERNADOR-Facultades*

*En tanto que el decreto demandado de la gobernadora crea un organismo descentralizado con personería jurídica propia, la Ordenanza otorgó facultades para reorganizar la estructura administrativa del departamento, con evidente exceso de facultades.*

*Confirma LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 00099 de 1988 (julio 7) expedido por el gobernador del Cesar, decretada en auto del Tribunal Contencioso del Cesar.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Referencia: Expediente número 1263. Actor: Carlos Quintero Romero.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar en el presente proceso, en virtud del cual se admitió la demanda instaurada para obtener la nulidad del Decreto 00099 de 7 de julio de 1988 expedido por el gobernador de ese departamento y al mismo tiempo se decretó la suspensión provisional de dicho acto.

### *I. El acto acusado:*

El Decreto 00099 expedido “en uso de las facultades especiales conferidas por la Ordenanza número 006 de 1987 dispone en su artículo 1°:

*“Naturaleza. Créase el Instituto de Capacitación de Adultos ‘Rosita Dávila de Cuello’ como un establecimiento público, con dotación de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.*

*“El Instituto hace parte de la administración departamental y cumplirá las funciones que le encomiendan el presente decreto y demás disposiciones ordenanzas; su domicilio principal será la ciudad de Valledupar; como persona podrá celebrar toda clase de actos y*

contratos con sujeción a las normas administrativas y civiles, según la naturaleza de los mismo(sic)".

El resto del articulado se contrae a desarrollar el artículo 1º determinando las funciones del ente que se crea, sus órganos de gobierno y la manera de constituir su patrimonio.

La Ordenanza número 006, cuya copia publicada en el registro oficial del departamento se acompaña a la demanda (fl. 2), expresa lo siguiente:

*"Artículo primero.* Otórganse facultades extraordinarias por el término de ocho (8) meses, al gobernador del Departamento del Cesar, para reorganizar la actual estructura administrativa del departamento, pudiendo en consecuencia, fusionar y suprimir empleos en cualquier dependencia departamental, en donde a su juicio, sea necesario adecuar la planta de personal, a las actuales exigencias administrativas, para lograr la agilidad y eficacia del servicio público y el equilibrio presupuestal.

*"Artículo segundo.* La presente Ordenanza rige a partir de su sanción y publicación".

## II. El auto recurrido:

La providencia del Tribunal que decretó la suspensión provisional solicitada, hace un breve análisis del alcance de las facultades otorgadas al gobernador por la ordenanza supracitada y al efecto dijo:

"... la facultad que le delegó la Asamblea fue la contenida en el ordinal 5º del artículo 187 de la Constitución Nacional y no la del ordinal 6º que establece: 'Crear a iniciativa del gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley'.

"Existe pues una ostensible violación, pues no podía la señora gobernadora so pretexto de determinar la estructura de la actual administración departamental, crear un establecimiento público, porque la facultad fue otorgada para otros fines.

"No podemos interpretar la norma que por el sentido de estructuración se entiende creación de establecimientos públicos, porque tendríamos que aceptar que el constituyente repitió innecesariamente en dos ordinales lo que hubiera podido quedar comprendido en el ordinal 5º transcrito, pero el constituyente no fue imprevisivo ni casuista sino juicioso y acertado en sus concepciones.

"Pues lo contenido en los ordinales 5º y 6º del artículo 187 se refiere a dos temas diferentes.

“La señora gobernadora desbordó el mandato que le había conferido la Ordenanza aludida.

“En este solamente se habla de fusionar y suprimir y no de crear un establecimiento público, ni éste hubiera sido el deseo de la Asamblea Departamental, ni se hubiera expresado en la referida Ordenanza.

“Existe pues una ostensible violación ya que la mandataria seccional desbordó las facultades legales que le hubieran sido conferidas”.

### III. El recurso:

Entre otras cosas sustenta su ataque al auto del Tribunal en estos términos:

“...las facultades contenidas en el artículo *primero* de la Ordenanza fueron bien interpretadas por el Gobierno —en este sentido se puede afirmar que le fueron otorgadas—, puesto que su fin es el de ‘reorganizar la actual estructura administrativa del departamento, pudiendo en consecuencia, fusionar y suprimir empleos en cualquier dependencia departamental, en donde, a su juicio, sea necesario adecuar la planta de personal, a las actuales exigencias administrativas, para lograr la agilidad y eficacia del servicio público y el equilibrio presupuestal’ (el subrayado es mío).

“Esos propósitos enumerados que se consignan en la Ordenanza, son a manera de ilustración y ejemplos que se le dan al gobierno; no para limitarlo, sino todo lo contrario, para incentivar y abrir canales (sic), a la libre iniciativa gubernamental, en procura de agilidad a las labores y en busca de ‘reorganizar la actual estructura administrativa del departamento’.

“Bajo este enfoque, que es el lógico y real, no hay ocurrencia de violación a la Ordenanza cuando se dicta el Decreto número 00099 de julio 7 de 1988, ni el Gobierno se abroga facultades no otorgadas; mucho menos incurre ‘en una monstruosa desviación de poder’. Más claro se ve lo idóneo del proceder gubernativo, si tenemos en cuenta, una vez más, que dentro de las iniciativas adoptadas para la reestructuración administrativa del departamento, esa de crear el establecimiento público ‘Instituto de Capacitación Rosita Dávila de Cuello’, era una forma de reestructurar la Administración, por ser este ente, así fuera con algunas variantes en su nomenclatura y con grado diferente en su categoría, un organismo integrante y en pleno funcionamiento de la Administración General del Departamento del Cesar; era y es, una pieza coexistente y conformante de todo el andamiaje administrativo, pues, cuando se dictó el decreto, y aún desde muchísimo antes, ya existía, venía funcionando, y en esto insisto, formaba parte de todo el andamiaje de la Administración Departamental del Cesar”.

*IV. Consideraciones de la Sala:*

Conforme al artículo 152 del C. C. A., para la procedencia de la suspensión provisional basta que haya manifiesta violación de norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación con el acto demandado.

En el caso *sub examine* precisamente, se observa esta contradicción evidente en tanto el Decreto 00099 demandado de la gobernadora del Cesar excedió las facultades que le otorgaba la Ordenanza 006 que le sirvió de soporte jurídico, lo cual se puede apreciar de la simple confrontación de sus textos: La ordenanza otorgó facultades para "reorganizar la actual estructura administrativa del departamento" y no para crear un organismo o ente descentralizado con personería jurídica propia, porque como bien se anota en el auto cuestionado son dos situaciones distintas las conferidas en el artículo 187 de la Constitución Nacional a las Asambleas en sus ordinales 5º y 6º. Por el primero, esto es el ordinal 5º, las Asambleas pueden determinar la estructura de la administración departamental, las funciones y escalas de remuneración de las distintas dependencias, siendo ésta indudablemente a la cual se contrajo la Ordenanza número 006 citada. La contenida en el ordinal 6º en cambio, se refiere a la creación de entes o establecimientos públicos como el creado por el Decreto 00099 demandado.

Es así como el artículo 253 del Código de Régimen Departamental en forma clara e incuestionable regula la creación de estas entidades en los siguientes términos:

"Los establecimientos públicos son organismos creados por las Asambleas Departamentales, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público. También pueden ser creados por los gobernadores cuando para ello estuvieren precisa y debidamente autorizados por las Asambleas.

"Los establecimientos públicos tienen las siguientes características: personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

Basta con leer dicho texto para entender que los gobernadores pueden crear dichos establecimientos públicos pero con una condición: que "para ello estuvieren precisa y debidamente autorizados por las Asambleas" autorización ésta que no está contenida "precisamente" en el artículo 1º de la Ordenanza 006 en que se apoya el acto acusado; y siendo ello así como resulta evidente, debe concluirse que el Tribunal tuvo plena razón al decretar la suspensión provisional solicitada, por quebranto manifiesto de normas superiores.

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

*Resuelve:*

*Confírmase el auto apelado.*

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán M. Secretario.*

## *SUSPENSION PROVISIONAL-Revocación*

*Debe revocarse la suspensión provisional que se decreta cuando el tema sobre que ella se ocupa ofrece interrogantes que no es dable dilucidar a primera vista.*

*REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en auto de noviembre 25 de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de los artículos 107, 108, 109 y 110 del Decreto Departamental Extraordinario número 1562 de agosto 15 de 1984.*

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

*Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Referencia Proceso 1265. Demandante: Alberto Montoya Montoya.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor gobernador del Departamento de Antioquia, mediante procurador judicial, contra el auto 28 de noviembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Mediante esta providencia se admitió la demanda instaurada contra los artículos 107, 108, 109 y 110 del Decreto Departamental extraordinario número 1562 de 15 de agosto de 1984 y se decretó la suspensión provisional de dichos textos.

Se encamina el presente recurso a obtener la revocación de tal medida precautoria.

Los preceptos demandados disponen diferentes sanciones (arresto, suspensión y cancelación de licencia), así: el 107 para quien fabrique, negocie o transporte formularios destinados al juego ilegal de apuestas permanentes; el 108 para quienes tengan en su poder formularios no oficiales para el juego de apuestas permanentes o los expendan o quienes vendan apuestas sin la respectiva licencia oficial. El artículo 109 sanciona a quienes promuevan o permitan en establecimientos abiertos al público, de su propiedad o que estén bajo su administración, la venta ilegal de apuestas permanentes. Y el artículo 110 prevé el decomiso de los elementos utilizados en la contravención en los casos de los artículos anteriores y su destinación según el caso.

*El auto apelado:*

Dispuso, como se dijo, la suspensión provisional, del acto acusado en los textos señalados, con fundamento en el siguiente razonamiento:

“Una vez confrontadas las normas citadas se concluye mediante una sencilla comparación con las de jerarquía superior que aquellas son violatorias de estas. En efecto, el artículo 187 numeral 9º de la Constitución Nacional dice:

“Corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas:

“9º Reglamentar lo relativo a la policía local *en todo aquello que no sea materia de disposición legal*’.

“Lo que fue materia de regulación en los artículos 107, 108, 109, 110 del Código de Rentas de Antioquia transcritos, ya había sido regulado por el Decreto legislativo número 386 de 1983, en los textos que a continuación se transcriben:

“‘Artículo 6º, numeral 1º Toda infracción del concesionario a las normas establecidas para el juego de apuestas permanentes será sancionado con multa de (\$ 250.000) por primera vez, por segunda con el doble, y la tercera con la caducidad del contrato que conlleva la cancelación de todas las licencias y carnés a los vendedores.

“‘Artículo 6º numeral 2º Toda infracción de los vendedores acarreará una multa de (\$ 2.000) por la primera vez, de (\$ 4.000) por la segunda y cancelación de la credencial por la tercera. Las multas impuestas a los vendedores serán canceladas por el concesionario para la cual labora y éste podrá repetir contra el multado a quien se le entregará copia de la providencia.

“‘Artículo 7º El comprador que ha sabiendas realice apuestas permanentes en forma no oficial, incurrirá en las sanciones establecidas en el Código Nacional de Policía para juegos ilegales’ ”.

“Disposiciones, estas que fueron reglamentadas por el Decreto 033 de 1984 y que en aras de la brevedad no se transcriben.

“En lo referente a los no concesionarios el Decreto 522 de 1971, artículo 27 dispone: ‘El que explote el negocio de juegos prohibidos, incurrirá en multa de un mil a cinco mil pesos, y en clausura definitiva del establecimiento, si lo tuviere’.

“Es evidente entonces que aquel que sin ser concesionario, explote el juego de apuestas mutuas en formularios

no oficiales, incurre en la prohibición de explotar juegos prohibidos, el permitido es el que se hace en talonarios oficiales y la sanción aplicable será la prevista en el ya citado Decreto 522 de 1971.

“Estando reglamentadas tales conductas en normas legales, la Asamblea de Antioquia no podía entrar a disponer sobre ellas, razonamiento al que llega, en sentir del Tribunal, a través de la comparación del texto impugnado con las normas legales que efectivamente son trasngredidas manifiestamente”.

*Sustentación del recurso de apelación:*

El Departamento de Antioquia pide que se levante la suspensión provisional para lo cual arguye lo siguiente:

“Aduce para el efecto (el auto apelado), que juego de apuestas permanentes o chance ha sido reglamentado por el legislador a través de leyes, decretos legislativos y por el Gobierno con base en la potestad reglamentaria de la ley, tal como ha sucedido con la Ley 1º de 1982, el Decreto-ley 386 de 1983, los Decretos reglamentarios números 421 y 965 de 1982, 033 de 1984, 1736 de 1986, 1988 y 2527, entre otros; encontrando entonces que se ha violado el artículo 187 numeral 9º de la Constitución Nacional, donde se otorga como función a la Asamblea reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal (se pone entre paréntesis).

“Precisamente, la citada disposición constitucional sirvió de fundamento a la Asamblea para facultar al gobernador, mediante Ordenanza número 12 de diciembre 14 de 1983, para expedir el Decreto 1562 de 1984 ‘Por medio del cual se modifica y actualiza el Código de Rentas de Antioquia’, que en su Capítulo VIII, contentivo de los artículos 107, 108, 109 y 110, estableció las contravenciones a la renta de apuestas permanentes, siendo ahora objeto de la suspensión provisional, por parte del honorable Tribunal Administrativo y que me propongo apelar, pues de quedar en firme, se crearía el vacío normativo en cuanto a las sanciones para aplicar a los particulares que no tengan contratos con la Beneficencia, ni licencia de funcionamiento debidamente expedida y exploten el juego o participen de cualquier otro modo en él, pues éstas son conductas no tipificadas, por cuanto la Ley 1º de 1982 y el Decreto legislativo 386 de 1983 y demás decretos reglamentarios, sólo se ocupan del régimen de sanciones para el concesionario, para el vendedor carnetizado y para el comprador que a saibendas realice apuestas en formularios no oficiales.

“Afirma además el accionante que en idéntico sentido se violó el artículo 26 del Decreto 522 de 1971, entendemos que quiso referirse al artículo 27, el cual establece: ‘El que explote el negocio de juegos prohibidos incurrirá en multa de \$ 1.000 a \$ 5.000 y en clausura definitiva del establecimiento si lo tuviere’.

“No es cierta tal afirmación, porque la contravención establecida por él, consiste en la explotación económica de los juegos prohibidos —por cierto, no definidos en nuestra legislación—, es decir, su organización y dirección, la instalación de un negocio con tal fin; sancionándose entonces sólo como infractor al que explote los juegos prohibidos, o sea al dueño del establecimiento, con multa, o clausura definitiva del negocio, quedando por fuera los establecimientos abiertos al público, cuya actividad no es la explotación del juego, pero que ello se permite la venta ilegal de apuestas permanentes.

“Por todo lo anterior, vemos que de la simple comparación entre el acto acusado y el artículo 187 numeral 9º de la Constitución Nacional y demás normas que se dicen violadas, no permite ciertamente determinar el quebranto de las últimas, dado que lo establecido en los artículos 107 a 110 del decreto acusado, son sanciones a conductas no tipificadas por el legislador a través de leyes y decretos legislativos y reglamentarios, no habiéndose agotado por lo tanto el tema correspondiente al juego de apuestas permanentes y en consecuencia no pudo el señor gobernador desbordar los límites legales. Por el contrario, lo que surge al primer golpe de vista de la confrontación entre el acto acusado y las normas superiores, es que regulan situaciones jurídicas diferentes, esto es, en las normas que citan como violadas: Ley 1º de 1982 y el Decreto legislativo 386 de 1983, al igual que los reglamentarios, sólo se ocupa del régimen de sanciones para el concesionario, para el vendedor carnetizado, y para el comprador que a sabiendas realice apuestas en formularios no oficiales, quedando por fuera los particulares que no tengan contrato con la entidad (en nuestro caso con la Beneficencia), los que posean licencia de funcionamiento debidamente expedida y exploten el juego, y, sanciones a quienes participen de cualquier otro modo en él, violando con ello el régimen de apuestas permanentes, viéndose de esta manera sumamente afectado, con la explotación indebida del juego, el fisco departamental, situación ésta que se quiere controlar con las normas que son objeto ahora de suspensión provisional; lo que descarta entonces la manifiesta violación pretendida, que es la condición exigida por el inciso segundo del artículo 152 del C. C. A., para el éxito de la suspensión provisional en acciones de nulidad”.

*Consideraciones de la Sala:*

Estima ésta que la suspensión provisional decretada por el *a quo* debe revocarse porque el tema sobre que ella se ocupa ofrece interrogantes que no es dable dilucidar a primera vista, sino que es menester adelantar un estudio detenido y reflexivo propio de la sentencia que ha de dirimir este contencioso objetivo de anulación.

En efecto:

a) Surge la inquietud de determinar si precisamente las conductas sancionadas en el Decreto departamental cuestionado, número 1562 de 1984, pese a ser diferentes a las previstas en el Decreto 386 de 1983 serían residuales, de conformidad con el artículo 187 ordinal 9º de la Constitución Nacional.

Sobre todo si se tiene en cuenta que dicho decreto que "modifica y actualiza el Código de Rentas de Antioquia" ha sido adoptado en desarrollo de las facultades conferidas al gobernador por la Ordenanza 12 de diciembre de 1983.

b) Se agrega a lo anterior que se plantea también el fenómeno procesal de la cosa juzgada en relación con el artículo 109 del Decreto 1562 por afirmarse que ya el Tribunal Administrativo de Antioquia juzgó y decidió sobre la legalidad de ese texto, que es ahora cuestionado con fundamento en la misma normatividad.

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

*Resuelve:*

Revócase el ordinal 4º del auto de 25 de noviembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la Sala de primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**PERSONAL DOCENTE-Traslado/SUSPENSION PROVISIO-  
NAL-Procedencia**

*El artículo 98 de la Ley 167 de 1941 desapareció del orden jurídico a partir del Acto legislativo número 1 de 1945, que en su artículo 42 suprimió el privilegio que consagraba aquella norma de excluir a priori la suspensión provisional de actos tales como los "referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo". Tal privilegio contrariaba el precepto constitucional que establece la posibilidad de suspensión provisional de toda clase de actos administrativos (art. 193 de la C. N.).*

*(...) En el acto acusado se echa de menos la refrendación que exige el artículo 15 del Decreto 1496 de 1986, la violación de ésta por aquel es perceptible por sencilla comparación.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.— Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.*

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

**Referencia:** Expediente número 4026. Única instancia. Suspensión provisional. Actor: Ministerio de Educación Nacional. Lilia Acosta de Turbay.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte impugnadora contra la providencia de febrero 28 del año en curso, por la cual, en Sala Unitaria, se decretó la suspensión provisional del Decreto 357 de junio 30 de 1987 del gobernador del Atlántico (fls. 51-54).

Son argumentos de la súplica los siguientes:

1. El decreto cuestionado dispuso un traslado y no un nombramiento, según lo define el Decreto 180 de 1982.
2. No hubo violación de formalidades legales.
3. Si es un nombramiento, la acción caducó, pues "los nombramientos corresponde demandarlos en acción electoral".

4. Hay incompetencia de la Corporación, pues el acto es de naturaleza departamental "por cuanto el gobernador ejerce doble función por mandamiento de la Constitución, como agente del Gobierno Nacional y jefe de la administración departamental, las cuales se subsumen como suprema autoridad administrativa del departamento".

5. La suspensión provisional está prohibida en las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal del ramo educativo (fls. 123-127).

*Para resolver, se considera:*

La providencia suplicada trae la siguiente motivación relacionada específicamente con la suspensión provisional que decreta:

"Para esta Sala Unitaria, es protuberante la irregularidad del acto cuestionado, comulgando en un todo con el análisis que, a manera de concepto de violación para sustentar la solicitud de suspensión provisional que (sic) hace la demandante. Cúmplense, entonces los requisitos indicados en el artículo 152 del C. C. A., para que sea procedente esta medida precautelar, sin necesidad de mayores estudios, por aparecer los vicios anotados *prima facie*; basta una sencilla comparación de las normas que se han citado, con el acto demandado, para llegar a tal conclusión" (fls. 51-54).

Por cuanto en la providencia se dice comulgar "en un todo con el análisis que, a manera de concepto de la violación para sustentar la solicitud de suspensión provisional, hace la demandante", corresponde revisar tal *análisis*.

Dado que el suplicante alega que el Consejo de Estado no es competente para conocer del *sub lite*, se precisa definir este punto en forma prioritaria.

Como lo pregona el Decreto 102 de 1976, la descentralización que autoriza la Ley 28 de 1974 y la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficial que ordena la Ley 43 de 1975, constituyen un todo armónico de la política educativa. Luego, los actos que se refieren al personal docente cuyo estatuto está consagrado en el Decreto-ley 2277 de 1979 son actos del orden nacional. Así pues, cuando un gobernador expide actos en relación con dicho personal, lo hace como agente del Gobierno Nacional: la descentralización administrativa de la educación primaria y secundaria no riñe con el carácter nacional de ésta.

En tal virtud, no es válida la afirmación del suplicante de que el gobernador del Atlántico, al expedir el acto acusado, obró como "funcionario u organismo administrativo del orden departamental" (fl. 126).

En consecuencia, la Corporación es competente para conocer en única instancia del *sub judice* conforme a las previsiones del numeral 3 del artículo 128 del C. C. A.

También alega el suplicante que “por mandato expreso del artículo 98 de la Ley 167 de 1941 la suspensión provisional está prohibida en las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal del ramo educativo. Esta ley había sido derogada por Decreto 01 de 1984, pero recobró su vigencia por virtud de sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de julio de 1984 y así lo reconoció esa Corporación en auto de enero 18 de 1985 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, al decir: ‘No existe contradicción entre el artículo 157 del Decreto 01 de 1984 y las normas que reglaban la suspensión provisional en el anterior sistema. Por el contrario, el artículo 157 remite los casos de excepción a la ley: ¿Cuál ley? Pues precisamente cualquier ley vigente que en forma expresa excluya a un proceso del régimen de la suspensión provisional...’” (fls. 126-127).

En razón de la prevalencia jerárquica de las normas, es axioma legal el que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”.

Por lo tanto, el artículo 98 de la Ley 167 de 1941 desapareció del orden jurídico a partir del Acto legislativo número 1 de 1945, que en su artículo 42 suprimió el privilegio que consagraba aquella norma de excluir *a priori* la suspensión provisional de actos tales como los “referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo”. Tal privilegio contrariaba el precepto constitucional que establece la posibilidad de suspensión provisional de toda clase de actos de la administración, en estos términos:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley” (C. N., art. 193).

Forzoso, es, entonces, concluir que la posibilidad de suspensión de *todo acto administrativo* es de rango constitucional, obviamente “por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”.

Por lo demás, es obvio, que el precepto constitucional preinserto puso fin a la odiosa discriminación consistente en que respecto de ciertos actos, no obstante ser *prima facie* violatorios de norma superior y reunir la solicitud los requisitos establecidos en la norma procesal, no pudiera ser decretada la suspensión provisional, por estar ella *prohibida por la ley*.

De esta suerte, la regla del último inciso del artículo 152 y el artículo 157 *ibidem* son inaplicables en la práctica por impedirlo el artículo 193 de la C. N.; reglas aquellas que no tienen la taumatúrgica

virtualidad de revivir disposiciones derogadas tácitamente por mandato superior, como es el caso del artículo 98 de la Ley 167 de 1941 (art. 5º, Ley 57 de 1887; art. 14, Ley 153 de 1887).

De otra parte, la medida precautelar impetrada encuentra soporte adecuado en el siguiente razonamiento:

“Pasando al análisis objetivo del decreto acusado su objeto fue *ilícito*, además de no ser posible, es ilícito porque está prohibido por la ley del concurso, Decreto 1498 de 1986, dándose este acto por fuera de los procedimientos establecidos en ella y porque además de infringir las normas jurídicas contrarió y perturbó el servicio público educativo, prueba de ello son las innumerables quejas, y actuaciones en contra de tamaña ilicitud.

En cuanto al elemento *motivo*, no existió los antecedentes reales que se debieran dar para producirse el acto, ya que si nos detenemos en los considerandos del Decreto 357 de junio 30 de 1987, vemos que invocan erróneamente el Decreto 180 de 1982 ya que no era el aplicable porque si bien lo define como el desplazamiento de un cargo docente a otro docente de igual o superior categoría constituye un ascenso dentro de la carrera administrativa docente, que regula la Resolución 7350 de 14 de julio de 1986, en su artículo primero, inciso 2 al decir ‘el proceso de selección para los nombramientos y ascensos de docentes y *directivos docentes* dentro de la carrera, en desarrollo del Decreto 1498 de 9 de mayo de 1986, será efectuado así: Concurso abierto para ingreso y ascenso dentro de la carrera para cargos directivos docentes, de educadores que reúnan los requisitos establecidos en el Decreto número 610 de 14 de marzo de 1980 y demás normas vigentes’. Procedimiento que no se dio en el disfrazado ascenso efectuado en la licenciada Lilia Acosta de Turbay, violándose flagrantemente esta norma reglamentaria del decreto sobre concurso, el tan citado 1498 de 9 de mayo de 1986” (fl. 34).

El citado artículo 15 del Decreto 1498, en el primer inciso preceptúa:

“Los nombramientos y *traslados* de los docentes y directivos docentes nacionalizados *deberán* producirse por decreto expedido por el gobernador, intendente, comisario o alcalde mayor de Bogotá, según el caso, y su secretario de Educación *con la refrendación* del delegado del Ministerio de Educación ante el Fondo Educativo Regional, tal como se establece en el artículo 6º del presente decreto y la certificación previa del jefe de la Oficina Seccional de Escalafón para los nombramientos”.

Ahora bien, como quiera que en el decreto acusado de fecha 30 de junio de 1987 (fl. 15), “por el cual se hace un traslado”, se echa

de menos la refrendación que al efecto exige la disposición preinserta, la violación de ésta por aquél es perceptible por sencilla comparación. Habrá de confirmarse el auto suplicado, puesto que la hipótesis de que "si es de nombramiento la acción caducó", es asunto que no corresponde definir a través del recurso de súplica.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

*Confírmase* la providencia de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictada por el doctor Alvaro Le-compte Luna.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

*Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Berreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**CLAUSULA DE CADUCIDAD-Efectos/GARANTIA DE CUMPLIMIENTO-Exigibilidad**

*La resolución de caducidad, así sea por incumplimiento, no permite en todos los casos la exigibilidad de la garantía de cumplimiento en los términos convenidos en el contrato. Esta sólo será exigible contra el contratista y su garante, también por jurisdicción coactiva, luego de la liquidación del contrato y cuando de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo.*

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

**Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**

**Referencia: Expediente número 5253 (acumulado 5298). Actor: Seguros del Comercio S. A.**

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por los actores de los dos procesos de la referencia, en su orden, Seguros del Comercio S. A., y Sociedad Hernández y Hernández Ltda., contra las sentencias de 30 de enero de 1987 y 15 de enero de 1988, dictadas por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante las cuales se denegaron las súplicas de la demanda.

Se deciden tales recursos en una sola sentencia, en vista de que durante la segunda instancia se produjo la acumulación de los procesos mencionados.

En el Proceso número 5253, la Compañía Seguros del Comercio S. A., pidió:

*“Primera. Que es nulo en parte el artículo 2º de la parte resolutive de la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985 de la Gobernación de Córdoba, en cuanto ordenó hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de la Compañía Seguros del Comercio S. A., identificada con el número 24804 por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 46.464.284.00), como consecuencia de la declaración de ca-*

de menos la refrendación que al efecto exige la disposición preinserta, la violación de ésta por aquél es perceptible por sencilla comparación. Habrá de confirmarse el auto suplicado, puesto que la hipótesis de que "si es de nombramiento la acción caducó", es asunto que no corresponde definir a través del recurso de súplica.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

*Confírmase* la providencia de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictada por el doctor Alvaro Leconte Luna.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Berreto Ruiz, Clara Forero de Castro.*

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**CLAUSULA DE CADUCIDAD-Efectos/GARANTIA DE CUMPLIMIENTO-Exigibilidad**

*La resolución de caducidad, así sea por incumplimiento, no permite en todos los casos la exigibilidad de la garantía de cumplimiento en los términos convenidos en el contrato. Esta sólo será exigible contra el contratista y su garante, también por jurisdicción coactiva, luego de la liquidación del contrato y cuando de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo.*

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

**Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo.**

**Referencia: Expediente número 5253 (acumulado 5298). Actor: Seguros del Comercio S. A.**

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por los actores de los dos procesos de la referencia, en su orden, Seguros del Comercio S. A., y Sociedad Hernández y Hernández Ltda., contra las sentencias de 30 de enero de 1987 y 15 de enero de 1988, dictadas por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante las cuales se denegaron las súplicas de la demanda.

Se deciden tales recursos en una sola sentencia, en vista de que durante la segunda instancia se produjo la acumulación de los procesos mencionados.

En el Proceso número 5253, la Compañía Seguros del Comercio S. A., pidió:

*“Primera. Que es nulo en parte el artículo 2º de la parte resolutive de la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985 de la Gobernación de Córdoba, en cuanto ordenó hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento de la Compañía Seguros del Comercio S. A., identificada con el número 24804 por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 46.464.284.00), como consecuencia de la declaración de ca-*

ducidad administrativa del contrato celebrado entre el Departamento de Córdoba y la sociedad Hernández y Hernández Ltda.

“El acto acusado, en la parte pertinente, reza así:

“*Artículo segundo.* Ordénase hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria por la suma de diez millones (\$ 10.000.000.00) de pesos y la póliza de seguro de cumplimiento de la Compañía de Seguros del Comercio S. A., por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro (\$ 46.464.284.00) pesos’.

“*Segunda.* Que son nulos en parte los artículos 1º y 2º de la Resolución número 001512 de 26 de julio de 1985 del gobernador *ad hoc* de Córdoba, en cuanto el primero de los artículos mencionados no revocó en parte el artículo segundo de la Resolución 000822 de 24 de abril de 1985 de la Gobernación de Córdoba que ordenó hacer efectiva la garantía de cumplimiento o póliza de seguro de cumplimiento de la Compañía Seguros del Comercio S. A., identificada con el número 24804 por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro (\$ 46.464.284.00) y en cuanto el segundo de los artículos mencionados mantuvo en todo su vigor la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985 no excluyendo por consiguiente la orden de hacer efectiva la garantía de cumplimiento de que se ha hecho mención”.

“El acto acusado, en la parte pertinente, reza así:

“*Artículo primero.* No revocar los artículos primero y segundo de la Resolución 000822 de 24 de abril de 1985, por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato celebrado con la sociedad Hernández y Hernández Ltda., para la introducción, distribución y venta de licores provenientes de la Industria Licorera de Bolívar y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento’.

“*Artículo segundo.* Mantener en todo su vigor la Resolución 000822 de 24 de abril de 1985’.

“*Tercera.* Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se condene a la Gobernación de Córdoba a indemnizar los perjuicios ocasionados a Seguros del Comercio S. A., derivados de la orden de hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de la Compañía de Seguros del Comercio S. A., identificada con el número 24804 por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro

mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 46.464.284.00), como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa del contrato celebrado entre el Departamento de Córdoba y la sociedad Hernández y Hernández Ltda., contenida en las Resoluciones número 000822 de 24 de abril de 1985 y número 001512 de 26 de julio de 1985, comprendiendo el daño emergente con la correspondiente corrección monetaria, y lucro cesante, según lo que se acredite en el incidente de la liquidación de la condena previsto en los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil”.

En el Proceso número 5298, la sociedad Hernández y Hernández solicitó:

“*Primera.* Es nula la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985 por medio de la cual el señor gobernador del Departamento de Córdoba declaró la caducidad del contrato de distribución de licores de la Industria de Bolívar en el Departamento de Córdoba, celebrado entre el departamento antes citado y la sociedad Hernández y Hernández Ltda., y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de diez millones de pesos (\$ 10.000.000.00) y la póliza de seguro de cumplimiento otorgada por la Compañía de Seguros del Comercio S. A., por valor de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$ 46.464.284.00).

“*Segunda.* Que es igualmente nula la Resolución número 001512 de 26 de julio de 1985, por la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 000822.

“*Tercera.* Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a manera de restablecimiento de los derechos desconocidos con la expedición de los actos que se anulan, se condene al Departamento de Córdoba a:

“a) Restituir a mi poderdante o a quien o quienes sus derechos represente, debidamente actualizadas y con los frutos dejados de percibir, las sumas canceladas por ‘Hernández y Hernández Ltda.’, por concepto de la cláusula penal pecuniaria, intereses sobre ésta, costas sobre el proceso adelantado para la cancelación de las mismas, gastos de pólizas, etc., en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985 del gobernador del Departamento de Córdoba.

“b) Pagar a mi poderdante o a quien sus derechos represente el monto de los perjuicios ocasionados con motivo de la expedición de los actos cuya nulidad se declara, especial-

mente, los relacionados con la privación de las utilidades que habría podido percibir si hubiera ejecutado el contrato de distribución de licores celebrado con el Departamento de Córdoba hasta el día 29 de febrero de 1988, daños que, en ningún caso son inferiores al valor que en la fecha del fallo, tengan quinientos millones de pesos (\$ 500.000.000.00).

“e) Reintegrar o restituir a mi poderdante, o a quien sus derechos represente, las sumas de dinero que haya tenido que cancelar a Seguros del Comercio S. A., o a cualquier otra persona, por el pago que se hayan hecho al Departamento de Córdoba en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento cuya exigibilidad se ordenó por los actos acusados.

“d) Actualizar en su valor a la fecha de la sentencia, y siguiendo los métodos empleados por la Sala Contenciosa Administrativo del Consejo de Estado para tal efecto, las sumas de dinero que el Departamento de Córdoba deba restituir y pagar, de acuerdo con las peticiones de esta demanda.

“e) Reconocer el lucro cesante de las cantidades que constituyen el daño emergente. En subsidio y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 177 *in fine*, del Código Contencioso Administrativo, se reconocerán intereses comerciales sobre dichas sumas desde el momento en que se produjo el daño y hasta la fecha de la sentencia.

“Si dentro del proceso no se pudiere establecer el *quantum* de los perjuicios, se liquidarán mediante el incidente de regulación de los mismos de qué trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

“*Cuarta.* La sentencia se comunicará al Departamento de Córdoba por intermedio de los señores gobernador y secretario de Hacienda Departamental, para que dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo le den el debido cumplimiento.

“*Quinta.* Si no se diere cumplimiento a la sentencia dentro del término anterior, las condenas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese lapso, sin perjuicio de la actualización o ajuste de valor de que trata el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo”.

En las demandas se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1º Que el Departamento de Córdoba y la Industria Licorera de Bolívar celebraron el 21 de febrero de 1984 contrato para la producción, compra y venta de productos de ésta.

2º Que el Departamento de Córdoba abrió licitación para seleccionar el distribuidor de los productos de Licorera de Bolívar.

3º Que en dicha licitación el contrato se le adjudicó a la sociedad Hernández y Hernández Ltda., el cual fue suscrito el 23 de julio de 1984.

4º Que en dicho contrato la adjudicataria se obligó a otorgar garantía de cumplimiento por un año y por \$ 46.464.284.00, renovable por los demás años (Póliza núm. 24804 de 1984).

5º Que además de esa obligación, el contrato contempló una cláusula penal por valor de \$ 10.000.000.00, como sanción pecuniaria por el incumplimiento.

6º Que el 14 de septiembre de 1984 el Consejo de Gobierno de Córdoba aprobó cláusula adicional del contrato de 23 de julio de 1984, mediante la cual se fijaron las cantidades de licor que debía adquirir la contratista para su distribución y venta en dicho departamento.

7º Que el Tribunal Administrativo de Córdoba el 18 de octubre de 1984 declaró que ese contrato se ajustaba a las autorizaciones legales.

8º Que el gobernador de dicho departamento, mediante la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985, declaró la caducidad administrativa de ese contrato por incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y ordenó hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria por \$ 10.000.000.00 y la garantía de cumplimiento por \$ 46.464.284.00.

9º Que interpuso el recurso de reposición contra la resolución, el gobernador mantuvo la decisión en los términos originales.

10. Que con base en ese acto, el juzgado departamental de rentas y ejecuciones fiscales de Córdoba, inició proceso ejecutivo contra la contratista y la aseguradora Seguros del Comercio S. A.

11. Que fue así como se libró mandamiento de pago contra la contratista por \$ 10.000.000.00 más los intereses y contra la aseguradora por \$ 46.464.284.00, más los intereses legales y se decretó el embargo de los saldos bancarios de ésta en varios bancos del país.

12. Que ese embargo produjo serios perjuicios a la aseguradora, amén de que se entorpecieron sus operaciones.

Se señalaron como infringidos por el acto administrativo impugnado, los siguientes artículos: 25, 16, 20, 55, 181, 182 y 194 de la Constitución; 1, inciso 4º, 13, 64, 70, inciso 2º, 287, 288 y 289 del Decreto 222 de 1983; 1072, 1077 del C. de Co.; 6, numeral 1 y 10, numeral 1 de la Resolución 010500 de 1984 de la Contraloría General de la República; 1530, 1536, 1551, 1602, 1603, 1613 y 1614 del C. C.; 59

inciso. 2º del Decreto 01 de 1984; 21, 27 y 28 del Decreto 680 de 1977 o Código Fiscal de Córdoba.

Como se expresó al comienzo de esta providencia, el Tribunal *a quo* denegó las súplicas de las dos demandas, mediante las sentencias de enero 30 de 1987 y enero 15 de 1988.

Para el efecto sostuvo, en este último fallo, en lo pertinente:

“El Tribunal en cuanto al punto a) dejó bien claro que en el proceso no se demostró el incumplimiento de la entidad contratante, ello debe aparecer nítido, claro y fehacientemente demostrado para exigir la responsabilidad como lo pretende el contratista, de suerte que la aplicación del artículo 1609 del Código Civil es precisamente cuando en los contratos bilaterales ninguna de las partes puede alegar su incumplimiento, cuando ambos han incumplido y es lógico no poder aplicar la cláusula exorbitante.

“Por consiguiente, al no demostrarse en este proceso el incumplimiento del Departamento de Córdoba, nada puede exigírsele que resarza perjuicio alguno. El literal b) es congruencia del a), en cuanto al punto c) no se demostró la mala fe del Gobierno departamental de Córdoba, al declarar la caducidad del contrato con el distribuidor de Licores de Bolívar.

“Ya vimos que el gobernador Salas Calle sí intervino en un viaje a Cartagena a verificar la verdad de lo informado por la sociedad y la revisión del contrato era ilegal en la forma pedida por la sociedad contratista en rebajar en 8.000 cajas las cuotas mensuales de compra de licores y el abuso o desviación de poder es inconcebible en esta clase de actos, cuando hay antecedentes administrativos antes de declarar la caducidad, como lo demuestran las muchas comunicaciones de Hernández y Hernández Ltda., al Gobierno departamental como las muchas de la Industria Licorera de Bolívar. El abuso de poder o desviación debe alegarse además como hecho constitutivo de la demanda para poder analizarse como factor de la sentencia, pero no puede tenerse en cuenta cuando se propone en el alegato de conclusión.

“Las dificultades administrativas y comerciales a comienzos del contrato a que se refiere la vista fiscal por parte de la Industria Licorera de Bolívar, en nada influyeron para dejar de cumplir con las cuotas mensuales a que se contrae el contrato de la distribuidora, si en algunos casos no hubo la cuota, fue por falta de programación y entendimiento de ésta con la Industria Licorera en la cual como informa el gerente esos pedidos debían concretarse anticipadamente y no a fines de

mes, además lleva dos (2) días de elaboración o fabricación de la cuota de Córdoba y en el mes de febrero de 1985 el distribuidor no presentó compras, reposando en 13 de marzo de 1985, 8.000 cajas en bodega.

“A decretar la caducidad era una facultad que la ley le otorga a los entes administrativos en los contratos que celebre como era el de la Concesión de Licores y que se expresó claramente en el contrato cuando debía hacerse uso de dicha cláusula exorbitante, por consiguiente, no es aceptable por el Tribunal que ‘para no dar contestación de las peticiones de la sociedad Hernández y Hernández Ltda.’, el Gobierno decretó la caducidad, esa afirmación subjetiva, no fue demostrada en el proceso.

“Igualmente, no fue desvirtuado el hecho de incumplimiento por parte de Hernández y Hernández Ltda., de la no presentación del balance semestral a la Secretaría de Hacienda Departamental a que se obligó por medio de la cláusula décima segunda del contrato.

“De todo lo anterior se deduce el incumplimiento del contrato por parte del demandante en más de una obligación consideradas esenciales; lo que hacía imposible la ejecución del contrato y la derivación de perjuicios para la entidad contratante, lo que no quedaba otra alternativa que fue la declaratoria de caducidad con lo cual dio aplicación legal y contractual haciendo uso del párrafo segundo del artículo 27 del Código Fiscal del Departamento, norma que armoniza con el artículo 64 del Decreto 222 de 1983 —véase la comunicación del gerente de la Licorera de Bolívar José María Imbeth Bermúdez, al gobernador de Córdoba fl. 235 y siguientes— Tercer cuaderno.

“.....

“Dicen pues las normas y así lo afirma Seguros del Comercio, que sin liquidación no es posible hacer efectiva la póliza de cumplimiento, porque en virtud de ese acto puede determinarse el valor a cargo del contratista y a favor de la Gobernación, si lo hubiere.

“Ahora bien, como no todos los actos de la administración derivados o que tengan origen en un contrato es necesario que dichos actos tengan que estar unidos al contrato que los origina, naciendo en esta forma la teoría de los actos separables o autónomos. Esto es, tiene vida propia.

“Así como antes de que nazca el contrato se suceden la formulación de actos administrativos, igualmente sucede du-

rante la ejecución del mismo; imposición de multas, la interpretación del contrato, la modificación unilateralmente o se caduca o termina el contrato.

“En el caso de autos, caducado el contrato o sea muerto este, es posible un acto de liquidación, si fuere el caso. Entonces para demandar jurisdiccionalmente el acto separable, y en el caso de estudio el acto que declaró la caducidad, es necesario esperar que se produzca la terminación del contrato, pero considera el Tribunal que en el caso de caducidad no se requiere de liquidación posterior, puesto que nada hay que liquidar en contraprestaciones; y tanto es así, que Hernández y Hernández Ltda., hizo uso de la acción relativa a contrato demandando al Departamento de Córdoba, en acción de restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes al quedar ejecutoriada la resolución que confirmó la que declaró la caducidad.

“De acuerdo con lo anterior, no observa el Tribunal violación de norma alguna por parte de la entidad contratante al declarar la caducidad por medio de la Resolución 000822 de fecha 24 de abril de 1985, y en la cual ordenó a su vez hacer efectiva la Póliza número 24804 otorgada por Seguros del Comercio S. A., que garantizaba el cumplimiento del contrato, lo cual es legal, por no requerirse para su efectividad acta alguna u acto de liquidación del contrato.

“Aunque si bien es cierto, que la cláusula penal pecuniaria es diferente a la póliza de seguro de cumplimiento del contrato, aunque no exista norma en el Código Fiscal de Córdoba, a donde se remitió la administración para la declaratoria de la caducidad para su efectividad. También era procedente en la misma resolución ordenar hacerla efectiva, puesto que estaba pactada precisamente por la entidad contratante para salvaguardar sus intereses en caso de no cumplimiento del contratista, como es el caso contemplado, de lo contrario se desquiciaría el principio que inspira la creación de las compañías de seguro, que son precisamente para responder de los perjuicios de quien incumpla en un contrato” (sentencia de 15 de enero de 1988).

Sentencia de enero 30 de 1987:

Anota, en lo pertinente:

“De manera que como bien lo afirma el señor apoderado de la entidad aseguradora la póliza de seguros expedida por la compañía Seguros del Comercio S. A., hace parte del contrato celebrado entre la sociedad Hernández y Hernández Ltda., y el Departamento de Córdoba, para la introducción,

distribución y venta de los licores de la Industria Licorera de Bolívar, en el Departamento de Córdoba. La compañía aseguradora garantizó mediante la póliza de seguros el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y se obligó en caso de incumplimiento a pagar hasta la suma comprendida en la póliza en caso de incumplimiento de la sociedad contratante. En la misma póliza como se dijo anteriormente que hace parte del contrato se estableció cuándo debería pagar y en qué condiciones la compañía aseguradora. Es decir, cuando es exigible la obligación de pagar que para este caso, no es otro que cuando se ejecutorie la resolución que declara la caducidad del contrato por incumplimiento y medie los dos meses y el requerimiento de que habla la cláusula diez del anexo de la póliza de seguros. Pero eso en nada impide, a la entidad contratante, Departamento de Córdoba, que establecido el incumplimiento de la sociedad contratante o lo que es lo mismo ocurrido el evento asegurado, se ordene hacer efectiva la garantía, aunque ésta no sea exigible”.

“ .....

“En el contrato celebrado entre la sociedad Hernández y Hernández y el Departamento de Córdoba, garantizado por la entidad demandante, no se estableció expresamente motivos especiales de caducidad sino que en la cláusula décimo-octava se dijo que a este contrato se entenderían incorporadas entre otras las disposiciones legales relativas a la caducidad.

“Ahora bien, las normas invocadas, en ninguna parte prohíben o impiden a la entidad contratante ordenar hacer efectiva la garantía. Bien es cierto que de acuerdo con las normas citadas es obligatorio ordenar en la resolución que declara la caducidad hacer efectiva las multas y la cláusula penal pecuniaria, sin decir nada en relación con la garantía. En consecuencia es obligatorio para la entidad contratante, porque así lo ordenan los artículos 63 y 64 del decreto antes citado, ordenar hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria si fueron pactadas y es facultativo de la entidad contratante ordenar hacer efectiva la garantía de cumplimiento, porque las normas invocadas ni lo prohíben ni lo ordenan”.

“ .....

“Valga la afirmación hecha anteriormente, en el sentido de que en ninguna parte la norma invocada ordena que previa a la orden de hacer efectiva la garantía, se ordene la liquidación del contrato. Sin embargo, es necesario aclarar, que como bien lo afirma el señor apoderado del departamento la liqui-

dación del contrato, sería indispensable en el caso de que por la naturaleza del contrato, la sociedad contratante hubiese recibido bienes de la entidad contratante, de lo cual resultarían prestaciones mutuas que sería necesario liquidar para determinar quién le debe a quién. Mas en el presente caso en que el Departamento de Córdoba, no ha aportado bien alguno, sino, que simplemente a sus arcas debe entrar el valor del impuesto de la cantidad de licores que el contratista se obligó a vender en el Departamento de Córdoba, y que garantizó Seguros del Comercio S. A., no es necesario la liquidación del contrato en la forma que plantea el señor representante de la compañía aseguradora. No debe olvidarse que los contratos administrativos pueden liquidarse aún unilateralmente por la entidad contratante.

“Pero en el supuesto de que esa liquidación sea necesaria tampoco sería causal de nulidad de los actos acusados, sino que simplemente la obligación no sería clara ni exigible por lo cual no se podría hacer efectiva ejecutoriamente.

“Más aún el Tribunal estima que en el presente caso la liquidación sí existió y existió unilateralmente efectuada por el Departamento de Córdoba, en una operación de fácil contabilidad como fue determinar el impuesto pagado por el contratista que resultó un menor valor por una suma muy superior a la asegurada de acuerdo con la documentación que reposa en el proceso y que ni siquiera ha sido cuestionada por el actor.

“Si no hubo violación de la ley por falta de liquidación, es claro que tampoco se violó el procedimiento para la liquidación que habla el actor”.

Descontentas las dos partes demandantes interpusieron sendos recursos de apelación. Dentro del trámite de dicho recurso y por petición de la Fiscalía se acumularon los dos procesos (auto de febrero 2 de 1989, a folio 455 del cuaderno principal del Proceso 5253).

Para la señora fiscal colaboradora, la sentencia dictada dentro del Proceso 5253 (actora Seguros del Comercio S. A.) merece ser confirmada. Así, en su vista de 11 de octubre de 1988 (a fls. 448 y siguientes del cdno núm. 1) sostiene, en lo pertinente:

“La terminación unilateral del contrato se hizo con fundamento en el poder exorbitante que le asistía al Departamento de Córdoba; facultad que se ejerció durante la ejecución del contrato y ante el incumplimiento del contratista. Esta determinación fue debidamente motivada, como puede verse en los considerandos de la resolución. Tenemos pues, que presentándose los hechos del incumplimiento, en el mismo

acto administrativo que así lo declaraba se podía hacer efectiva la garantía que amparaba ese riesgo.

“En la resolución de caducidad se podía hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada independientemente de la garantía de cumplimiento del contrato. Debe observarse que la garantía otorgada por la compañía aseguradora, como la cláusula penal pecuniaria, surgían ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales; una estaba pactada a cargo de la compañía de seguros, la otra a cargo directamente del contratista. En todo caso, una vez ocurrido el hecho del incumplimiento, bien podía la Administración hacer efectivas tanto la garantía como la sanción.

“La Póliza número 24804 por la suma de \$ 46.464.284.00 que garantizaba el incumplimiento del contratista, podía hacerse efectiva directamente por la Administración, sin recurrir a las acciones judiciales. Como el asegurador está obligado a responder por la suma señalada en la póliza, tenemos que en el presente caso, la resolución de caducidad no excedió esa cantidad, sino que se ciñó a ella.

“No es de recibo el argumento del apelante, cuando afirma que la efectividad de la póliza de seguro de cumplimiento, estaba sujeta a la liquidación del contrato de concesión; ya que la misma se hacía efectiva con la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, como ya se dijo. La liquidación del contrato, es cuestión que atañe a las partes contratantes, siendo además un acto posterior a la declaratoria de caducidad”.

Aunque en el proceso instaurado por la contratista (Proceso 5298) no aparece concepto de fondo, sino la petición de acumulación, la opinión fiscal transcrita en lo fundamental se estima como válida para todos los efectos.

*Para decidir, se considera:*

Vistos los planteamientos hechos por las partes en sus demandas iniciales, cabe precisar:

Mientras Seguros del Comercio S. A., impugna la resolución de caducidad en cuanto ordena hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato por valor de \$ 46.464.284.00, sin cuestionar la validez de la medida caducatoria en sí, sino sus alcances o efectos, la sociedad contratista pide la nulidad del acto de caducidad (en cuanto pretende hacer efectivas tanto la cláusula penal pecuniaria, la garantía de cumplimiento y la indemnización de perjuicios causados con la expedición de dicho acto) y la declaratoria de incumplimiento tanto del departamento como de la Industria de Licores de Bolívar.

Para la Sala la presente motivación deberá seguir el siguiente derrotero:

- La resolución de caducidad y sus efectos.
- La cláusula penal pecuniaria.
- La garantía de cumplimiento.
- La impugnación.

*La resolución de caducidad:*

Aunque el contrato celebrado entre las partes involucradas en esta controversia no es muy explícito en cuanto a la terminación unilateral, en la cláusula décima octava se señala que en él "se entienden incorporadas las disposiciones pertinentes del Código Civil, leyes administrativas y fiscales que regulan la materia, y las del Código Fiscal del Departamento, en especial, las relativas a la caducidad y formas de terminación del contrato".

Precisamente en el Decreto 680/77 o Código Fiscal Departamental de Córdoba, se regula lo relacionado con la caducidad en forma similar a como lo hacía el Decreto 150 de 1976 y lo regula hoy el 222 de 1983. Allí, en su artículo 27 se señalan los motivos que dan lugar a dicha declaratoria, dentro de los cuales está el incumplimiento del contratista.

Y efectivamente fue esta la causal alegada por el departamento para declarar la caducidad del contrato celebrado por la sociedad Hernández y Hernández. Así en la Resolución 000822 (confirmada por la 001512 de 1985) se destaca ese motivo de la siguiente manera:

"Que durante los meses de febrero, marzo y los días que han transcurrido de abril la sociedad comercial Hernández y Hernández, no ha introducido, distribuido ni vendido en el Departamento de Córdoba las cantidades ni siquiera mínimas, a que lo obliga el contrato celebrado con el Departamento de Córdoba.

"Que el convenio celebrado con la sociedad comercial Hernández y Hernández obliga a esta firma a cancelar en la Tesorería General del Departamento el impuesto de consumo por las ventas mínimas de quince mil cajas mensuales, cancelación ésta que no se efectuó en febrero y marzo con grave perjuicio para la Administración departamental.

"Que el contratista sólo ha cancelado en Tesorería una mínima parte del ocho por ciento (8%) sobre el valor total que le corresponde por concepto de estampilla de consumo a que lo obligan las cláusulas décima cuarta y décima quinta

del contrato suscrito con el Departamento de Córdoba. Adeudando por este motivo la suma de \$ 8.436.242.00”.

“.....

“Que el contratista no ha cumplido con el compromiso u obligación que le impone la cláusula décima segunda del contrato, cual es la de presentar a la Secretaría de Hacienda del Departamento, los Balances de Estados de Pérdidas y Ganancias tanto semestral como anual”.

La parte resolutive, como se expresó atrás, ordenó hacer efectivas tanto la cláusula penal pecuniaria por \$ 10.000.000.00 como la póliza de seguro de cumplimiento de la compañía Seguros del Comercio S. A., por un valor de \$ 46.464.284.00.

Se observa que aunque en el contrato principal nada se había precisado en torno a la cláusula penal y sólo en forma genérica se hablaba de la garantía de cumplimiento, luego se pactó entre las partes una cláusula adicional en la que se convino que “el contratista independientemente de la suma señalada como garantía o cumplimiento, pagará al departamento como sanción pecuniaria por el incumplimiento del contrato la suma de diez millones (\$ 10.000.000.00) de pesos”.

Según el mandato del artículo 64 del Decreto 222 de 1983, en la declaratoria de caducidad de un contrato administrativo deberán señalarse las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso.

Lo así dispuesto armoniza con el artículo 63 *ibidem*, el que al hablar de los efectos de la caducidad, en cuanto ordena hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, agrega que prestará mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías.

Se infiere de lo expuesto que el mérito ejecutivo de la resolución de caducidad se entiende para la efectividad tanto de las multas que se hubieren decretado con anterioridad al acto de caducidad, como para la de la cláusula penal pecuniaria.

Pero, en principio, no presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva para la exigibilidad de la garantía de cumplimiento.

#### *La cláusula penal pecuniaria:*

Se entiende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en el caso *sub judice*, porque el artículo 72 corrobora la afirmación precedente, al disponer que “se hará efectiva directamente por la entidad

contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento" y porque, además, el valor de la cláusula penal que se haga efectiva "se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante" (Decreto 222 de 1983).

Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el sólo incumplimiento en los eventos del antecitado artículo 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral.

#### *La garantía de cumplimiento:*

En el caso *sub judice* la resolución de caducidad no sólo pretende hacer efectiva la cláusula penal, sino la garantía de cumplimiento contra la sociedad garante y la contratista.

En el primer extremo, como se expresó, no existe obstáculo alguno. La exigibilidad de la cláusula penal como consecuencia de la declaratoria de caducidad no ofrece dudas. Pero la segunda exigencia, la efectividad de la garantía de cumplimiento, merece comentario aparte.

Para la Sala la resolución de caducidad, así sea por incumplimiento, no permite en todos los casos la exigibilidad de dicha garantía en los términos convenidos en el contrato. Esta sólo será exigible contra el contratista y su garante (art. 289 *in fine* del Decreto 222), también por jurisdicción coactiva, luego de la liquidación del contrato y "cuando de ellas resultaren obligaciones económicas a su cargo".

No impide lo precedente que en la parte resolutive de la resolución de caducidad por incumplimiento se ordene hacer efectiva la garantía de cumplimiento, pero sólo para el pago de la cláusula penal, de las multas que se hubieren decretado antes y del saldo que resultare a cargo del contratista en la liquidación del contrato. Saldo en el que no debe incluirse partida nueva sobre perjuicios, porque éstos no podrán fijarse sino por el juez del contrato.

Lo precedente permite un interrogante: Qué cubre la garantía de cumplimiento? O, en otros términos, ¿qué puede exigirse a la persona garante cuando el garantizado incumplió?

Ya se vio que el incumplimiento del contratista puede ser declarado unilateralmente por la administración; bien como motivo justificativo de la caducidad o de una multa; o bien directamente, antes

de la liquidación del contrato, para los efectos del artículo 72 del Decreto 222 de 1983.

La garantía de cumplimiento, como su nombre lo dice y lo prevé la Resolución 010500 de 1984 de la Contraloría General de la República (artículo 9º), reglamentaria de las garantías otorgadas por las aseguradoras, precave a las entidades contratantes "contra la eventualidad de incumplimiento por parte del contratista en cuanto a las estipulaciones pactadas sobre términos, condiciones y especificaciones contractuales"; y ordena que a dicha garantía "se imputarán las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria..."

En este orden de ideas, la garantía de cumplimiento cubre a la administración del riesgo que corre con el cumplimiento del contratista y con el no pago tanto de las multas y de la cláusula penal como del valor de la condena que por concepto de perjuicios pueda señalar el juez del contrato.

Se corrobora lo anterior con el párrafo 3º de las condiciones generales del contrato de seguro número 24804 o póliza de seguro de cumplimiento suscrita por Hernández y Hernández Ltda., el que en esencia coincide con el artículo 9º antecitado. Allí, se lee:

"De la garantía de cumplimiento del contrato. Por medio de la garantía de cumplimiento, las entidades contratantes se precaven contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva. El pago de la cláusula penal pecuniaria será considerado como parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante".

Si la cláusula penal y las multas insolutas decretadas con anterioridad se hacen exigibles con la resolución de caducidad y se pagan por el contratista o su garante, este pago será definitivo. Pero si las obligaciones a cargo del contratista resultaren en la liquidación de un valor superior a lo pagado por los conceptos indicados, deberán cubrirse, en el exceso, con la garantía de cumplimiento.

En suma. El pago de las multas y de la cláusula penal están garantizados con la póliza de cumplimiento, como también lo están las demás obligaciones que resulten a cargo del contratista en el acta de liquidación o en la condena judicial por perjuicios.

#### *La impugnación:*

Como se dijo al principio de esta motivación, la aseguradora impugna el acto de caducidad en cuanto ordena hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento; en cambio, aunque en forma imprecisa,

la sociedad contratista impugna el acto en su totalidad, porque su incumplimiento estuvo justificado con el no cumplimiento de la Industria de Licores de Bolívar y del Departamento de Córdoba, entidad contratante.

Surge aquí un interrogante ¿se dieron los supuestos de hecho y de derecho para la expedición del acto administrativo cuestionado? Es decir, ¿se probó el incumplimiento de la contratista en los términos señalados en su motivación? ¿Existió una razón exculpativa para la conducta de ésta?

Para responder estas preguntas, se anota:

Las razones expuestas por la administración en su acto de caducidad se transcribieron atrás (a folio 17 de este fallo). La expresión de los motivos del acto en tales eventos se impone por mandato legal.

Ante este hecho la parte demandante debió desvirtuar probatoriamente los motivos expuestos por la administración o demostrar las circunstancias justificativas que le impidieron cumplir el contrato en los términos convenidos.

Pues bien. La actora ningún esfuerzo hizo para probar que lo afirmado en el acto administrativo no correspondía a la realidad en cuanto a las cantidades de licor introducidas, distribuidas y vendidas en el Departamento de Córdoba. Tampoco presentó prueba para desvirtuar la afirmación de que durante los meses de febrero y marzo de 1985 no había cancelado el impuesto de consumo por las ventas mínimas de quince mil cajas mensuales. Así mismo tampoco demostró que la deuda por concepto de estampilla de consumo no ascendía a \$ 8.436.242.00, fijada en los considerandos del acto.

Además, no figura la prueba de que la actora cumplió con la obligación de presentar a la Secretaría de Hacienda los balances semestrales y anuales de los estados de pérdidas y ganancias de la contratista.

No puede olvidarse que todo acto administrativo está amparado con las presunciones de legalidad y veracidad. Presunciones que imponen al impugnante la carga de alegar tanto la ilegalidad de la decisión administrativa (la exigencia de citar en la demanda las normas violadas y de explicar el concepto de la violación, excluye, como regla, la oficiosidad del juez administrativo), como la de demostrar la falsedad o irrelevancia de los motivos expuestos por la administración autora del acto como justificativos de la medida adoptada.

Las razones del incumplimiento alegadas por la demandante en su libelo, pueden sintetizarse así:

a) La ausencia de comercialización de los Licores de Bolívar a principios de 1984; los problemas surgidos en la licorera de ese departamento y la demora en la tramitación del contrato de distribu-

ción; la política comercial agresiva que emprendieron las licoreras de Antioquia y Caldas, hicieron variar las condiciones supuestas en la propuesta de Hernández y Hernández.

b) La campaña negativa adelantada en la prensa local y nacional contra la Licorera de Bolívar por la baja calidad de sus rones, su caos administrativos, los embargos sufridos por ésta, el cambio de sus productos.

c) El incumplimiento de la mencionada licorera en los despachos de la mercancía, pedidos desde agosto de 1984 (antes del perfeccionamiento del contrato), era de tal magnitud que ya en septiembre de ese mismo año le adeudaba a la contratista 11.701 cajas de ron. Y los incumplimientos posteriores que fueron informados oportunamente al gobernador del departamento.

d) El aumento en los precios de los licores de Bolívar en un 20% desde ese mes de septiembre.

Afirma también la demandante que esas mismas razones o circunstancias imputables a la Licorera de Bolívar y al Departamento de Córdoba afectaron seriamente la economía del contrato y la motivaron a pedir a éste la revisión de sus términos, a fin de que:

“a) Se modificara la cláusula primera del contrato en el sentido de que las compras mínimas se redujeran a la cantidad de 90.000 cajas anuales y 8.000 mensuales.

“b) Se dispusiera que tales compras mínimas quedaban sujetas al cumplimiento por parte de la Industria Licorera de los suministros exigidos, en las condiciones de calidad ofrecida y a la ejecución de las políticas necesarias para lograr la recuperación del mercado perdido.

“c) Sé dispusiese que en caso de aumento de los precios habría una disminución en las cantidades mínimas requeridas hasta cuando las situaciones del mercado mejoraran.

“d) Se estableciera, como obligatoria y de ocurrencia dentro de un término perentorio, la intervención del Departamento de Córdoba, cuando se presentasen situaciones anómalas.

“En esa oportunidad, también se solicitó el pago de los sobrecostos administrativos y financieros que se habían ocasionado a mi poderdante con motivo de la ejecución del contrato de 23 de julio de 1984”.

Observa la parte actora que como respuesta a su petición comedida el Departamento de Córdoba declaró la caducidad mediante los actos impugnados.

Pues bien. Dada la demanda presentada por la contratista, ésta no pretendió demostrar su cumplimiento sino las razones que tuvo

para no cumplir. Se hace la afirmación precedente porque los motivos expuestos por el departamento para declarar la caducidad no fueron desvirtuados en forma alguna.

Y tal como se dijo, cuando se asume una actitud defensiva como la de la contratista, la razón exculpativa debe constituir, como lo dice Bercaitz, una "imposibilidad poco menos que absoluta de cumplir el contrato por el juego de circunstancias imprevisibles ajenas a las partes".

Porque cuando la razón esgrimida no tenga ese alcance sino que sólo hace más difícil u oneroso el cumplimiento, siendo además imprevista, la situación no podrá esgrimirse como exonerativa del cumplimiento, sino como fundamento para obtener la revisión de los términos económicos del contrato durante su ejecución o como factor indemnizatorio cuando éste se haya cumplido.

Aplicando estas ideas al caso *sub judice*, se anota:

De los motivos alegados por la contratista para justificar su conducta contractual únicamente, de haber sido probado, habría tenido fuerza suficiente no sólo para exonerarla de responsabilidad por incumplimiento sino para anular el acto administrativo de caducidad, *el no suministro por parte de la Licorera de Bolívar de las cajas de licor que debía comprar y distribuir en el Departamento de Córdoba*. Se afirma esto porque las otras consideraciones carecen de relevancia para justificar un incumplimiento y ni siquiera habrían podido servir como motivos para la revisión económica del contrato.

En este sentido, poco significa la ausencia de comercialización de los licores de Bolívar a comienzos de 1984, máxime cuando el mismo demandante en su propuesta escribe que uno de los motivos que lo indujo a participar en la licitación fue la fama y la situación de privilegio que los licores bolivarenses tenían en la región, de amplia competitividad frente a los productos extranjeros.

La existencia de problemas en la Licorera de Bolívar es cargo irrelevante y ni siquiera se demostró en qué consistieron tales problemas y su incidencia en el cumplimiento del contrato celebrado entre ésta y el Departamento de Córdoba.

La demora en el trámite del contrato de distribución. Tampoco tiene sentido esta alegación, ya que la contratista no quedó obligada sino a partir de su perfeccionamiento, o sea desde el mes de octubre de 1984. Lo que afirma, no bien probado, de su cumplimiento anterior, a partir de agosto, y del incumplimiento de la Licorera de Bolívar en ese lapso, queda sin piso alguno por la razón anotada.

En un país de libre competencia, la agresividad comercial, en el mejor de los sentidos se entiende, de las Licoreras de Antioquia y Caldas para imponer sus productos, no constituye excusa valedera para la contratista. Nadie le prometió que el mercado de licores de Córdoba no estaba competido. Sabía, entonces, la contratista que tenía que ganarse un mercado competido. Aquí revela la contratista su propia torpeza. Además, no puede olvidarse que manifestó en su propuesta conocer el mercado y la alta competitividad de los productos de la Licorera de Bolívar, considerados, según él, entre los mejores del país.

La campaña negativa contra esta licorera en la prensa local y nacional por la calidad de sus productos, es un cargo genérico no demostrado; por lo demás, sin explicación alguna sobre su repercusión en el volumen de las ventas acordado.

No se probó que los embargos y secuestros que se dice sufrió la licorera, así como el caos reinante en su administración, hubieran tenido relación de causalidad con el incumplimiento de la contratista. No se demostró que por esas circunstancias la licorera no pudo hacer oportunamente los despachos requeridos por la sociedad distribuidora.

El aumento del 20% en los precios de los productos de la Licorera de Bolívar conforma un cargo inane, porque en el contrato se convino expresamente que "la contratista se obliga a comprar a la Industria Licorera de Bolívar a los precios y en las cantidades fijadas por ésta y el Departamento de Córdoba y a venderlo dentro del territorio del departamento a los precios que fije la Gobernación mediante decreto. El contratista también se obliga a que sean por su cuenta y riesgo los gastos que se causen por concepto de transporte, seguros y depósitos, propaganda radial o impresa y distribución, desde el momento de la compra a la Industria Licorera de Bolívar hasta la entrega al público en el Departamento de Córdoba" (cláusula 2ª).

Además, no se comprobó la existencia de precios diferentes en los Departamentos de Bolívar y Córdoba. Antes, por el contrario, se evidenció que sus precios siempre fueron idénticos para los distribuidores.

El incumplimiento de la licorera por el no despacho oportuno del licor en la calidad y cantidad exigidas, cargo dotado de relevancia, no fue demostrado en forma plena o suficiente. En primer lugar, porque la demandante alega ese incumplimiento con relación a meses anteriores a la fecha de perfeccionamiento del contrato, fecha a partir de la cual debía ejecutarse. Por eso, aunque fuera cierto que en el mes de septiembre de 1984 la licorera adeudaba 11.701 cajas, ese hecho no tendría incidencia alguna en el cumplimiento contractual. Recuérdese que el convenio sólo vino a perfeccionarse el 18 de octubre de ese año (ver certificación a folios 288 del cdno. 1, Expediente número 5298).

Existe constancia en el expediente (ver informe del gerente de la Licorera de Bolívar a folios 217 y siguientes del mismo cuaderno) que en los primeros cuatro meses de 1985 la distribuidora debió comprar 60.000 cajas y sólo adquirió 20.581; que en el mes de mayo compró sólo 438 cajas, en junio cero (0) y 2.165 en julio. Como se ve, todo muy por debajo de las cantidades acordadas.

Obran dentro del proceso pruebas que desvirtúan el incumplimiento por parte de la Licorera de Bolívar. Se demostró que ésta sí tenía capacidad de venta y que para cumplir la cuota del Departamento de Córdoba sólo requería tres días de producción. Arguye la misma entidad que la distribuidora nunca hizo los pedidos oportunamente ni nunca le suministró un programa de ventas mensuales, lo que habría facilitado la programación de la empresa (ver oficio de 12 de abril de 1985 y el télex de 9 de julio de ese mismo año). También es elocuente a este respecto la comunicación de 13 de marzo de 1985, en la cual la licorera, a través de su gerente, manifiesta su extrañeza porque Hernández y Hernández "no ha realizado las compras correspondientes a los meses de febrero y el que transcurre (a folio 303). Más adelante agrega:

"En el presente mes les he suspendido la producción de licores en razón de que el distribuidor no se ha presentado a comprar y se reanudará hasta completar la cuota de 15.000 cajas, es decir de 6.555 cajas faltantes, que para la industria son dos (2) días de producción cuando tenga la seguridad de que se presentarán, para que se les facture".

También corrobora ese incumplimiento el informe del agente fiscal de Cartagena de 4 de marzo de 1985 dirigido a la Secretaría de Hacienda Departamental, en el cual pone de presente el hecho de no haber la sociedad Hernández y Hernández comprado licores en el mes de febrero "por no saber planificar sus compras, presentándose a comprar a fin de mes y por eso los saldos que aparecen siempre a su favor de un mes a otro".

Finalmente, se anota:

Muestra este proceso que la demandante quizás pudo haberse presentado a la licitación sin conocer bien el mercado de los licores. Sólo así se puede entender que haya hecho una propuesta tan generosa y llena de elogios para los productos que pretendía distribuir; y que luego, al poco tiempo, haya hecho hincapié en la mala calidad de los mismos y en la dificultad para su comercialización en un mercado competido. Obsérvese que ya a principios de abril de 1985, a pocos meses de iniciada la ejecución contractual, ya estaba pidiendo la reducción en un 50% de las cantidades que debía distribuir, cuando él mismo había propuesto comprar adicionalmente otras 80.000 cajas.

Aunque las demandas prosperarán parcialmente, en cuanto a la nulidad de parte del acto impugnado, no sucederá igual con las pre-

tensiones de restablecimiento, porque en este extremo se observa un claro vacío probatorio. No existe prueba alguna que demuestre que las demandantes pagaron las obligaciones a su cargo impuestas en el acto impugnado. Tan cierto es esto que en la Sección IV de esta Corporación se tramita un incidente de excepciones propuesto dentro del ejecutivo que el Departamento de Córdoba instauró con base en la resolución de caducidad aquí cuestionada. (Puede verse, a folios 252 y siguientes del cuaderno 1 del expediente 5253, el auto de mandamiento ejecutivo de agosto 16 de 1985, dictado por el Juzgado Departamental de Rentas y Ejecuciones Fiscales por el total de las acreencias).

Por lo demás, no se acreditó ningún otro perjuicio derivado del acto aquí impugnado.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la señora fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Revócanse las sentencias de 30 de enero de 1987 y 15 de enero de 1988. En su lugar, se declara:

Anúlase el artículo 2º de la Resolución número 000822 de 24 de abril de 1985, confirmada por la número 001512 de 26 de julio del mismo año, pero sólo en cuanto ordena hacer efectiva "la póliza de seguro de cumplimiento de la compañía Seguros del Comercio S. A., identificado con el número 2804 por la suma de cuarenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y cuatro pesos moneda corriente (\$ 46.464.284.00)".

Deniéganse las demás súplicas formuladas en las demandas de los dos procesos acumulados.

Comuníquese esta decisión tanto a la Sección IV, despacho de la señora consejera Consuelo Sarria, como al Juzgado Departamental de Rentas de Montería.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17 de noviembre de 1989.

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

*Félix Arturo Mora Villate, Secretario.*

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Competencia/FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/IMPUESTO AL TABACO-Improcedencia/IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS-Sanción por mora**

*Las asambleas departamentales están autorizadas para disponer la emisión de estampillas pro-electrificación rural pudiendo determinar su empleo, tarifas discriminatorias y todo lo relacionado con su uso obligatorio. Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre las guías y tornaguías (permisos) de importación y exportación de tabaco.*

*Como sanción por la no cancelación oportuna de los impuestos al consumo de cigarrillos la ley prevé el pago de intereses moratorios.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

**Referencia:** Expediente número 1280. **Actor:** Francisco Javier Llano Rodríguez.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto en el negocio de la referencia contra el auto del Tribunal Administrativo de Santander (fl. 82) en cuanto dispuso la suspensión provisional de los artículos 67, 159 y 160, inciso 2 del Decreto número 457 de 29 de septiembre de 1988, expedido por el gobernador de ese departamento, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Asamblea por medio de la Ordenanza número 20 de 1978.

**I. De los actos acusados:**

Se contrae la suspensión solicitada a estos preceptos del Decreto 457 de 1988 citado por el cual se reforma el Código de Rentas de Santander.

“Artículo 67. En ningún caso podrá gravarse la exportación, pero el respectivo permiso o guía de exportación llevará estampilla de previsión social por valor de \$ 200.00. Para la exportación de tabaco en

rama se deberá solicitar permiso ante la Recaudación de Rentas Departamentales de cada municipio, permiso que debe llevar una estampilla pro-electrificación rural de \$ 100.00 y una de Previsión Social por \$ 50.00”.

“*Artículo 159.* El productor e introductor de cigarros y cigarrillos que no acredite oportunamente el impuesto de consumo correspondiente, será sancionado con arresto hasta de 30 días y con multa de mil pesos (\$ 1.000.00)”.

“*Artículo 160.* ...Inciso 2º.

“Las especies que no reúnan estos requisitos serán decomisadas y adjudicadas en favor del departamento, y el productor o distribuidor solidariamente incurrirá en multa hasta de \$ 1.000.00 y cancelación del permiso correspondiente”.

En el decreto se invocan en su apoyo las Ordenanzas números 19 y 20 de 1987. La norma pertinente de la Ordenanza número 19 dice:

“*Artículo tercero.* Facúltase al gobernador del departamento, hasta el 30 de septiembre de 1988, para reglamentar aspectos relativos a los permisos que expedirá la Secretaría de Hacienda del Departamento a las personas naturales o jurídicas que comercien, negocien o distribuyan productos gravados con impuestos a favor del departamento”.

La Ordenanza 20 dictada en uso de las facultades del artículo 187, numeral 10 de la Constitución Nacional, dice:

“*Artículo 1º* Autorízase al señor gobernador de Santander, por el término de un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente Ordenanza, para modificar, aclarar, reformar, adicionar, recopilar y derogar si fuere el caso, el Código de Rentas de Santander (Decreto 1396 de 1985).

“*Artículo 2º* Para dar cumplimiento al artículo anterior de la presente Ordenanza el señor gobernador nombrará una comisión integrada por: El juez de rentas o su delegado, el secretario jurídico de la Gobernación o su delegado, un funcionario de la Contraloría Departamental, un funcionario de la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga y el director de Justicia Departamental o su delegado”.

## II. De la suspensión provisional:

La demanda dice que el artículo 67 del decreto acusado viola en forma manifiesta el artículo 169 del Decreto 444 de 1967, el artículo 2º de la Ley 10 de 1909 y el artículo 1º de la Ley 91 de 1931, en cuanto impone un gravamen a la exportación y tránsito del tabaco en rama “pues exigiendo guías, o permisos para su tránsito y salida y cobrando un impuesto por tales permisos está gravando no sólo dicho trán-

sito, sino el producto mismo" todo lo cual lo prohíbe el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 que dice: "Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito del producto destinado a éste".

También se asevera la violación del artículo 2º de la Ley 10 de 1909 que dice expresamente: "En ningún caso podrá gravarse la exportación de tabaco" como también el artículo 1º de la Ley 91 de 1931 cuyo texto reza: "Desde la sanción de la presente ley queda prohibido a los municipios gravar con impuesto alguno el simple tránsito por su territorio de los semovientes y demás productos de industrias nacionales y establecer medidas que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial de éstos en el territorio del país... Parágrafo: Las prohibiciones establecidas en este artículo para los municipios se extienden igualmente a los departamentos".

Referente al artículo 159 del Decreto 457 demandado, sostiene la demanda que "al fijar como sanciones por el no pago del impuesto de consumo, la multa y el arresto, se desconoció lo dispuesto en el artículo 205 del Decreto 1222 de 1986 en concordancia con el artículo 34 del Decreto 2503 de 1987.

En cuanto al inciso 2º del artículo 160 del decreto cuestionado asevera que quebrantó el artículo 5º de la Ley 71 de 1916 al expresar que "Las Asambleas Departamentales podrán imponer a los que infrinjan sus ordenanzas, penas de multas que no excedan de \$ 500 y de arresto, prisión y trabajos de obras públicas hasta por un año".

El auto del Tribunal, en estudio, acogió los argumentos del actor dejando de lado lo atinente a la Ley 10 de 1909 que se dice transgredida por el artículo 67 del Decreto 457, ya que encontró suficiente la comparación con el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 para determinar el quebranto de norma superior.

El Departamento de Santander a través de su gobernador y por conducto de apoderado formuló el recurso de apelación en escrito que en suma dice: Que la estampilla pro-electrificación rural de \$ 100 y la de \$ 50 para la Caja de Previsión Social de que trata el artículo 69 del Decreto 457 se estableció para todas las personas "que exporten tabaco" y que no debe confundirse el impuesto con el valor de la guía o tornaguía o permiso ya que la norma simplemente fija dos tarifas "para compensar los gastos que ocasionen la prestación del servicio especial de tramitación y expedición de las guías..."

Tocante al artículo 159 suspendido por el Tribunal expone:

"En cuanto al artículo 159 de la norma acusada, el artículo 187 número 9 de la Constitución Nacional, autoriza a las Asambleas Departamentales para que por medio de ordenanzas reglamente lo relativo a policía local y el arresto es una medida policiva para sancionar

en este caso al infractor de una ordenanza. Distinto sería que se estuviera sancionando un delito porque ahí si la Asamblea no tendría competencia.

“Por otra parte, el artículo 159 acusado fue expedido en atención a lo dispuesto en el artículo 62 numeral 15 del Decreto 1222 de 1986, al artículo 193 del Decreto 1355 de 1970 ‘Por el cual se dictan normas sobre policía y al artículo 125 del Decreto 1222 de 1986’. También la Ley 71 de 1916 en su artículo 2º si no hubiera sido derogada estaría respaldando el artículo 159 de la norma acusada”.

Y sobre el inciso 2º del artículo 160 igualmente suspendido por el Tribunal, afirma el recurrente:

“... tampoco viola ninguna norma legal ni constitucional; si leemos detenidamente el Decreto 1222 de 1986 por el cual se expide el Código de Régimen Departamental en su artículo 62 numeral 15 y 125 del Decreto 1222 de 1986, esta norma deroga la Ley 71 de 1916, quedando las Asambleas con amplias facultades para arreglar todo lo relativo a la represión y castigo del fraude sin ninguna limitación”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

En el orden que corresponde se estudia cada uno de los preceptos acusados del decreto —457 expedido por el gobernador de Santander en uso de facultades otorgadas por la Asamblea Departamental, para saber si se presenta la violación manifiesta de norma superior anotada por el Tribunal.

##### *1. Artículo 67.*

En lo sustancial dispone dicho artículo en concordancia con el 66 anterior, que el permiso o guía para exportar cigarros o cigarrillos llevará estampilla de previsión social por valor de \$ 200.00 y que el permiso para la exportación de tabaco en rama deberá llevar estampilla de electrificación rural de \$ 100.00 y una de previsión social de \$ 50.00.

Como se ha relacionado, la demanda sostiene y así lo reafirma el Tribunal en su providencia, que los gravámenes allí establecidos quebrantan, entre otras normas, el artículo 169 del Decreto 444 de 1967.

Sobre el particular, para la Sala es claro que las Asambleas Departamentales están autorizadas por la Ley 23 de 1986 para disponer la emisión de estampillas pro-electrificación rural pudiendo determinar su empleo, tarifas discriminatorias y todo lo relacionado con su uso obligatorio. Así mismo de las pruebas aportadas con la demanda también se desprende que existe en el Departamento de Santander la estampilla de previsión social, establecida por ordenanza departamental.

Sin embargo, sobre el objeto específico del gravamen dispuesto en la norma demandada en relación con la estampilla pro-electrificación y para la "Previsión Social Departamental", impuesta a las exportaciones del tabaco en rama, de \$ 100.00 y \$ 50.00 respectivamente, precisa decir que en cuanto a lo primero, esto es a la estampilla de \$ 100.00 pro-electrificación, la norma cuestionada excede y quebranta lo dispuesto en la Ordenanza número 15 de 1987 de la Asamblea de Santander (fl. 1) por medio de la cual en desarrollo de la Ley 23 de 1984 se estableció la estampilla pro-electrificación rural. En efecto, en el literal J) del parágrafo del artículo 3º excluye expresamente el tabaco de este estipendio en lo referente a "las guías y tornaguías de importación y exportación que expidan los funcionarios departamentales" siendo esos los documentos objeto del gravamen demandado. Por lo que hace a la estampilla de \$ 50.00 para "previsión social departamental" cabe decir que la Ordenanza número 17 de 1987 de la misma Asamblea Departamental (fl. 10) excluye igualmente a las guías y tornaguías de importación y exportación de tabaco expedidas por los funcionarios competentes, de la estampilla correspondiente. Es así como el gobernador al dictar el decreto demandado excedió la facultad proveniente de dicha ordenanza incurriendo por lo tanto en quebranto de norma superior no estando facultado, de otro lado, específicamente para variar los dictados de ese ordenamiento departamental.

Pero es más, dicho artículo 67 del decreto demandado en la parte en comento también quebrantaría el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 en lo atinente a las exportaciones de tabaco en rama para la exportación fuera del país como claramente se deduce de la prohibición allí establecida en estos términos: "Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta".

En cuanto a la primera parte del artículo 67 que se refiere a *cigarrillos*, interpretado armónicamente con el 66 anterior del decreto supradicho, el Tribunal se excedió al conceder la suspensión en esa parte, en virtud de no estar contenida en la solicitud de suspensión. Se contrae simplemente al "tabaco en rama" es decir, a su producción primaria y no se puede dar más de lo pedido.

## 2. Artículo 159.

Preceptúa el artículo 205 del Código de Régimen Departamental:

"En caso de mora en el pago de los impuestos de timbre sobre vehículos automotores, consumo de licores y de *cigarrillos* y a la gasolina, se aplicarán las sanciones que para el mismo efecto están establecidas respecto del impuesto de renta y complementarios".

Es indiscutible que al disponer el artículo 159 de la ordenanza demandada que: El productor o introductor de *cigarrillos* que no acredita oportunamente el impuesto de consumo correspondiente, será

sancionado con arresto hasta de 30 días y con multa de mil pesos (\$ 1.000.00), con su dicho se está quebrantando la norma superior, indicada, dada su paladina claridad frente al artículo 34 del Decreto 2503 de 1987 que solamente prevé el pago de intereses moratorios por la no cancelación oportuna de los impuestos. Dice dicha norma:

“Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada mes o fracción de mes calendario de retardo en el pago.

“Para tal efecto, la totalidad de los intereses de mora se liquidarán con base en la tasa de interés vigente en el momento del respectivo pago, calculada de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 09 de 1983. Esta tasa se aplicará por cada mes o fracción de mes calendario de retardo.

“Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial”.

### 3. Artículo 160.

En lo que hace al inciso 2º del artículo 160 del Decreto 457, no es manifiesta la violación del artículo 5º de la Ley 71 de 1916 ya que habría que analizar la cuestión relativa a si ha sido superado por las actuales normas del Código Penal, Código de Régimen Departamental, y el Código Nacional de Policía, asunto no propio de una medida de suspensión provisional, sino de la sentencia que dirima la controversia.

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

#### *Resuelve:*

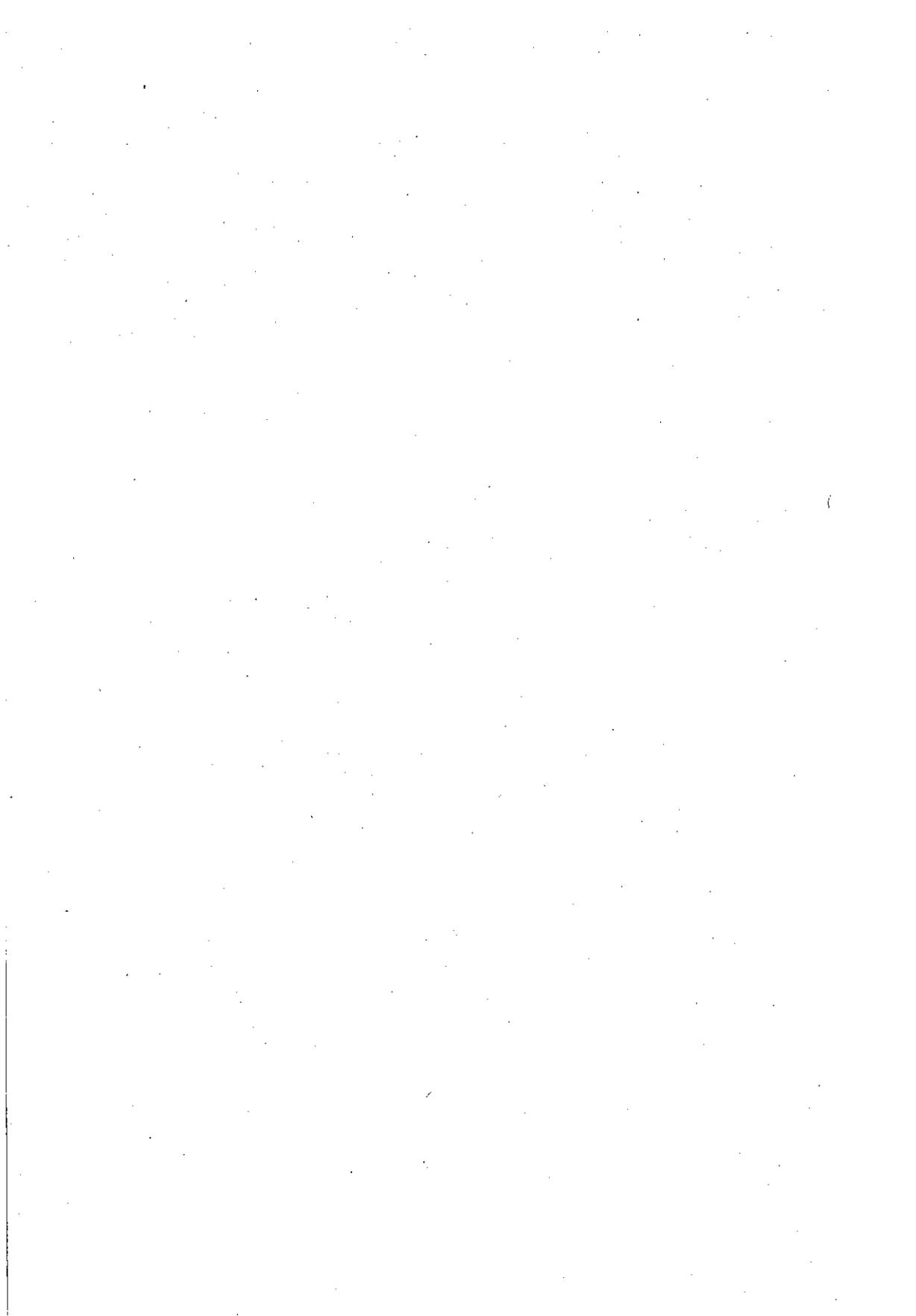
1. *Confirmar parcialmente* el auto objeto del recurso.
2. *Revocar* la orden de suspensión contenida en la parte resolutive en lo que hace al artículo 67 del Decreto 457 demandado en su primera parte que dice: “...pero el respectivo permiso o guía de exportación llevará estampilla de previsión social por valor de \$ 200.00”. Así mismo en relación con el inciso 2º del artículo 160 del mismo decreto. Respecto al artículo 159 se revoca la suspensión de la norma en lo referente a cigarrros.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*



**CAPITULO III**

**ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**OTRAS AUTORIDADES**

**ORDEN DEPARTAMENTAL**



**SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/VIA GUBERNATIVA-Agotamiento**

*Partiendo de la base de que el Acuerdo demandado en lo atinente a la radicación que dispone, es un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter subjetivo, ha debido acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, o que no se dio oportunidad de recurrir o que operó el silencio administrativo. En punto de la suspensión provisional no se demostró el perjuicio, ni acreditó el interés que al accionante le asiste para acudir ante la jurisdicción contenciosa.*

*REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL decretada en auto de enero 27 de 1989, de los efectos del Acuerdo número 035 de 1988 (septiembre 28) proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boy.), en cuanto a la determinación del acto acusado sobre jueces radicados o ambulantes.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

*Referencia: Expediente número 1058. Actor: Jair Gabriel Fonseca.*

Decide la Sección Primera de la Corporación el recurso de *súplica* propuesto por los ciudadanos Nohora Gabriela Caro Caro y Oscar Bustamante Hernández en su calidad de Juez Noveno Inscriminal y Juez Unico Especializado, en su orden, contra el proveído de 27 de enero de 1989, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

*El acto acusado:*

En acción pública el ciudadano Jair Gabriel Fonseca demanda ante esta Corporación, con solicitud de suspensión provisional, el Acuerdo número 035 de 28 de septiembre de 1988, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, dispone: "Primero. Nómbrase en propiedad dentro de la Carrera Judicial por el resto del período legal iniciado el primero (1º) de septiem-

bre de mil novecientos ochenta y siete (1987), a los siguientes Jueces de Instrucción Criminal, así:..." (aquí vienen en seguida el número ordinal distintivo del cargo, los nombres y apellidos correspondientes a veinticuatro —24— jueces, 23 de ellos *radicados* y 1 *ambulante*). Por el artículo 2º el Acuerdo dispone proceder "a su inscripción dentro del Escalafón de la Carrera Judicial" (Cfr.: fls. 4 y 5).

#### *La providencia suplicada:*

A folios 29 a 33 aparece el proveído de 27 de enero del año en curso, mediante el cual el consejero sustanciador dispone admitir la demanda, hacer las notificaciones de rigor, fijar el negocio en lista, traer los respectivos antecedentes administrativos y suspender provisionalmente el Acuerdo acusado, "en cuanto por éste se señala el lugar y la calidad de 'radicados' o 'ambulantes' asignada a cada uno de los jueces de instrucción criminal a que hace referencia el mencionado Acuerdo". La determinación de la medida precautelativa provisoria la toma el despacho del consejero sustanciador en vista de que el Acuerdo atacado viola de manera flagrante y ostensible los artículos 314 del Código de Procedimiento Penal y 3º del Decreto 1200 de 1987, según los cuales son las respectivas Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal (y no los Tribunales Superiores de Distrito Judicial) las entidades competentes para radicar "los Juzgados de Instrucción Criminal que sean necesarios en las cabeceras de Distrito o Circuito Judicial, previa consulta con el Consejo de Instrucción Criminal".

#### *Razones de las súplicas:*

Los ciudadanos impugnadores de la medida suspensiva provisional fundamenta su recurso suplicatorio (v. fls. 57 a 61 y 93 a 96) en que el Acuerdo 035 se encuentra apegado a la legalidad y en que el Presidente de la República, al proferir el Decreto 1200 de 1957, artículo 3º, se extralimitó en su potestad reglamentaria, por lo cual el Tribunal emisor del Acuerdo "recurrió al principio de excepción de inconstitucionalidad", toda vez que "la norma reglamentaria no puede exceder los principios íncitos (sic) y preestablecidos en la norma reglamentada", pues de lo contrario estaría el Ejecutivo legislando sin facultades. Los suplicantes piden, en consecuencia, revocar la suspensión provisional decretada.

#### *Consideraciones de la Sala:*

El Acuerdo acusado (núm. 035 de 28 de septiembre de 1988) toma diversas medidas, a saber: a) Hace nombramientos de determinados ciudadanos, en propiedad, para determinados cargos; b) Los nombramientos son "dentro de la Carrera Judicial" para el resto del período legal iniciado el 1º de septiembre de 1987; c) Radica a 23 de los 24

jueces nombrados, dejando uno ambulante; y d) Ordena su inscripción dentro del Escalafón de la Carrera Judicial.

Ha de tenerse presente que la demanda se enfoca, en ejercicio de la acción contenciosa objetiva, a obtener la nulidad del Acuerdo "en cuanto radica autónomamente los Jueces de Instrucción Criminal, de ese distrito, invadiendo funciones inherentes a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá".

Previas las distinciones precedentes, el acto administrativo acusado es, sin que quepa duda de alguna naturaleza, de estirpe esencialmente subjetiva, particular y concreta, puesto que se refiere exclusivamente a los Jueces de Instrucción Criminal allí individualizados por sus nombres y apellidos, radicados 23 de ellos y uno ambulante, para ocupar los despachos de juzgados específicos.

En cuanto al acto acusado hace determinados nombramientos, sería susceptible de la acción electoral establecida en el artículo 136, inciso final, del C. C. A., la cual caduca "en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección o se expide el nombramiento".

En lo atinente a la radicación de los jueces allí particularizados, por ser el acusado un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular y concreto, que crea una situación jurídica subjetiva para cada uno de los 24 jueces, el Acuerdo sería acusable, en búsqueda de su nulidad, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de restablecimiento del derecho, siempre y cuando se ejercitara dentro de los cuatro (4) meses previstos en el inciso segundo del artículo 136 del C. C. A. También sería acusable, siguiendo la teoría de los motivos y finalidades, en acción popular anulatoria, siempre que se intentara dentro de los cuatro meses indicados y el fallo sobreviniendo favorable al actor restableciera automáticamente los presuntos derechos conculcados; naturalmente que en el caso *sub lite* esos presuntos derechos lastimados (una radicación ilegal) obtendría automáticamente su reparación al sobrevenir fallo favorable al actor.

Sentado lo precedente, y partiendo de que el Acuerdo 035, en lo atinente a la radicación que dispone, es un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter subjetivo, particular y concreto, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el demandante ha debido acreditar: "Que se haya agotado la vía gubernativa", o "Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes" o "Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos", de conformidad con lo establecido en el artículo 135 del C. C. A. El actor no acreditó ninguna de estas tres circunstancias alternativas. Pero, y ya especí-

ficamente en orden a la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, tampoco el actor demostró, así fuere en forma sumaria "el perjuicio que sufre o que podría sufrir" el accionante. Tampoco acreditó el interés legítimo que le asiste para acudir a esta jurisdicción. Siendo esto así, mal puede decretarse la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, por lo cual se revocará dicha medida cautelar.

Finalmente, de conformidad con el Acuerdo número 1 de 1971 expedido por el Consejo de Estado, y por tratarse de demanda contra acto administrativo que versa sobre cuestión laboral, corresponde a la Sección Segunda de la Corporación su conocimiento. Así se declarará.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por conducto de su Sección Primera, de plano

*Resuelve:*

1º *Revocar* el ordinal 2º de la providencia de 27 de enero de 1989, materia del recurso de súplica que se desata, que decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 035 que con fecha 28 de septiembre de 1988 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, en cuanto a la determinación del acto acusado sobre jueces radicados o ambulantes.

2º En firme este proveído, vuelva el expediente al consejero sustanciador para efectos de su remisión a la Sección Segunda, conforme a lo dispuesto por el Acuerdo número 1 de 1971 expedido por el Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**SERVICIO DE SALUD DE BOGOTÁ/PRESUPUESTOS PROCESALES/LEGITIMACION PROCESAL**

*A la luz de las disposiciones constitucionales y de la doctrina, el Servicio de Salud de Bogotá no es un establecimiento público. No son válidas por ende las afirmaciones que se hacen en tal sentido en el contrato que lo crea, ni las del funcionario que confirió poder para ser representado en el proceso. Sólo era posible obligar al cumplimiento de la decisión jurisdiccional al Distrito Especial de Bogotá. En ningún caso podría obligarse al Servicio de Salud de Bogotá, por no ser éste un establecimiento público sino una dependencia del Distrito Especial de Bogotá; lo que indica que el Servicio de Salud de Bogotá no tiene "legitimario ad procesum", requisito procesal que impide un fallo de fondo sobre las pretensiones del actor.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

**Referencia:** Expediente número 1211. Asuntos municipales. Actor: Matadero Tunjuelito S. A.

Ante esta Corporación ha subido en apelación el fallo proferido por el Tribunal Contencioso de Cundinamarca el 21 de enero de 1988. En la providencia, la sección Tercera de dicho Tribunal, declara una inhibición para pronunciarse sobre la contienda y sobre ello se entrará a decidir en este proveído. Del negocio había conocido inicialmente la Sección Tercera del Consejo de Estado habiendo correspondido finalmente, por efectos de organización interna, a esta Sección Primera.

*La acción:*

Está encaminada a obtener la nulidad de la Resolución número 017 de 10 de diciembre de 1982 y del auto de 22 de los mismos mes y año, proferidas ambas providencias por el jefe del Servicio de Salud de Bogotá, D. E. Se solicita así mismo "Que como consecuencia de la anterior nulidad y de la ejecución irregular e ilegal del Matadero Tunjuelito Ltda., llevada a cabo violando el derecho a la defensa al impe-

dir el ejercicio de los recursos legales y expresamente consagrados en la ley, se condene al Distrito Especial de Bogotá y/o al Servicio de Salud de Bogotá, D. E., al pago de la indemnización correspondiente al lucro cesante, equivalente a las utilidades que deje de percibir a partir de 31 de diciembre de 1982, fecha del sellamiento, desalojo y cierre, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia definitiva que decreta la indemnización, cálculo que oportunamente harán los peritos con la inclusión de los intereses corrientes comerciales y el ajuste monetario que regulan los UPACS...”

Son hechos constitutivos de la demanda:

1. El haberse ordenado el cierre definitivo del Matadero Tunjuelito después de haber funcionado normalmente durante aproximadamente treinta años por parte de la Inspectora Legal de la Secretaría de Salud Pública Distrital mediante la Resolución 42 de 11 de agosto de 1982, decisión que fue posteriormente revocada por la misma funcionaria al concluir que carecía de competencia para ello.

2. Por medio de la Resolución número 017 de 10 de diciembre de 1982 se declaró agotada la vía gubernativa y se ordenó nuevamente el cierre definitivo del matadero. Contra dicha providencia se interpusieron los recursos legales los que fueron rechazados por improcedentes con el argumento de que ya habían sido decididos.

3. El 31 de diciembre de 1982 la Inspectora Legal de la Secretaría de Salud Pública Distrital desalojó el matadero y fijó sellos para impedir el acceso. Así se ejecutó la providencia dictada por el jefe del Servicio de Salud de Bogotá “sin que a los interesados se les hubiera permitido hacer uso de los derechos de defensa y el debido proceso garantizados por la Constitución y la ley”.

#### *La providencia apelada:*

El Tribunal *a quo*, al entrar en las consideraciones pertinentes previas al pronunciamiento definitivo estimó oportuno, antes de entrar a fondo en los cuestionamientos del *petitum*, analizar la solicitud hecha por el señor Fiscal Séptimo de esa Corporación en el sentido de que ese pronunciamiento debía ser de carácter inhibitorio “por considerar que el Servicio de Salud de Bogotá no tiene personería jurídica para ser demandado sino que se ha debido entablar la acción contra el Distrito Especial de Bogotá”. El Tribunal, después de transcribir y analizar el Acuerdo número 14 de 1971 por el cual el Concejo del Distrito Especial de Bogotá autoriza al alcalde mayor a firmar el contrato para la creación del Servicio de Salud de Bogotá, D. E., concluye diciendo que éste “no es un establecimiento público y por ende una persona jurídica autónoma”. En efecto, no consta en autos que el ente de que veníamos hablando haya sido creado por el Concejo o reconocido por el mismo mediante Acuerdo Distrital, como lo esta-

blecen las normas superiores sobre la materia". Acogiendo la tesis del fiscal en el sentido de que la entidad demandada carecía de personería jurídica para comparecer en juicio, el Tribunal de primera instancia "*Resuelve* declararse inhibido para pronunciarse sobre la presente contención".

*Se considera:*

A fin de definir los lineamientos dentro de los cuales esta Sala fundamentará la decisión de la controversia, se enunciarán las objeciones señaladas en el libelo que sustenta el recurso y, analizando las apreciaciones del apelante, se expondrán las propias.

Tenemos entonces:

1. "*Equívocada valoración de la prueba*".

Manifiesta el libelista que sobre la opinión errada del *a quo* "seguramente incidió la absurda terminología utilizada por la Administración para perfeccionar una operación compleja". "Es decir, que en vez de hablar el artículo primero del Acuerdo 14 de 1971 de "autorizar" ha debido utilizar la expresión "aprobar", que fue y era el verdadero contenido de la voluntad del Cabildo Capitalino". "O sea que para el fallador el Acuerdo 14 simplemente contiene una autorización y de ahí que sostenga que el ente no fue creado".

Cabe observar, según lo transcrito, que el recurrente tergiversa lo dicho por el fallador de primera instancia, pues no dice la sentencia que el ente no haya sido creado sino que no lo fue "en la forma establecida por la Constitución y la ley como persona jurídica autónoma" (N. de R. Se refiere al Servicio de Salud de Bogotá, fl. 192). Y no es válida la interpretación dada por él a lo que llama "la absurda terminología utilizada por la Administración" porque, aún creyendo que lo que el Concejo de Bogotá quiso decir fue "aprobar" y no "autorizar", lo cierto es que todo el mecanismo en si fue equívoco si lo que se tenía en mente era la creación de un establecimiento público. Indudablemente los cabildantes, que son personas pensantes, no autómatas, sabían lo que estaban haciendo y quisieron simplemente "autorizar la firma de un contrato para la prestación de un servicio, el de salud, a través de "un mecanismo exclusivamente financiero; (que) como tal no tendrá ninguna estructura administrativa y las tareas técnicas y administrativas necesarias para su normal funcionamiento serán cumplidas por las dependencias de la Secretaría Distrital de Salud Pública..." (literal g del Acuerdo 14 de 1971, folio 190 del expediente. La palabra "que" entre paréntesis no es del texto).

No existen constancias en el expediente de que se haya probado la existencia de las personas jurídicas como lo exige el Código Con-

tencioso Administrativo, ni de que la entidad demandada sea una persona jurídica pública, ni de su "creación" a iniciativa del alcalde como lo exige el numeral 4º del artículo 197 de la Carta pues el Concejo hizo uso más bien de la atribución que consagra el numeral 7º del mismo artículo: "autorizar al alcalde para celebrar contratos..."

Así pues, a la luz de las disposiciones constitucionales y de la doctrina, el Servicio de Salud de Bogotá no es un establecimiento público. No son válidas por ende las afirmaciones que se hacen en tal sentido en el contrato que lo crea (literal h), ni las del funcionario que confirió poder para ser representado en el proceso. Vigente está para el caso el principio del Derecho Romano: *Paria sunt aliquid non facere, et non jure facere* (hacer una cosa sin derecho es lo mismo que no hacerla).

Finalmente, es oportuno hacer alusión al juicioso criterio de la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado quien, a folio 23 del cuaderno número 4 expresa: "El artículo 67 de la Ley 167 de 1941, contempla la acción de plena jurisdicción, mediante la cual 'la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma... podrá pedir además de la anulación del acto, que se le restablezca en su derecho'. Entablándose así la relación procesal entre el demandante que formuló la pretensión y el ente público obligado a responder; por ello al tratarse de una acción de plena jurisdicción, es indispensable dirigirla contra la parte que puede ser obligada a responder. En la presente controversia sólo era posible obligar al cumplimiento de la decisión jurisdiccional al Distrito Especial de Bogotá, entidad territorial que aunque fue demandada inicialmente, luego fue excluida del proceso. Por el contrario en ningún caso podría obligarse al Servicio de Salud de Bogotá, por no ser éste un establecimiento público sino una dependencia del Distrito Especial de Bogotá. Lo que indica, que el Servicio de Salud de Bogotá, D. E., no tiene '*legitimatío ad procesum*', requisito procesal que impide un fallo de fondo sobre las pretensiones del actor".

Y sea de agregar, como colofón a este acápite, que aparece tan quimérica la existencia del Servicio de Salud como establecimiento público con personería jurídica que si, con base en la cláusula quinta del contrato que lo creó, la Nación decidiera dar por terminado el dicho contrato, la entidad desaparecería, aunque, es obvio, se le daría la oportunidad al Concejo si esa fuera su voluntad y el alcalde tuviese la iniciativa, de crearla como establecimiento público.

## 2. "Pronunciamiento oficioso sobre un extremo ajeno a la controversia.

El recurrente acusa el fallo del Tribunal de haber desviado "oficiosamente su análisis a un extremo no propuesto por las partes, como fue el punto relativo a la existencia de personería jurídica de la entidad demandada, aspecto sobre el cual nada dijo dicha entidad al

notificarse de la demanda". "No girando la controversia sobre la existencia o inexistencia de la persona jurídica demandada, resulta por lo menos extraña la insistencia oficiosa del fiscal en la discusión de este punto que finalmente fue atendido por el Tribunal".

Para la Sala, la posición tanto del fiscal como del Tribunal mismo, no es en absoluto extraña. La sentencia en examen hace una muy clara exposición sobre los "*presupuestos procesales* que pueden definirse como los elementos necesarios para constituir en cada caso determinado la relación jurídico-procesal, entre éstos se encuentran la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio".

En primer lugar, tenemos que el Código de Procedimiento Civil en el Título IV que habla de los deberes, poderes y responsabilidad de los jueces, dice en el numeral 1º del artículo 38: "Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan Y SON CAPACES, o la ley lo autoriza" (las mayúsculas no son del contexto). El artículo 44 del mismo Código que se refiere a la capacidad y representación, prescribe en el inciso primero: "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso". En el caso *sub lite* no se demuestra, ni siquiera se intenta por ninguna de las dos partes, la existencia de la personalidad jurídica del demandado. Y si se sigue el principio general que dice que del hecho se origina el derecho, ninguno puede tener para comparecer en juicio quien de hecho no es persona. Siendo además, no sólo potestativo sino obligatorio para el juez según las normas citadas, establecer los extremos de la litis antes de entrar a dirimir el conflicto. En sentencia de 10 de mayo de 1968 esta Sala dijo:

"Pueden definirse los presupuestos procesales como los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal; sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso. En todos los juicios son los siguientes: 1º Demanda en forma. 2º Competencia del juez. 3º Capacidad para ser parte y 4º Capacidad para obrar procesalmente (*agere o legitimatio ad procesum*).

"Si la demanda no llena tales requisitos y el juez no ordena su corrección, entonces, en el momento de fallar, debe declararse inhibido para dictar sentencia de mérito" (*Anales* 1968, Tomo 74, pág. 285).

Así pues, los textos citados por el apelante, ya sea de los tratadistas, ya de los Códigos, son improcedentes puesto que en ellos se habla de la "persona jurídica demandada" y, en este caso, no hay persona jurídica demandada puesto que quien figura como tal no lo es y en consecuencia no tiene la capacidad para obrar procesalmente. Sólo las personas naturales o jurídicas, lo dice la ley, valga repetirlo, tienen esa capacidad.

No se ha desviado entonces el juzgador *a quo*. Y su pronunciamiento sí es ciertamente oficioso, pero legal y obligatorio. Mal podía haber cerrado los ojos para entrar a decidir cuestiones de fondo cuando los bordes de la litis eran tan deleznable, mejor expresado, inexistentes. Los presupuestos procesales son el marco jurídico de esa litis.

Siendo suficiente lo hasta aquí analizado para decidir la alzada, y obedeciendo a la exigencia legal de "procurar la mayor economía procesal", la Sala considera innecesario hacer referencia a los demás cuestionamientos planteados por el demandante en la sustentación de su recurso.

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

*Falla:*

*Confírmase* la providencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 21 de enero de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**PERSONAL DOCENTE-Sueldo-Reajuste**

*El sobresueldo del cargo de inspector se otorgó sobre el sueldo de la actora como maestra y sustituye el que antes tenía como simple docente por razón del curso que para este efecto había realizado.*

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

*Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

**Referencia:** Expediente número 1798. Reconstrucción. Unica instancia.  
**Actora:** Eduvina Cubillos de Hernández.

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la entonces llamada acción de plena jurisdicción, la señora Eduvina Cubillos de Hernández instauró demanda contra la Nación y el Departamento de Cundinamarca "en forma proporcional o solidaria" para impetrar que, declarado el silencio administrativo negativo respecto de petición formulada en abril 20 de 1979, enero 27 de 1981 y junio 19 del mismo año, se ordene pagarle "el reajuste o aumento del 50% de la asignación mensual que realmente ha devengado, desde la fecha que se le suspendió por la administración el pago de dicho reajuste, el 1º de febrero de 1979 y hasta cuando mi representada permanezca al servicio de la educación, tomando como base de liquidación el sueldo como inspectora de cada año".

Narra la accionante que inició sus servicios como maestra rural de tercera categoría en el Municipio de Carmen de Carupa en enero 15 de 1952, pasó a segunda categoría en diciembre 5 de 1956 y a primera en junio 25 de 1962 "y en tal carácter, por llenar los requisitos legales, le fue decretado el aumento del 25% de su asignación mensual, a partir de 1º de agosto de 1971 y luego, también en aplicación del 1135 de 1952, artículo 10, le fue reajustado su sueldo mensual en un 50%, con efectos fiscales desde el 1º de febrero de 1973, por el Decreto 0818 de 1973"; que, por Decreto departamental 0193 de enero 22 de 1979, fue nombrada inspectora de Educación, a partir de 1º de febrero de 1979 y se le suspendió el reajuste del 50% a que se hizo referencia.

Invoca en su favor, aparte de la Constitución Nacional, la Ley 43 de 1975 en su artículo 1º y los Decretos 1135 de 1952 artículo 10, 3157 de 1968, 1352 de 1969, 224 de 1972 artículo 6º, 0010 de 1958 artículos 3º y 5º, Decreto departamental 0818 de 1973 artículos 1º, 2º y 5º Ley 24

de 1947 artículo 7º, Decreto-ley 2733 de 1959 artículos 1º, 6º, 9º y 18 y 2733 de 1978 artículo 6º (fls. 5-6).

En el capítulo sobre Concepto de Violación explica que por qué un maestro sea designado director o supervisor no pierde el carácter de docente escalafonado según declara el Decreto 224 de 1972 y que entiende que el mencionado reajuste le fue suspendido "por haber sido promocionada al cargo de inspectora de Educación y ello no es legal ni justo. No es legal puesto que ella sigue siendo titular del derecho como quiera que es maestra y no es justo que después de haber cumplido suficientes méritos para llegar al mencionado cargo se vaya a quitar un derecho adquirido con arreglo a la ley..."

Y agrega:

"El artículo 5º del Decreto número 0010 de 1958, de carácter nacional, estatuye que los inspectores, rectores y prefectos de establecimientos de educación secundaria, se consideran de carácter docente y deben pertenecer a la primera categoría del escalafón nacional de la misma rama y reunir los mismos requisitos académicos que exige el ordinal A) del artículo 4º del Decreto número 30 de 1948..."

"El artículo 6º del Decreto 2733 de 28 de diciembre de 1978 establece que 'los docentes que están devengando una asignación mayor a la que por este decreto se autoriza, continuarán devengando el mayor sueldo'. En el caso *sub judice* no se tuvo en cuenta este decreto, ya que ni siquiera se la dejó a mi mandante el sueldo devengado antes de ser inspectora, sino que se le disminuyó al no pagarle el aumento del 50% adquirido y a pesar de recibir ascenso en la docencia" (fls. 6-10).

Destruído el expediente en el Palacio de Justicia, se procedió a su reconstrucción en los términos del Decreto 3825 de 1985.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

#### Consideraciones:

Como no obra en el expediente ninguna de las peticiones que la actora dice haber dirigido a la administración y cuya respuesta jamás recibió, por lo que solicita se declare el silencio administrativo negativo, en providencia de marzo 10 del año en curso se dispuso librar oficio al Fondo Educativo Regional de Cundinamarca en solicitud de copia auténtica de los respectivos documentos (fl. 247).

Respondió aquella dependencia que "revisados los archivos del Fondo Educativo Regional de Cundinamarca, no aparece ninguna solicitud presentada y/o radicada por la docente Eduvina Cubillos de Hernández" (fl. 260).

Sin embargo, dado que en la copia de la demanda que obra a folios 5 a 11, con constancia de recibo en la Secretaría de la Sección Segunda en septiembre 13 de 1983, se relaciona entre los anexos la "solicitud presentada a la administración por mi mandante en abril 20 de 1979, enero 27 de 1981 y junio 19 de 1981", es viable deducir que tales documentos fueron efectivamente acompañados a la demanda.

1. Según se relata en la demanda "por Decreto 0025 de 25 de junio de 1962 mi mandante fue escalafonada en primera categoría de primaria y en tal carácter por llenar los requisitos legales, le fue decretado el aumento del 25% de su asignación mensual, a partir de 1º de agosto de 1971 y luego, también en aplicación del 1135 de 1952, artículo 10, le fue reajustado su sueldo mensual en un 50%, con efectos fiscales desde el 1º de febrero de 1973, por el Decreto 0818 de 1973" (fl. 6).

Agrega que, habiendo sido nombrada inspectora de Educación por Decreto 0193 de enero 22 de 1979 con efectos fiscales a partir de febrero 1º de ese año, desde entonces se le suspendió el pago del reajuste del 50%, el cual constituye el objeto de la pretensión formulada en la demanda.

Fundamenta su acción la litigante en la disposición del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, que es del siguiente tenor:

"Los maestros que hayan cumplido cinco años de servicio en primera categoría en escuelas oficiales y que se sometan a un examen de capacitación pedagógica y obtengan en él un puntaje no menor del 80%, adquieren el derecho a un aumento del 25% del sueldo que devengan mensualmente, y los que cumplieron en la misma categoría diez años de servicio en escuelas oficiales,, a un aumento del 50% de su sueldo mensual".

En este precepto se basó efectivamente el Decreto departamental número 0818 de 1973 para reconocer a la accionante el citado aumento salarial (fl. 32).

Consta a folios 30, 31 y 90 que la demandante fue nombrada inspectora de Educación Elemental por Decreto 0193 de enero 22 de 1979, con efectos a partir de 1º de febrero siguiente. Hay también prueba de que, por razón del nuevo cargo, comenzó a recibir un sobresueldo, que en el documento de folio 82 se llama "Sobresueldo inspector" y corresponde a 1979 y 1980 y en los de folios 101 y 98 corresponde, respectivamente, a 1980-1981 y 1984 y se denomina "S. S. Dirección" y es independiente del sobresueldo del 20% que percibía por haber cumplido más de 20 años de servicios según Resolución 1495 de 1979 (fls. 27, 84, 197).

De estas premisas ha de deducirse por fuerza que la suspensión de pago del 50% que recibía la demandante como maestra de primera categoría de instrucción primaria por mandato del Decreto 1135 de

1952, obedeció al hecho de haber sido promovida al cargo de inspectora, que, a su turno, tiene un sobresueldo llamado *de Dirección*.

2. Se alega en la demanda que los maestros "por el hecho de haber ascendido en la jerarquía no pierden el carácter de docentes ni puede decirse que hayan dejado de ser maestros o dejen de pertenecer a la carrera docente".

Sustenta esta tesis la actora en el artículo 6º del Decreto 224 de 1972 cuyo texto transcribe así:

"Los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación".

Ahora bien, no aparecen en el expediente expresadas las razones por las cuales se suspendió el pago del 50% ahora reclamado ni obran tampoco las reclamaciones para las cuales se pide declarar el silencio administrativo, de donde podrían deducirse aquellas razones.

En tal virtud, sólo resta la deducción atrás insinuada de que el sobresueldo del cargo de inspector se otorgó sobre el sueldo de la actora como maestra y sustituye el que antes tenía como simple docente por razón del curso que para este efecto había realizado.

Esta deducción es lógica en cuanto, según el propio texto del Decreto 1135 de 1952, el citado aumento del 50% constituyó un estímulo a los maestros de primera categoría que, habiendo cumplido diez años de servicios y sometándose a un "examen de capacitación pedagógica", obtuvieran un puntaje no menor del 80%. Por cuanto el maestro ascendido a inspector recibe un sobresueldo correspondiente al nuevo cargo, lógico es concluir que desaparece el anterior.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que el Decreto 1135 de 1952 es un estatuto "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre Escalafón Nacional de Enseñanza Primaria" y que por Decreto extraordinario 128 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido por el literal a) del artículo 11 de la Ley 43 de 1975, el cual decreto entró a regular íntegramente todo lo relacionado con "el estatuto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria a cargo de la Nación", forzoso es concluir que aquel estatuto dejó de tener subsistencia, como se lee en el artículo 52 del citado Decreto extraordinario 128:

"En los términos del presente estatuto quedan sustituidas las normas sobre estatuto docente para el magisterio de enseñanza primaria y secundaria a cargo de la Nación".

Por lo demás, según declara la Ley 153 de 1887 en su artículo 3º, una nueva ley que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería, deja insubsistente la normación anterior. La circunstancia de que, a su turno, el Decreto 128 de enero 20 de 1977 hubiera sido derogado expresamente por el nuevo estatuto docente expedido por Decreto extraordinario 2277 de 1979, no significa que automáticamente hubieran recobrado vigencia estatutos anteriores (Ley 153 de 1887, artículo 14).

En conclusión, dado el carácter eminentemente transitorio de la disposición del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, pues el régimen del personal docente aparece regulado íntegramente con posterioridad, y teniendo en cuenta, además, que la demandante adquirió en febrero 1º de 1979 un nuevo *status* al ser promovida al cargo de inspectora de Educación, lógico es que su situación debía ajustarse al nuevo estatuto aplicable a *todo el personal docente*, sin que pudieran subsistir situaciones anteriores enteramente superadas.

En cambio, no es razonable suponer que los sobresueldos se puedan acumular en forma que la accionante pudiera recibir dos: uno como maestra y otro como inspectora, dado que sólo cumplía las funciones correspondientes a este último cargo.

En tal virtud, resulta forzoso desestimar las pretensiones de la demanda.

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

*Falla:*

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 1º de septiembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**SUSTRACCION DE MATERIA/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Funciones/PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL**

*No por la sentencia anulatoria de la ordenanza sobre presupuesto que sirvió de base a los actos demandados, existe sustracción de materia y por ello ha de desatarse el recurso interpuesto. No puede admitirse que so capa de hacer que se cumplan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y demás actos administrativos, como alega la impugnadora, se tolere la extralimitación de funciones en que ciertamente se colocó la Contraloría departamental con la emisión de sus oficios acusados. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los oficios 0269 y 508 de enero 24 y marzo 27, respectivamente de 1989 suscritos por la Contraloría General del Departamento del Quindío, suspensión decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío en providencia de junio 14 de 1989.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

*Referencia: Expediente número 1253. Actor: Departamento del Quindío.*

De plano desata la Sección Primera el recurso de *apelación* contra la providencia de 14 de junio del año en curso, en cuanto el Tribunal Administrativo del Quindío suspende provisionalmente los efectos de dos oficios de la Contraloría General del Departamento del Quindío, propuesto por los ciudadanos Emma Peláez Fernández y José Laverde, reconocidos por el *a quo* como parte impugnadora.

*Los actos objeto de suspensión:*

Materia de la demanda en acción pública y objeto de la suspensión provisional decretada por el proveído apelado, son los oficios números 0269 y 508, fechados en Armenia el 24 de enero y el 27 de marzo, ambos de 1989, suscritos por la contralora general del Departamento del Quindío y dirigidos, en su orden, a la Auditoría delegada de la Caja Departamental de Previsión y al gobernador del Quindío, también respectivamente, los cuales tratan de la existencia de dos pre-

supuestos de rentas y gastos para "la actual vigencia fiscal" de la Caja Departamental de Previsión y del Instituto Departamental de Tránsito del Quindío, oficios que por envolver decisiones que encajan con lo previsto en el inciso segundo del artículo 83 del C. C. A., son actos administrativos. Los actos de cuya suspensión provisional se trata obran a folios 37 y 72-73 del cuaderno principal.

*El auto apelado:*

A folios 125 del cuaderno principal, aparece el proveído materia de apelación, el cual expresa en su parte pertinente, después de transcribir el artículo 247 del Decreto-ley 1222 de 1986:

"En verdad observa la Sala que la contralora del departamento, con su modo de actuar plasmado en los oficios demandados, está invadiendo esferas de la administración a las cuales no tiene ningún acceso, pues nótese que con los actos acusados no está ejerciendo ninguna función administrativa inherente a su propia organización y menos aún decirse que esté ejerciendo una función de vigilancia y control fiscal de las que está investida la Contraloría, como son: '...revisar o confrontar, por un procedimiento mecánico de simple contabilidad, aquellas cuentas, pagos, contratos y órdenes de funcionarios que tengan a su cargo el manejo de los caudales públicos, para ver si están ajustados o no a la norma superior sobre apropiaciones o autorizaciones, y en vista de ello, impartirles o no su refrendación...' (sentencia de mayo 15 de 1968, Consejo de Estado, ponente doctor Juan Hernández Sáenz), con lo cual se observa a simple vista la violación de la norma transcrita". A continuación el *a quo* transcribe apartes del auto de 9 de septiembre de 1988, proferido dentro del expediente número 917, actor J. J. Laverde, con ponencia del consejero doctor Simón Rodríguez, tomado de Extractos de Jurisprudencia, mes de septiembre de 1988, páginas 821 y 822. Ha de indicarse que el auto del Tribunal de origen trae esta consideración importante: "Se observa que mediante los oficios demandados la contralora departamental está dando una orden en el sentido de que debe acatarse el presupuesto departamental correspondiente al año fiscal de 1989 aprobado por la Asamblea Departamental. También está calificando de ilegal un acto de la junta directiva de CAPREQUINDIO, el que por ministerio de la ley debe considerarse ajustado a derecho mientras no se demuestre lo contrario. Así mismo, está conceptuando sobre las objeciones hechas por el ejecutivo departamental a la ordenanza de presupuesto".

*Razones de los apelantes:*

Según el apelante Laverde (fls. 2-3, cdno. núm. 2) los oficios acusados fueron expedidos por la Contraloría Departamental "en su calidad de personera de la honorable Asamblea del Departamento" (sic),

con lo cual está cumpliendo "fielmente con su deber", mientras que el gobernador, violando el artículo 194-1º de la C. N., "ordenó implantar la dictadura fiscal". Siguiendo el artículo 190 de la C. N., la Asamblea Departamental "tiene plena competencia para señalar cuál es el procedimiento (sic) y cuáles normas se deben acatar en el desembolso de gastos públicos" (sic).

Por su parte la apelante Peláez Fernández (fls. 8-9, cdno. núm. 2), dice que expidió los oficios acusados y suspendidos provisoriamente "de conformidad con el artículo 215 de la Constitución Nacional", toda vez que "la Contraloría General del Departamento tiene la obligación de cumplir y hacer que se cumplan frente al gasto público en el Departamento, la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y demás actos administrativos que se relacionen con el desembolso de fondos oficiales, en concordancia con el artículo 190 de la C. N. inciso 2º" y continúa: "Además, el día 23 de junio del corriente año, el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo puso término al proceso, decretando nulidad a la ordenanza de presupuesto para la actual vigencia, para el Gobierno departamental y los Institutos Descentralizados del mismo orden. La sentencia quedó ejecutoriada el día 7 de julio de 1989, a las seis de la tarde, fecha desde la cual perdieron también vigencia los oficios demandados, pues ellos nacieron frente al presupuesto departamental que estaba vigente".

#### *Consideraciones:*

Ha de tenerse muy presente que el auto materia de apelación lleva fecha 14 de junio de 1989, es decir, que es anterior a la sentencia que profirió el mismo Tribunal el 23 de junio de 1989, mediante la cual declaró "la nulidad de la Ordenanza número 19 de diciembre 19 de 1988, emanada de la Asamblea Departamental del Quindío 'por medio del (sic) cual se expide el presupuesto de ingresos, rentas y apropiaciones de gastos para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre de 1989, del Departamento del Quindío y de los institutos descentralizados del orden departamental'", que en copia autenticada y con constancia de estar ejecutoriada obra a folios 10 a 12 del cuaderno número 2.

Como se evidencia de los oficios acusados, de las piezas que obran en autos, de las transcripciones arriba hechas y de la aseveración de la impugnadora Peláez Fernández, los oficios materia de la demanda y de la suspensión provisional apelada entrañan órdenes directamente relacionadas con el mentado presupuesto departamental expedido por la Ordenanza 19 de 1989 declarada nula por el *a quo* mediante la sentencia referida, por lo cual obviamente se concluye que tales oficios ya han decaído en sus efectos o, por mejor decir, han perdido fuerza ejecutoria, no por la suspensión provisional del *a quo* que está apelada y no es firme, sino a raíz de la ejecutoria de la sentencia aludida, por desaparacimiento de sus fundamentos de derecho, conforme al

artículo 66-2 del C. C. A. Pero no por ésto, durante el tiempo en que estuvieron en rigor las órdenes dadas a través de tales oficios, dejaron de producir efectos y justamente por estar apelada una providencia es por lo que ha de tomarse resolución frente a la suspensión provisional, puesto que, de sobrevenir decisión inhibitoria al desatar la apelación en cuestión, quedaría como en el "limbo jurídico", la suspensión provisional apelada; y como cuestión procesal que es la resolución de un recurso, precisa desatarlo. Por consiguiente, no por la sentencia anulatoria de la Ordenanza 19 sobre presupuesto para 1989, existe sustracción de materia y por ello ha de desatarse el recurso interpuesto.

Durante la vigencia de los oficios acusados ¿se daban los requisitos de ley para suspender provisionalmente sus efectos? Esto es: cuando el *a quo* suspendió provisoriamente los efectos de los oficios de Contraloría, de la simple comparación que exige el artículo 152 C. C. A., ¿surgía la violación manifiesta de norma superior?

Al respecto la Sala no puede pasar por alto la evidente incursión realizada por la Contraloría del Quindío mediante sus dos oficios en áreas propias de la administración, esto es, en zonas ajenas completamente a la órbita de las funciones meramente contraloras. No puede admitirse que so capa de "hacer que se cumplan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y demás actos administrativos", como alega la impugnadora, se tolere la extralimitación de funciones en que ciertamente se colocó la Contraloría departamental con la emisión de sus oficios acusados y suspendidos.

La Sala comparte plenamente tanto el decreto de suspensión provisional del *a quo*, como los fundamentos en donde se apoyó para optar a tal medida y que arriba han quedado transcritos. La Sala encuentra que el Tribunal de origen dictó su proveído apelado con buen entendimiento y aplicación de las normas jurídicas atinentes al caso, razón por la cual el auto atacado en apelación recibirá confirmatoria, toda vez que es palmaria la violación, entre otras normas superiores, del artículo 247 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986) por parte de los oficios en cuestión.

Dadas las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º *Confirmar* el proveído de 14 de junio de 1989, materia de apelación, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Quindío suspendió provisionalmente los efectos de los oficios 0269 y 508 de la Contraloría General del Departamento del Quindío de que da cuenta la parte motiva.

2º En firme este proveído y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Prohibición**

*Bajo ningún respecto la Contraloría Departamental está facultada para elaborar y adoptar el Presupuesto de Rentas y Gastos de los Departamentos.*

**CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 004994 de la Contraloría de Santander, decretada en auto de junio 27 de 1989 por el Tribunal Contencioso de Santander.**

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1254. Actor: Carlos Plata Castilla.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señora gobernadora del Departamento de Santander, encargada, mediante procurador judicial, contra el auto de 27 de junio de 1989 por el cual el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de nulidad y procedió a suspender provisionalmente los artículos 1º y 2º de la Resolución número 004994 de 15 de diciembre de 1988 expedida por la Contraloría del mencionado departamento, por la cual se fija el Presupuesto de Rentas y Gastos de la misma para la vigencia de 1º de enero a 31 de diciembre de 1989.

El recurso se dirige a obtener la revocación de la susodicha suspensión.

*El auto suplicado:*

Sustentó la suspensión provisional en las siguientes consideraciones:

“El artículo 187, numeral 7º de la Constitución Nacional, consagra que corresponde a las Asambleas por medio de Ordenanzas, entre otras funciones, expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, con base en

el proyecto presentado por el gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2407 de 2 de septiembre de 1981 por el cual se expiden normas sobre elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales 'el presupuesto de la Contraloría departamental forma parte integral del presupuesto del departamento, en consecuencia, el contralor deberá presentar el correspondiente anteproyecto a consideración de la Secretaría de Hacienda para su inclusión en el proyecto de presupuesto del departamento, debidamente detallado de acuerdo con las disposiciones previstas en el presente decreto. El gobernador podrá objetarlo cuando éste exceda el porcentaje que fije la respectiva Asamblea con sujeción a la ley'.

"Considerando en primer término el texto de las disposiciones que acabamos de consignar, surge una deducción clara y es que quien expide el presupuesto para el departamento anualmente, es la Asamblea con fundamento en el proyecto presentado por el gobernador; el de la Contraloría departamental debe hacer parte de éste, ya que se presume de derecho que el fiscalizador del departamento ha entregado a la Secretaría de Hacienda el correspondiente anteproyecto, detallando las partidas que se consideren necesarias para esa anualidad.

"La Contraloría departamental no puede *motu proprio* por un acto administrativo como el que acá se acusa, fijar su presupuesto en forma independiente y caprichosa del que expide la Duma Departamental.

"Pero en donde en forma más notoria y flagrante se puede determinar la violación en que se incurrió por parte de la Contraloría, es en lo atinente al artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 y el artículo 2º de la Ordenanza número 06 de 1989, disposición esta última que fijó con fecha 15 de noviembre de ese año, el Presupuesto General de Rentas y Gastos del Departamento, para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31 de diciembre de 1989; veámoslo a continuación:

"El artículo 245 del Código de Régimen Departamental estipula textualmente lo siguiente: 'Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos'.

"Al examinar la ordenanza en cita, en su primera parte, artículo 2º, se discrimina en el capítulo correspondiente a Rentas e Ingresos Resumen de Presupuesto, una asignación total para la Contraloría departamental de \$ 288.853.000.00,

suma que con posterioridad y dentro del mismo acto administrativo es determinada en diferentes partidas como aporte del departamento a ese ente fiscalizador para su funcionamiento (fls. 21 y 22).

“De acuerdo con el artículo 2º de la Ordenanza, y con asidero en las rentas e ingresos determinados en el artículo 1º, se apropia para atender los gastos del Gobierno departamental durante el año de 1989, la cantidad de \$ 14.989.000.000.00 que se distribuyen entre las diferentes secciones de la administración departamental, correspondiendo la de la Contraloría al 2% de ese presupuesto.

“La Resolución número 004994 de diciembre de 1988 que es acusada mediante esta acción de nulidad, fue expedida con la misma fecha que la Ordenanza violada, es decir, 15 de diciembre del año anterior y en su artículo 1º en una de las partidas allí señaladas se indican como aportes del departamento la cantidad de \$ 422.000.000.00, que evidentemente exceden el 2% del presupuesto departamental y en mucho lo asignado por el departamento a la Contraloría de Santander; en su artículo 2º nuevamente se involucra esta cantidad en el Capítulo 1000 Programa I, sumas que desconocen la realidad presupuestal.

“La Sala estima, que son suficientes las consideraciones de orden legal a que hemos hecho referencia, para concluir que es procedente la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º de la Resolución número 004994 de diciembre 15 de 1988 emanada de la Contraloría departamental” (fls. 57, 58 y 59).

#### *Sustentación del recurso:*

Persigue la súplica, como se dijo, que se levante la medida de suspensión provisional decretada del acto acusado y a tal efecto la Gobernación de Santander discurre del siguiente modo:

“La Resolución 004994 de 15 de diciembre de 1988 emanada de la Contraloría Departamental de Santander, no fijó el presupuesto de la Contraloría, sino determinó un posible, cálculo de ingresos y egresos para todo el año a nivel interno.

“Esta resolución es un cálculo, no es una determinación final, se dio como un trámite interno de la Contraloría. Es así como esta resolución sólo se comunicó a las dependencias de la Contraloría.

“Siendo un cálculo, no es de lógica ni de derecho como argumenta el demandante, que la Contraloría ‘Resolvió dic-

tar una Resolución, la número 004994 de diciembre 15 de 1988, por medio de la cual desconoció lo actuado por la Asamblea y se autopropió una suma muy superior', ya que esta resolución no produce efectos fiscales ni presupuestales, siendo sólo un trámite administrativo interno y propio de la Contraloría.

"La Ordenanza 06 de 1988 y el Decreto 0555 de 1988 'Sobre liquidación de presupuesto de rentas e ingresos para la vigencia fiscal de 1989' de fecha 5 de diciembre de 1988 son los actos administrativos que establecen y fijan el presupuesto.

"La prohibición legal de no excederse del 2% como limitante del respectivo presupuesto departamental para con la Contraloría es para la Corporación (Asamblea Departamental) que lo fijó y son éstos actos los susceptibles de impugnación, los que producen efectos jurídicos y están acordes a la ley.

"La Sala del honorable Tribunal al inicio de los considerandos del auto aquí en mención tuvo muy en cuenta, siguiendo y acogiendo en un todo la demanda, que el cálculo establecido en la resolución en mención, expedida por la Contraloría departamental fue la providencia 'por la cual se fija el presupuesto de rentas y gastos de esa entidad para la vigencia de 1º de enero al 31 de diciembre de 1989', apreciación esta totalmente errada, ya que el presupuesto como se dijo anteriormente fue aprobado mediante la Ordenanza 06 de 1988 y no con una resolución (la núm. 004994 de 15 de diciembre de 1988 emanada de la Contraloría departamental), resolución esta a la que se le dio la relevancia jurídica que nunca ha tenido.

"En consecuencia de lo anterior y analizada así la falsa apreciación de considerandos, comedidamente solicito se revoque la suspensión provisional decretada por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, mediante su auto de fecha 27 de junio de 1989 en su punto segundo" (fls. 64 y 65).

#### *Consideraciones de la Sala:*

Concuerta ésta con las apreciaciones del Tribunal y las prohija.

En efecto:

1. De acuerdo con el artículo 187 ordinal 7º de la Carta Política es privativo de las Asambleas expedir el Presupuesto de Rentas y Gastos de los Departamentos.

Así que bajo ningún respecto la Contraloría departamental está facultada para elaborar y adoptar el suyo propio tal como lo hizo en la Resolución acusada 004994 de 15 de diciembre de 1988.

Es dicha entidad una dependencia dentro de la organización administrativa del departamento y por ello es dentro del presupuesto de éste donde se asignan las partidas que a la misma corresponde para atender a su funcionamiento, tal como se hizo en la Ordenanza 06 de 1988 por la cual "se fija el Presupuesto General de Rentas y Gastos del Departamento, para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31 de diciembre de 1989".

Y no se diga que por el acto acusado sólo "se determinó un posible cálculo de ingresos y egresos para todo el año a nivel interno" como ligeramente lo afirma la parte opositora porque a las claras se entiende y advierte que se trata de todo un presupuesto en donde se consignan tanto los recursos que se prevé obtener durante el año de 1989 (art. 1º de la Resolución 004994; cómputos de Rentas e Ingresos de la Contraloría General de Santander) como la apropiación correspondiente de gastos (art. 2º *ibidem*).

La misma Resolución 004994 al señalar su objetivo expresa que por ella "se  *fija*  el Presupuesto de Rentas y Gastos de la Contraloría del departamento para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31 de diciembre de 1989" (se subraya).

2. La otra consideración que hace el Tribunal sobre que el presupuesto establecido en la Resolución 004994 rebasa el 12% del presupuesto departamental es también acertada, pues en tales circunstancias se quebranta el artículo 245 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986) en armonía con el artículo 2º de la Ordenanza 06 de 1988 de la Asamblea de Santander, que fija en la cuantía de \$ 14.989.000.000.00 el Presupuesto General de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1989. Así que el 2% de esta cantidad son \$ 299.76 millones y el presupuesto de la Resolución 004994 asciende a \$ 687.000.000.00.

Esta segunda violación resulta secundaria frente al flagrante vicio de incompetencia que acusa el acto cuestionado y que se analiza en el acápite 1 precedente.

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

*Decide:*

Confírmase el auto de 27 de junio de 1989 en cuanto suspendió provisionalmente la Resolución número 004994 de 15 de diciembre de 1988 de la Contraloría del Departamento de Santander.

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

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## **JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/CHANCE/CONTRATO DE CONCESION**

*El contrato de concesión con particulares que pueden realizar las loterías o las beneficencias respecto de juegos de apuestas permanentes, no impide que previamente se realice una licitación, puesto que el estatuto contractual permite la licitación o el concurso de méritos cuando la misma ley no dispone la contratación directa.*

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

**Consejero ponente:** *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

**Referencia:** Proceso número 976. Demandante: Alberto Montoya Montoya.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 28 de abril de 1988, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso originado en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, denegó las pretensiones de la demanda.

### *Hechos:*

Fueron demandados los artículos 1º, 3º y 6º del Acuerdo número 032 de 1985 (17 de septiembre), proferido por la junta directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca “por el cual se reglamenta la expedición de licencias para la explotación de apuestas permanentes denominado Chance”.

Considera el susodicho Acuerdo que en virtud a la Ley 1ª de 1982, al Decreto 386 de 1983 y al Decreto 33 de 1984, que “le han otorgado facultades a las beneficencias del país para reglamentar de manera autónoma” el juego denominado “chance” en lo concerniente al “otorgamiento de contratos de concesión”, y “que para el buen control administrativo y la efectiva comercialización es indispensable hacer una distribución equitativa del mercado teniendo en cuenta po-

blación de los municipios y antecedentes de ventas de cada uno de ellos.

*Acuerda:*

*“Artículo primero.* El otorgamiento de contratos de concesión para la explotación del Juego de Apuestas Permanentes denominado ‘Chance’ se hará mediante licitación pública, en la cual podrán participar personas naturales y jurídicas incluyendo concesionarios que en la actualidad tienen contrato vigente con la Beneficencia del Valle”.

“.....

*“Artículo tercero.* A partir del primero de enero de 1986, sólo podrán funcionar las empresas de Apuestas Permanentes a quienes se les haya adjudicado la concesión, mediante licitación pública y tengan el contrato completamente legalizado.

*“Parágrafo primero.* A los concesionarios que en la actualidad tienen contratos vigentes con la Beneficencia del Valle, se les podrá prorrogar su licencia hasta el 31 de diciembre de 1985.

*“Parágrafo segundo.* Se exceptúan los concesionarios del distrito de Buenaventura cuyos contratos se vencen en junio 30 de 1986 y a quienes también se les podrá prorrogar esa fecha su licencia hasta el 31 de diciembre de 1986, quedando unificados de esta forma la totalidad de los contratos de Apuestas Permanentes.

“.....

*“Artículo sexto.* La junta directiva de la Beneficencia del Valle, previamente a la apertura de la licitación, determinará anualmente el número máximo de concesionarios y agencias que podrán funcionar en cada municipio.

*“Parágrafo primero.* En las veredas y corregimientos que hagan parte del municipio al cual se le ha otorgado la licencia, no podrán abrir agencias sin el cumplimiento de lo establecido en el artículo 29 del Decreto 33 de 1984 previa autorización de la Beneficencia del Valle.

*“Parágrafo segundo.* Las licencias se otorgarán de manera individual para cada municipio, por lo tanto el costo establecido en el artículo 53 del Decreto 33 de 1984 se cobrará de manera individual para cada uno, así sean del mismo concesionario”.

Dice el demandante que los ordenamientos legales citados en el mismo acto administrativo acusado, consagraron el sistema de *concesión mediante contratación directa* para que los concesionarios, personas naturales o jurídicas, exploten el juego de Apuestas Permanentes denominado "Chance", por el término de un año prorrogable por períodos iguales. Y que últimamente, según el artículo 201 del Decreto 1222 de 1986, el contrato directo de concesión tendrá que contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud.

Concluye el libelista que, sin embargo, el acto demandado modifica la adjudicación, concesión o contratación directa (ámbito y alcance de la ley) *por el de la licitación pública*, lo cual hace que se halle por fuera de la legalidad a que lo someten las normas superiores que trae como apoyo de dicha decisión.

El fundamento jurídico de la anterior conclusión radica en que la Ley 1ª de 1982, al disponer que los juegos de apuestas permanentes podrán ser realizados por las mismas loterías o beneficencias que las administren, o mediante *contrato de concesión* con particulares, no indica o menciona, para nada, que sea mediante "licitación pública"; y radica también dicha conclusión en que el artículo 26 del Decreto reglamentario número 33 de 1984, anulado por sentencia de 7 de marzo de 1988 del Consejo de Estado, Sección Primera, señala cómo "para que el concesionario pueda celebrar contrato de concesión con las entidades concedentes deberá presentar por lo menos", entre otros "solicitud de concesión por escrito, dirigida a la entidad concedente correspondiente".

#### *Sentencia del Tribunal:*

Según ésta el punto central de inconformidad de la demanda se contrae a si la Ley 1ª de 1982 y el Decreto legislativo 386 de 1983 dictaron normas en materia de juego de apuestas permanentes "le correspondía al Presidente de la República utilizar su potestad reglamentaria como desarrollo de la norma legal y no a una simple junta directiva de un establecimiento público del orden departamental (Beneficencia del Valle del Cauca); pues ésta, a través del acto impugnado varió fundamentalmente las normas orgánicas legales sobre dicho juego, modificando el sistema de contratación directa "la concesión a personas naturales o jurídicas de la explotación del juego de apuestas permanentes, establecidos en los artículos 1º y 4º de la Ley 1ª de 1982 y en los artículos 4º, 5º, 26, 27 y 28 del Decreto nacional reglamentario número 33 de 1984". Normas éstas que según el escrito de demanda fueron modificadas por el acto impugnado al establecer un sistema de contratación diferente al de la contratación directa de la concesión por el de la licitación pública (art. 1º).

A todo lo cual contesta la sentencia del Tribunal:

"Como bien lo trae la parte impugnadora como antecedentes y su aspecto legal de este juego 'la Ley 1ª de 1982, el

Decreto legislativo 386 de 1983 y el Decreto reglamentario 33 de 1984 son normas que autorizan y permiten la realización de este juego en cualquiera de las modalidades que las normas establecen o sea, directamente por las loterías..., o por las beneficencias que las administran o por los particulares mediante contrato de concesión”.

“Si examinamos el contexto del articulado de la ley y de los decretos citados, vemos que en ninguno de ellos se ha fijado la exigencia de que dichos contratos se deben otorgar por contratación directa, como así lo afirma el demandante”.

Agrega el fallo que no debe perderse de vista que la Beneficencia del Valle es un establecimiento público descentralizado del orden departamental, como así lo define el artículo 2º del Decreto 0880 de 1974, que desarrolla la Ordenanza 014 de 1973, con lo cual quiere significarse que es una entidad sujeta al régimen legal de derecho público y por lo tanto sometida al Código Fiscal del Departamento del Valle del Cauca (Decreto 1388 de 1983) y en materia de contratación debe acogerse y regularse por lo establecido en el Decreto 222 de 1983, con aplicación del citado Código Fiscal “cuya regla general es que la contratación administrativa debe hacerse mediante licitación pública tomando además en consideración que las normas legales reguladoras del juego que tantas veces he citado (parte impugnadora) no establecen excepción alguna a tal adjudicación”.

Termina la sentencia del *a quo* con la afirmación de que “la sin razón del actor” se desprende del párrafo del artículo 2º del Decreto reglamentario número 33 de 1984 tanto de la Ley 1ª de 1982 como del Decreto legislativo 386 de 1983, que dice así:

“Artículo 2º Cuando el juego de apuestas permanentes se realice directamente por las loterías o las beneficencias que las administren, el total de los ingresos... En caso de que se realice mediante contrato de concesión...”

“Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, las loterías o las beneficencias que las administran podrán determinar, autónomamente, los medios para realizar el juego de Apuestas Permanentes, con sujeción a lo dispuesto en este decreto”.

El contenido de dicho párrafo “deja sin piso la afirmación de que las juntas de beneficencia carecen de todo poder de reglamentación en lo atinente al juego de Apuestas Permanentes. Por el contrario, es clara la disposición citada en su determinación de otorgar a dichas juntas un grado amplio de autonomía para determinar “los medios para realizar el juego en cuestión”; es decir “no cabe entonces la más mínima duda en afirmar que las juntas de Beneficencia pueden disponer o no de la formalidad de la licitación pública para el otorgamiento de contratos de concesión...”

*El recurso:*

Los artículos materia de impugnación modificaron el sistema de contratación escogido para el "Chance", ya que conforme a las normas reguladoras de éste, la adjudicación de los contratos no necesita de licitación, sino en forma directa a través de un contrato de concesión previo cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 26 del Decreto reglamentario 33 de 1984, norma que establece cómo para celebrar uno de dichos contratos se requiere que una persona natural o jurídica haga una "solicitud de concesión por escrito, dirigida a la entidad concedente correspondiente", acompañada de los requisitos allí enumerados. Es decir, según el recurrente, se presenta una solicitud que se explica con el artículo 27 *ibidem* que dice: "Los contratos de concesión que celebren las entidades concedentes con personas naturales o jurídicas, tendrán una duración no mayor de un (1) año y podrán ser prorrogados por períodos iguales", pues los contratos originados en el sistema de la licitación no se pueden prorrogar indefinidamente "porque estaríamos en presencia evidente de un *monopolio* originado en una adjudicación por licitación y la Administración en este caso tendría como excusa la prórroga indefinida del contrato por anualidades con los que resultaron inicialmente favorecidos, presentándose en este aspecto una situación irregular en materia contractual".

*Consideraciones de la Sala:*

La Ley 1º de 1982 (enero 11) "por la cual se crean nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud a través de la autorización de un juego de apuestas", dispuso que dicho juego de apuestas permanentes podrá ser realizado por las loterías o las beneficencias, que las administren "o mediante *contrato de concesión con particulares*" (art. 1º).

Observa la Sala que si la ley anteriormente citada habla únicamente de *contrato de concesión*, éste debe ser entendido a través del significado administrativo que le corresponde, o sea, el que guarda los lineamientos establecidos en el estatuto contractual de la Administración Pública, contenido en el Decreto 222 de 1983; estatuto éste que *no prohíbe la licitación* o el concurso de mérito para el caso materia de la presente providencia puesto que dicha ley, como se vio, *no dispone la contratación directa* (art. 43 del Decreto 222 de 1983); es decir, el contrato de concesión aquí planteado no impide que previamente se realice una licitación, que según el artículo 27 del citado estatuto contractual "es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades, la que proponga mejores condiciones *para contratar*, y según el artículo 29 *ibidem*, habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la *contratación directa*. Además, el Código Fiscal del Departamento del Valle (Decreto

1388 de 1983), dispone lo mismo en sus artículos 59 a 61, siguiendo así los lineamientos trazados en el artículo 5º de la Ley 19 de 1982 que establece cómo “en desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservados a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades”.

Significa lo anterior que, en desarrollo de esa autonomía administrativa del Departamento del Valle del Cauca, dada por la ley, su Código Fiscal dispuso que habrá lugar a efectuar *licitación pública* en todos los casos en que no se permite: o invitación directa a los eventuales contratistas, o contratación directa con éstos, normas éstas que corresponden a las mismas consagradas en el Decreto-ley 222 de 1983, artículo 29 y ocurre que, en ninguno de estos dos casos, se encuentra como permitido el contrato de concesión de los mentados juegos de apuestas permanentes.

Además, es pertinente la consideración del *a quo*, hecha en el fallo materia del presente recurso, en lo atinente a que el parágrafo del artículo 2º del Decreto 33 de 1984 le otorga poder de reglamentación del susodicho “juego de apuestas permanentes” a las loterías o a las juntas de Beneficencias que las administran, puesto que tal norma es del siguiente tenor literal:

“Artículo 2º Cuando el Juego de Apuestas Permanentes se realice directamente por las loterías o las beneficencias que las administren, el total de los ingresos derivados del mismo será transferido al Servicio Seccional de Salud correspondiente, previa deducción de los gastos de administración. En el caso de que se realice mediante *contrato de concesión* se aplicará lo dispuesto en el presente decreto.

“Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, las loterías o las beneficencias que las administren podrán determinar, *autónomamente* los medios para realizar el Juego de Apuestas Permanentes, con sujeción a lo dispuesto en este decreto”.

Así las cosas, siendo que ni el citado decreto ni la ley que éste reglamenta se refieren a contrato *directo* de concesión (tratamiento que le endilga el demandante y hoy recurrente), el acto acusado, en consecuencia, se halla dentro del cauce legal trazado por las mencionadas normas superiores, y sobre el cual, por su parte, manifiesta el Ministerio Público que “no sólo jurídico, sino que obedece a los principios éticos que deben regir el derecho, especialmente el Derecho Público, máxime tratándose de la contratación administrativa”.

Por último debe advertirse que ya mayoría de las normas citadas como infringidas por el Acuerdo número 032 de 1985 acusado en apoyo de las pretensiones del actor no pertenecen al ordenamiento jurídico. En efecto: el artículo 4º de la Ley 1ª de 1982 fue derogado expresamente por el artículo 11 del Decreto legislativo 386 de 1983 y de contera quedó sin efecto el artículo 201 del Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental. Y además los artículos 26, 27 y 28 del Decreto reglamentario 33 de 1984 fueron declarados nulos por sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1988 (Proceso 15. Carlos Alberto ante Ospina y Overlando Fabio Piraquive).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y de acuerdo con él,

*Falla:*

*Confírmase* la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 28 de abril de 1988, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que el presente fallo fue considerado y aprobado en sesión de esta Sala de catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO/ESCALAFON DO-  
CENTE-Exclusión/ABANDONO DEL CARGO**

*En cuanto a situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley única que puede proveer al respecto. Así lo ordenan el artículo 62 de la C. N., y el 76 ordinal 10.*

*El abandono del cargo no requiere adelantamiento de proceso disciplinario, basta con que se compruebe la causal de abandono; al haberse configurado, la universidad podía legalmente, declarar la vacancia del mismo, lo que comportaba necesariamente, la exclusión del escalafón docente. (Actos de otras autoridades del orden departamental).*

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

**Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.**

**Referencia: Expediente número 1117. Autoridades departamentales.  
Actor: Rodolfo Noel González Díaz.**

El señor Rodolfo Noel González Díaz, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de diciembre 17 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y por la cual se negaron las peticiones formuladas en la demanda contra la Universidad Francisco de Paula Santander.

Reconstruido el expediente mediante auto de 9 de septiembre de 1987, quedó en estado de dar traslado al fiscal para emitir concepto de fondo.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad debe la Sala dictar sentencia mediante las siguientes

**Consideraciones:**

El asunto se contrae a determinar la legalidad de la Resolución 1011 (5 de junio) de 1981, mediante la cual el rector de la Universidad

Francisco de Paula Santander declaró vacante el cargo desempeñado por el ingeniero Rodolfo Noel González Díaz como profesor de tiempo completo de la misma universidad —Facultad de Ingeniería— y lo retiró del escalafón docente, a partir de la misma fecha de producción del acto acusado.

El Tribunal consideró en la sentencia apelada, que la litis se limitaba principalmente a determinar la naturaleza jurídica del vínculo laboral entre la universidad y el demandante y después de breves consideraciones negó las peticiones impetradas.

Ciertamente era importante dilucidar la naturaleza de la vinculación del actor para determinar la competencia de esta jurisdicción o de la ordinaria, debido a los planteamientos que en tal sentido contiene la demanda, en los cuales no se acierta al sostener que por ser trabajador oficial no le era aplicable el Decreto 80 de 1980 sino el 2400 de 1968 y el 1950 de 1973, pues dichos estatutos no tiene vigencia en el orden departamental y la Universidad Francisco de Paula Santander es entidad descentralizada del orden departamental.

Estima la Sala, en primer término, que no existe duda alguna en el sentido de que el actor tenía la calidad de empleado público, vinculado a la universidad por una situación legal y reglamentaria, y que el acto administrativo es, así mismo, la resolución controvertida, como oportunamente lo advirtió el Consejo de Estado al disponer la admisión de la demanda. Por tanto no es acertada tampoco la insistencia del apelante en sostener que es trabajador oficial, pues si así fuera, no habría debido acudir a esta jurisdicción.

Por otra parte, es conveniente precisar que el contrato suscrito entre la universidad y él, con ocasión de una comisión de estudios al exterior de la que fue beneficiario, es algo completamente ajeno al fondo del debate objeto de esta contención.

Tal debate se limita, entonces, a dos hechos: por una parte, la declaratoria de vacancia del cargo desempeñado por el demandante; y por otra, la exclusión del escalafón docente del mismo señor González Díaz.

Para la Sala no hay duda ninguna acerca de la aplicabilidad del artículo 106 del Decreto 80 de 1980 al caso de autos, sin que ello implique abolición del régimen disciplinario, como pretende interpretarlo la demanda.

Si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de mayo de 1980 y 16 de marzo de 1982 declaró inexecutable algunas normas de la Ley 8ª de 1979 —por la cual se concedieron al ejecutivo las facultades extraordinarias que le permitieron expedir el Decreto 80 de 1980—, y otras de este decreto, ello obedeció a que tales dispo-

siones, o no se referían a facultades precisas como lo exige el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución, o pretendían usurpar facultades privativas de las Asambleas y los Concejos en materia de creación y organización de universidades; es decir, tenían que ver con el estatuto orgánico.

Pero en cuanto a situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. Así lo ordenan el artículo 62 de la C. N., y el 76 ordinal 10.

De manera pues, que en la materia que nos ocupa, el Decreto 80 de 1980 es norma de preferente aplicación y no puede ser reemplazada por un acto administrativo como lo es la Resolución 20 de 1971, expedida por el consejo directivo de la universidad.

El artículo 106 del Decreto-ley 80 de 1980 determina que "El abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los tres días siguientes, al vencimiento de una licencia, una comisión... En estos casos la autoridad nominadora presumirá el abandono del cargo y podrá declarar la vacancia del mismo o iniciar el proceso disciplinario correspondiente".

Es sabido, además, que esta figura no requiere adelantamiento de proceso disciplinario; basta con que se compruebe la causal de abandono. Así lo ha sostenido la jurisprudencia, al analizar el tema a la luz de las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 que el demandante considera le es aplicable.

En el caso aquí debatido, la documental arroja la evidencia, cuando menos, de estos puntos: que el profesor González Díaz suscribió contrato con la universidad para adelantar estudios en el exterior, en comisión, comprometiéndose a reintegrarse a sus labores al vencimiento de dicha comisión; que el acto acusado no contiene inexactitud alguna cuando en su parte considerativa indica que el ingeniero Rodolfo Noel Díaz no reasumió sus funciones dentro de los tres días siguientes al vencimiento de la comisión de estudios en el exterior, si se tiene en cuenta que según documento que obra al folio 114 y lo afirmado en el libelo en el hecho 7, la comisión se le vencía en el mes de febrero de 1981 y la universidad le comunicó el 6 de marzo de 1981 que le había situado los pasajes para el regreso, y sólo hasta el mes de mayo se presentó a la universidad, lo cual fue causa para que no se le asignara carga académica por lo avanzado del semestre. Además, tampoco demostró haber cumplido ninguna otra función correspondiente al cargo.

No es posible, como lo afirma el señor fiscal, considerar que no hay abandono del cargo luego de configurada una causal, por el sólo hecho de que la Administración no haga la declaratoria de vacancia inmediatamente; la "mora" no se "justifica" ni se convalida, como lo

pretende la Fiscalía, por la falta de pronunciamiento inmediato de la Administración.

El mismo demandante, al fundamentar en la vía gubernativa los recursos de reposición y apelación (fls. 102 a 105), reconoce la veracidad de no haberse reincorporado al cargo hasta el mes de mayo ni recommenzado actividades, achacando el retardo a eventos que nada tienen que ver con imposibilidad justificada de asumir sus funciones.

Si el abandono del cargo se configuró, la universidad podía legalmente, declarar la vacancia del mismo.

Declarada tal vacancia, es decir, retirado el demandante del servicio mediante esa modalidad administrativa, ello comportaba, necesariamente, la exclusión del escalafón docente. Así la resolución de declaratoria de vacancia no lo hubiera dicho, la exclusión se presentaba *per se* pues naturalmente el escalafón es una categoría inherente al servicio y retirado el docente de éste no puede considerarse que, fuera del mismo, mantenga sus prerrogativas dentro del escalafón.

Se requiere el adelantamiento previo de proceso para exclusión del escalafón cuando la alegada causa de esa exclusión así lo exija. Pero no cuando —como en una declaratoria de vacancia del cargo por abandono— éste se evidencia en forma palmaria, sin necesidad de proceso disciplinario; la vacancia es tan sólo la consecuencia que señala la ley cuando se produce el abandono.

De manera que el acto acusado mantiene incólume la presunción de legalidad que lo ampara y el Tribunal hizo bien al despachar negativamente las súplicas de la demanda, en decisión que habrá de mantenerse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, en desacuerdo con su fiscal colaborador,

*Falla:*

Confirmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 17 de diciembre de 1983, para desatar la litis propuesta por Rodolfo Noel González Díaz.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 4 de septiembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*

**RECURSO DE QUEJA-Improcedencia/CONTRIBUCION DE VALORIZACION-Pago/CAUCION**

*Para admitir el recurso de queja, la apelación debe ser procedente conforme a la ley, es decir, que la providencia sea apelable. En lo atinente a la no necesidad de caución en virtud de que, por disposición legal, el pago de la contribución de valorización podría quedar garantizado con la inscripción de dicho gravamen en la Oficina de Registro, tal aspecto debió ser analizado por el ponente al resolver sobre el ofrecimiento de caución, análisis que no es posible hacerse con oportunidad del recurso de queja, donde sólo se estudia la procedencia o improcedencia de la apelación.*

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

**Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.**

**Referencia: Expediente número 2595. Actor: Fábrica de Hilazas Vanylon contra Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Barranquilla. Recurso de queja contra el auto de 19 de mayo de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico por el cual se negó la apelación. Auto.**

Procede la Sala a resolver el recurso de queja que formula la Fábrica de Hilazas Vanylon S. A., con el objeto de que se conceda el recurso de apelación presentado contra el auto de Sala Unitaria del Tribunal Administrativo del Atlántico fechado a marzo 31 de 1989 por medio del cual el magistrado ponente, previamente a la admisión de la demanda fijó caución de \$ 25.233.608.07 en desarrollo de lo previsto en el artículo 140 del C. C. A.

***Antecedentes:***

La citada sociedad formuló ante el Tribunal Administrativo del Atlántico demanda contenciosa en acción de restablecimiento del derecho con motivo de la expedición por parte del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Barranquilla de las Resoluciones números 034 y 065 de 1968 por las cuales le decretaron contribuciones de valorización por valor de \$ 14.785.311.14 y \$ 6.590.110.96 respectivamente.

En el libelo introductorio de la demanda, el apoderado de la actora hizo la siguiente manifestación:

“*Caución.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del Decreto L. 01 de 1984, atentamente solicito del señor magistrado, fije el monto de la caución a que haya lugar a su entera satisfacción a fin de darle cumplimiento para que la acción continúe su curso legal” (fl. 139).

El magistrado ponente expidió el auto que se transcribe, fijando la caución solicitada:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del C. C. A., preste caución la sociedad demandante en el término de cinco (5) días por la suma de \$ 25.233.608.07 que garantiza el pago de la suma controvertida y sus recargos” (fl. 161).

Contra este auto, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue negado por improcedente, mediante auto de Sala Plena que así lo estimó en razón de que:

“1º El proveído impugnado a través de apelación, fue proferido en Sala Unitaria, con miras a impulsar el trámite previsto en el artículo 140 del C. C. A., que es previo a la decisión sobre la admisión de la demanda. Esto quiere decir, que se trata de un auto de sustanciación, susceptible únicamente del recurso de reposición conforme lo establece el artículo 180 del C. C. A., y no del de apelación.

“2º De otra parte, la caución es materia regulada directamente en el C. C. A. (art. 140) sin que tenga que acudir subsidiariamente a las normas del Código de Procedimiento Civil.

“3º Por último, en el artículo 181 del C. C. A., se señalan expresamente los autos proferidos en primera instancia, susceptibles del recurso de apelación, todos los cuales son interlocutorios y entre ellos obviamente no aparece señalado el auto recurrido por ser de sustanciación” (fls. 162 y 163).

#### *Fundamentos del recurso de queja:*

En extenso memorial, dedicado en su mayor parte a cuestionar la legalidad del auto que fijó la caución, el recurrente plantea su derecho a la concesión del recurso de apelación mediante el siguiente discurso:

“En primer lugar, no es el carácter de interlocutorio lo que le da a un auto la posibilidad de ser apelable, pues hay autos interlocutorios que no son apelables y otros que sí lo

son. Es la ley procesal la que le da el carácter de apelable a determinados autos. Es más; corresponde al señor magistrado o al juez calificar qué clase de auto fue el que dictó y en el caso de marras, corresponde al ponente calificar qué clase de auto fue el que expidió al fijar caución. Y lo calificaron en Sala Plena como auto de trámite o de sustanciación, lo que sin embargo no es razón suficiente para afirmar que no es apelable, ni que no es interlocutorio”.

“.....

“...Al haber adoptado el honorable Tribunal, a través del ponente, el procedimiento de fijar caución antes de admitir la demanda, se dio el caso de parecer que ese auto es de simple trámite, pues el artículo 181 del C. C. A., sólo contempla cuatro autos como susceptibles de apelación, en una enumeración que da la idea de ser taxativa pero que no lo es y además por la circunstancias de ser dictado en Sala Unitaria y repugna al Tribunal que un auto dictado en Sala Unitaria sea susceptible del recurso de apelación para ante el Consejo de Estado y no tenga reposición o súplica para ante la Sala Plena. Eso era antes de la expedición del C. de P. C., vigente a partir de julio de 1971. Ahora hay autos interlocutorios apelables y no apelables y autos cuya calificación de su naturaleza corresponde al juez o magistrado.

“Vacíos del C. C. A., que llenó el C. de P. C., al remitirnos el artículo 267 del C. C. A., a aquel, para resolver los asuntos no contemplados lo que produjo las siguientes situaciones: 1. Se demuestra que la enumeración del artículo no es taxativa porque hay otros autos que son apelables en el procedimiento civil que no están como apelables ni como nada en C. C. A., y que presentado el caso en el procedimiento administrativo también son apelables. A vía de ejemplo, como el auto que cierra el incidente de nulidad procesal, o que niega un amparo de pobreza, o decreta una acumulación de autos o resuelve la suspensión del proceso; éstos siguen los recursos que están en el C. de P. C., y que no están en el C. C. A., y por tanto apelables, lo que lleva a la conclusión y certeza de que la enumeración del art. 181 del C. C. A., no es taxativa Como el C. C. A., en su artículo 267 nos remite al C. de P. C., porque no regula la caución, éste dice que es un auto apelable.

“Encontramos entonces que el artículo 361 del C. de P. C., dice que son apelables 8 autos proferidos en primera instancia y los enumera, pero en el numeral 9 dispone que son apelables los demás autos expresamente señalados por la ley en el C. P. C., dentro de los muchos casos de autos apelables en el procedimiento civil, está el auto que fija caución, según

lo dispuesto en el libro IV, Título XXXIV, artículo 680, que es una norma especial a la que el C. P. C., le dedica un título del libro IV para regularla y precisamente lo titula *Cauciones*. Luego el auto recurrido en apelación y que da lugar a la reposición que se hace en este escrito, pese a los vacíos del C. C. A., pese a que fue dictado en Sala Unitaria, por su naturaleza, por la materia que regula delicada en extremo, y por disposición de la ley en el artículo 680 del C. P. C., es un auto calificable de interlocutorio objeto de apelación. Tampoco el auto que niega las pruebas o parte de ellas aparece en el C. C. A., como susceptible de ser apelado, pero lo es recurriendo al C. P. C., en su artículo 345. Claro que son apelables porque el artículo 181 del C. C. A., no puede interpretarse aisladamente y desvincularse totalmente de la legislación llamada a llenar los vacíos del procedimiento administrativo. Me permito señalar algunos de los autos apelables en el C. P. C.: artículos 52, 53, 57, 59, 60, 99, 133, 159, 164, 167, 310, 338, 340, 344, 347, 390, 426, 458, 465, 470, 471, 473, 481, 484, 485, 599, 500, 504, 511, 513, 528, 519, 522, 529, 530, 538, 542, 570, 571, 572, 573, 574, 581, 582, 589, 590, 595, 601, 603, 605, 610, 611, 618, 120, 676, 631, 636, 641, 642, 645, 648, 653, 654, 656, 659, 679, 680, 686 y 690. No todos aplicables en el procedimiento administrativo pero sí su mayoría. El hecho de que la ley establezca que los autos puedan ser objeto de apelación directamente sin que quepa el recurso de reposición contra ellos, como sucede con el auto que fija una caución no quiere decir que no sean apelables. El artículo 180 del C. C. A., dice que la reposición cabe contra los autos de trámite que dicte el ponente... 'cuando no sean susceptibles de apelación'. El mismo C. C. A., lo dice. De manera que el hecho de que la ley la reposición cabe contra los autos de trámite que dicte el recurso de reposición y sí directamente el de apelación, no quiere decir que no sea apelable" (fls. 198, 207 al 210).

#### *Consideraciones de la Sala:*

La primera condición señalada en el artículo 377 del C. P. C., para que por el Superior se admita el recurso de queja, es que la apelación sea procedente conforme a la ley, o lo que es lo mismo, que la providencia sea apelable. La ley, en este caso el Decreto legislativo número 01 de 1984, indica que de los autos proferidos por los Tribunales en pleno o en una de sus Salas, son apelables el inadmisorio de la demanda, el que resuelve sobre la suspensión provisional; el que ponga fin al proceso; y el que resuelva sobre la liquidación de condenas. Por cierto, se trata de providencias de jueces plurales que son los que en estricta lógica procesal tienen superior y ninguno de ellos es de los que se profieren por el magistrado ponente, los cuales dentro de este orden de ideas no tienen el carácter de juez inferior con respecto al Consejo de Estado y sus providencias no son, dentro del sistema

del Código Contencioso Administrativo objeto de revisión por el superior, sino bien por ellos mismos mediante el recurso de reposición o bien por la Sala de Decisión o por el Tribunal, en su caso, mediante el recurso de súplica.

El auto del ponente que fue erróneamente apelado por el demandante no es apelable y a esta conclusión se llega sin necesidad de acudir al carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil puesto que no hay vacío alguno que llenar con la legislación supletoria. La conclusión es clara y directa dentro del Código Contencioso Administrativo y por tanto el Consejo de Estado no puede acceder a ordenar que se conceda un recurso que a su juicio, como a juicio del Tribunal *a quo*, no es procedente.

Destaca finalmente la Sala, con relación a las alegaciones del quejoso atinentes a la no necesidad de caución en virtud de que, por disposición legal, el pago de la contribución de valorización podría quedar garantizado con la inscripción de dicho gravamen en la Oficina de Registro, que tal aspecto debió ser analizado por el ponente al resolver sobre el ofrecimiento de caución y que ese análisis, desafortunadamente, no es posible hacerse con oportunidad del recurso de queja donde sólo se estudia, como ya se dijo, la procedencia o improcedencia de la apelación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

*Resuelve:*

No se concede el recurso de apelación denegado por improcedente por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante auto de 19 de mayo de 1989.

Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

*Judith López Díaz*, Secretaria (E.).

*VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/CATASTRO-Régimen especial/AVALUO CATASTRAL-Revisión.*

*El régimen especial de catastro, impone la necesidad de observar estrictamente lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1º del C. C. A., que solamente permite la aplicación de las normas de dicho código, en aquello que no ha sido previsto por las normas especiales, y obviamente que sean compatibles con ellas.*

*La ley estableció en favor del propietario o poseedor la acción de revisión del avalúo en la oficina de catastro correspondiente cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio, revisión que se hace dentro del proceso de conservación catastral, procediendo contra la decisión que como consecuencia de ella se profiera los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa.*

*Al no haberse dado el agotamiento de la vía gubernativa el fallo no puede ser de fondo.*

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

*Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

*Referencia: Expediente número 1121. Autoridades nacionales. Actor: Sociedad García González Inversiones y Construcciones Limitada.*

*Contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de octubre de 1988 el señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación para ante esta Corporación. En la providencia dicha el Tribunal se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo pues conforme el amplio análisis que allí se hace, no hubo agotamiento de la vía gubernativa como requisito previo indispensable para el ejercicio de una acción de restablecimiento como la aquí propuesta.*

*Tramitado el recurso en legal forma, procede la Sala a decidirlo previas las consideraciones que siguen:*

*La sociedad "García González Inversiones y Construcciones Limitada" y el doctor Alvaro García y García por conducto de apoderado*

judicial demandó en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La Resolución 25-000-0043-84 de 28 de diciembre de 1984 expedida por el director-jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, en cuanto afecta al predio El Espartillo (Ginebra) de propiedad de los actores.

b) La Resolución 25-000-0002-85 de 23 de abril de 1985 que denegó los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la resolución anterior.

c) La Resolución 25-000-0005-85 de 11 de junio de 1985 por la cual se confirmó la resolución anterior y se negó cualquier otro recurso en la vía gubernativa.

*Antecedentes de la controversia:*

1º El 15 de junio de 1983 el Congreso Nacional expidió la Ley 14 "Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 5º se impuso a las autoridades catastrales la obligación de formar o actualizar los catastros en el curso de cinco años, en todos los municipios del país, y en su artículo 4º la obligación de expedir categorías de precios para los terrenos y edificaciones, o para las fracciones de áreas de unos y otros en el caso que no fueren del todo homogéneos respecto a su precio.

2º Mediante el Decreto 3496 de 1983 el Gobierno reglamentó parcialmente la Ley 14 de 1983 en cuyo artículo 8º fijó pautas para la formación de los catastros.

3º El 30 de enero de 1984 el director de la Seccional de Catastro de Cundinamarca expidió la Resolución 25-000-008-84 ordenando la formación del catastro jurídico fiscal del Municipio de Zipaquirá, zonas rural y urbana.

4º El 28 de diciembre de 1984 el mismo director Seccional de Catastro de Cundinamarca expidió la Resolución 25-000-027-84 aprobando el estudio de las zonas homogéneas geo-económicas, el valor de los tipos de edificaciones, disponiendo la liquidación de los avalúos y la elaboración de listas de propietarios o poseedores del Municipio de Zipaquirá. Y el mismo día ordenó la inscripción en el catastro de todos los predios rurales de dicho municipio, declaró vigentes los avalúos resultantes de la formación catastral para 1985, dentro de los cuales se encontraba el predio de los demandantes. Esta última determinación que consta en la Resolución número 25-000-0043-84 dio lugar a las actuaciones administrativas objeto de la demanda.

Realizado este breve recuento de los hechos o antecedentes del proceso, y estudiadas en forma pormenorizadas todas las actuaciones, considera la Sala un tanto superfluo reproducir las normas que consideró quebrantadas el actor por los actos acusados y el concepto de la violación por cuanto unas y otro fueron reproducidos en el fallo de primera instancia, bastándole a la Sala para los fines de la apelación detenerse en los fundamentos que tuvo el Tribunal para dictar su sentencia inhibitoria por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

El Tribunal comienza por decir que como aquí se debaten unas cuestiones relacionadas con el catastro nacional a cargo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuyo trámite administrativo en todo lo relacionado con su formación, actualización de la formación y conservación tiene previstos unos procedimientos especiales en la Ley 14 de 1983, Decreto 3496 del mismo año y la Resolución número 660 de 1984, se deberá estar a lo dispuesto en tales ordenamientos especiales que distinguen tres etapas bien definidas dentro del catastro nacional cuales son: formación del catastro, actualización de esa formación y conservación del mismo, con relación a las cuales cita y transcribe las normas pertinentes, especialmente de la Resolución número 660 de 1984 del director general del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Transcribe igualmente los artículos 124 y 129 de la resolución en comento que regulan la vía gubernativa en el catastro y el agotamiento de la misma con fundamento en las cuales, dice, la Seccional de Catastro de Cundinamarca procedió mediante Resolución número 25-000-008-84 de enero 30 de 1984 al levantamiento del catastro jurídico-fiscal del Municipio de Zipaquirá, zonas rural y urbana, y por medio de la Resolución número 25-000-027-84 de 28 de diciembre del mismo año se aprobó el estudio e investigación de las zonas homogéneas geoeconómicas y el valor de los diferentes tipos de edificaciones y construcciones existentes tanto en la zona urbana como en la rural del municipio citado. Posteriormente fue expedida la Resolución número 25-000-0043-84 demandada con la cual dice el *a quo* termina el proceso de formación catastral tal como lo dispone el artículo 87 de la Resolución 660 de 1984, siendo el paso a seguir la anotación en los registros catastrales, actuación con la cual se concretiza o individualiza el avalúo de cada uno de los predios afectados con toda la actuación de formación del catastro.

El Tribunal anota así mismo, que una vez efectuado el registro catastral el propietario o poseedor podrá obtener la revisión del avalúo en la oficina correspondiente demostrando que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio, y para poder obtener esa revisión el artículo 9º de la Ley 14 de 1983, previó que ello sólo se podrá hacer dentro del proceso de conservación catastral "y contra la decisión procederán por vía gubernativa los recursos de reposición y apelación".

Al aplicar los criterios que expone al caso de autos dice el Tribunal que si los actores una vez enterados de las providencias por

medio de las cuales la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca le había determinado un nuevo avalúo a su propiedad "El Espartillo-Ginebra" en Zipaquirá conforme a las disposiciones que ha analizado, pretendían obtener la revisión de dicho avalúo, era menester acudir a lo dispuesto en el artículo 129 de la Resolución 660 de 1984 y en el 9º de la Ley 14 de 1983, presentando la correspondiente solicitud de revisión para abrir en esa forma la vía gubernativa, toda vez que se estaba dentro del proceso de conservación catastral según el artículo 130 de la resolución en comento. Contra lo que allí se decidiera procedían los recursos de reposición, apelación y queja, según los artículos 124 a 126 y 129 de la Resolución 660. Pero, anota, no aparece en el expediente, ni antecedentes administrativos, que se hubiera dado cumplimiento al procedimiento especial previsto en la ley y normas pertinentes a fin de proceder a obtener la revisión del avalúo según los actos administrativos que le dieron origen para dar por agotada la vía gubernativa en debida forma. Y concluye el *a quo*:

"En el caso *sub examine* se imponía el agotamiento de la vía gubernativa en debida forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la Resolución 660 de 1984 y el artículo 9º de la Ley 14 de 1983, ya que el recurso de *apelación* es obligatorio, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 140 y 149 de la Resolución 660 de 1984.

"Finalmente, el que los actores hubieran atacado la Resolución número 25-000-0002-85 mediante los recursos de reposición y en subsidio el de apelación (fs. 38 y ss., cdno. 2), no quiere ello decir que se agotó debidamente la vía gubernativa, ya que si bien la administración lo oyó, resolvió como lo hizo en la Resolución núm. 25-000-0002-85 denegar el recurso de reposición, por cuanto conocía en única instancia el funcionario que lo falló, por cuanto no se ajustaron los actores al conjunto de disposiciones legales señaladas para obtener un agotamiento de vía conforme a la ley y poder así acudir al Contencioso Administrativo a buscar el restablecimiento del derecho que consideraba vulnerado, mediante la acción correspondiente, que fue la invocada en la demanda".

El señor apoderado de los apelantes al sustentar la apelación controvierte los argumentos del Tribunal expresando que del artículo 9º de la Ley 14 de 1983 no se puede concluir que los avalúos efectuados o resultantes del proceso de formación catastral no puedan discutirse mediante los recursos ordinarios de vía gubernativa, sino esperando el inicio del proceso en mención, pues si sólo se admitiera la posibilidad de vía gubernativa dentro del proceso de conservación catastral para solicitar la revisión del avalúo, cuando el valor no se ajusta a las características del predio y se descarta tal posibilidad cuando existan vicios dentro del proceso de la formación catastral se llegaría a conclusión contraria a modernas tendencias del derecho administrativo, de que hay actos normales de la Administración que no son enjuiciables, consagrándose una inmunidad injustificada para quien detenta el poder.

Manifiesta igualmente, que desde el punto de vista positivo no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2205 de 1983 que aprobó los estatutos del Agustín Codazzi se previeron los recursos de reposición y de apelación contra todas las resoluciones dictadas en primera instancia por las directivas seccionales de Catastro e igualmente el artículo 139 de la Resolución 660 de 1984 estableció también los recursos de reposición, apelación y queja, normas todas estas desconocidas por el Tribunal de Bogotá. Apunta que con la resolución que ordenó la inscripción en el catastro de todos los predios rurales del municipio de Zipaquirá y declaró vigentes los avalúos resultantes de formación del catastro, terminó dicho proceso de conformidad con el artículo 87 de la Resolución 660 de 1984, y la ejecución de dicha orden implica un acto de ejecución contra el cual no cabe recurso en la vía gubernativa de conformidad con el artículo 49 del C. C. A. Examina el señor apoderado los antecedentes del Código Contencioso Administrativo en lo referente a sugerencias hechas por la Asociación Colombiana de Propiedad Industrial para demostrar cuál fue el origen del inciso 4º del artículo 41 del C., "lo cual demuestra que ésta última norma no viene al caso toda vez que el artículo 87 de la Resolución 660 de 1984 del I. G. A. C., es clara en afirmar que:

"El proceso de formación *termina* con la resolución por medio de la cual el jefe de la Oficina de Catastro a partir de la fecha de dicha providencia, ordena la inscripción en el Catastro de los predios que han sido formados'" (subrayas del señor apoderado).

"Y esa resolución que termina el proceso de formación catastral, fue precisamente la demandada en este proceso, junto con las resoluciones posteriores que negaron los recursos interpuestos, dentro de un proceso de restablecimiento del derecho".

Por su parte el señor apoderado del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" glosa los argumentos en que sustenta su apelación la actora, encontrando incomprensible que el apelante después de copiar el artículo 9º de la Ley 14 de 1983 no entienda lo que ese artículo establece en el sentido de que la discusión del avalúo (obtenido en la formación catastral), se hace mediante la acción de revisión con la posibilidad de impugnarla con los recursos en la vía gubernativa y posteriormente con la acción de restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción. Expresa que el procedimiento catastral tiene un régimen especial que da mejores garantías que el artículo 50 del C. C. A., pues mientras éste sólo concede los recursos de vía gubernativa, la norma catastral confiere además una acción especial de revisión, que procede dentro de la conservación catastral por lo mismo que es a partir de ese momento cuando se conoce el avalúo catastral, y mal podría ejercerse la acción antes si no hay materia sobre la que recaiga, anotando que, además, el artículo 8º de la Ley 14 de 1983 prescribe que la vigencia de los avalúos formados es el 1º de enero del año siguiente a aquel en que fue ejecutada dicha formación,

momento en el cual comienza la conservación del catastro formado. Anota igualmente, que el artículo 12 del Decreto 3496 de 1983, dice que la conservación se inicia al día siguiente en el cual se inscribe la formación, o sea, que obtenido el avalúo, ineludiblemente empieza la conservación y con ella la posibilidad de incoar la acción de revisión.

Más adelante agrega el señor apoderado del Agustín Codazzi, que es evidente que los actos administrativos de la formación catastral no son impugnables en la vía gubernativa, situación que surge de la índole misma de dichos actos, que es la de ser actos de trámite, preparatorios o de ejecución no susceptibles de recursos en la vía gubernativa. Controvierte el argumento del apelante en cuanto a la aplicación del artículo 30 del Decreto 2205 de 1983 que considera es cerceado en la parte que dice: "Los actos que se deriven de la formación y conservación del Catastro Nacional, se sujetarán a un procedimiento especial, según las normas que se establezcan para el efecto. Por consiguiente, agrega, para el asunto *sub judice* opera la Resolución 660 de 1984 y las demás normas de carácter superior ya mencionadas repitiendo para aclarar confusiones el recurrente, que la formación catastral es sólo una parte de la actividad catastral denominada así para hacer distingos puramente técnicos que no tienen relación alguna con la conclusión de los procedimientos gubernativos.

Comenta también el señor apoderado el artículo 87 de la Resolución número 660 de 1984, el cual no dice que con la resolución que ordena la inscripción en los registros catastrales se termina el proceso de formación catastral, pues lo que la norma no dice es que allí se termina la actividad catastral o que dicho acto contenga una decisión administrativa susceptible de impugnación como aparece entenderlo la demandante. La orden de inscripción es apenas un acto de trámite más en la preparación del catastro como identificación física, jurídica, fiscal y económica, pero donde aún faltan algunos aspectos para entender en verdad el catastro como los aspectos fiscal y económico. Tampoco, agrega, la declaratoria de vigencia fiscal de los avalúos es una decisión administrativa, sino la simple repetición de la preceptiva contenida en el artículo 8º de la Ley 14 de 1983.

Al referirse al último argumento de la impugnante, en cuanto a la aplicación del artículo 44 del C. C. A., el señor apoderado considera absurda la interpretación que hace el apelante, ya que el Agustín Codazzi estima pertinente el inciso 4º del artículo 44 citado para el asunto *sub judice* porque al clausurar la formación catastral se "... ordena la inscripción en el catastro de los predios que han sido formados..." (art. 87 de la Resolución 660 de 1984) y por ello precisamente el inciso 4º en comento prevee la manera de notificar esos actos de inscripción. Y concluye expresando que la orden dada en la resolución con la cual termina el proceso de formación produce unos actos de inscripción que necesariamente deben notificarse por la modalidad indicada en el inciso 4º del artículo 44, que de otra manera sería im-

posible hacerlo a todos los propietarios de uno o varios municipios donde se haya realizado la formación catastral.

*El concepto fiscal:*

El señor agente del Ministerio Público en su concepto de fondo es del parecer que la providencia del Tribunal de Cundinamarca debe ser confirmada pues el inciso 2º del artículo 1º del C. C. A., dice que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas y en el caso presente se dictó la Ley 14 de 1983, en desarrollo de la cual se produjo el Decreto reglamentario 3496 de 1983 y con base en ambos el Instituto Geográfico Agustín Codazzi produjo la Resolución 660 de 1984 que vino a reglamentar cada una de las etapas que conforman los procesos de formación, actualización y conservación del catastro nacional, definida ésta última etapa como la que se inicia al día siguiente al en que se inscribe la formación y actualización de la formación en el catastro, y termina con la resolución que ordena la inscripción. Dice que la resolución dicha regula en forma específica la vía gubernativa estableciendo dos instancias en casos de revisión de los avalúos o modificación de ellos, y que en los demás, tales como cambio de nombre, identificación de personas y análogas, se actuará en única instancia. Transcribe el señor fiscal el artículo 149 de la Resolución 660 de 1984 y concluye:

“No hubo pues reclamación idónea del actor por cuanto no se ajustaron sus peticiones al conjunto de disposiciones legales señaladas para obtener el agotamiento de la vía gubernativa, conforme a la ley y tener por ello ocurrencia expedita para ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el proceso no aparece probado el que los actores hubieren interpuesto el recurso idóneo, cual es el de revisión, en los términos establecidos en las normas citadas en las anteriores consideraciones, único procedimiento para que la Administración volviera a pronunciarse sobre el avalúo, sobre el cual ya se había pronunciado con anterioridad.

Vista la posición de las partes y del señor agente del Ministerio Público en el proceso, corresponde a la Sala ahora en el contexto indicado, formular sus conclusiones jurídicas con miras a la pertinente decisión, concretando su atención en la excepción que encontró probada el Tribunal y que lo llevó a una decisión inhibitoria.

Conforme el inciso segundo del artículo primero del Decreto 001 de 1984 “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”.

Las principales disposiciones pertinentes al caso objeto de estudio son las siguientes:

La Ley 65 de 1939 que adscribió al Gobierno la dirección técnica y el control del catastro en toda la República (art. 1º) y lo autorizó para establecer "la debida conexión entre las oficinas de registro y las nuevas organizaciones catastrales" (art. 2º) y para "dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tenerse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc.". Con base en tales autorizaciones se dictó el Decreto 1301 de 1940 que las desarrolla, decreto que es especial y que contiene el estatuto orgánico del Catastro Nacional.

La Ley 14 de 1983 "Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones" en su Capítulo 1º contiene normas sobre catastro entre ellas el artículo 3º según el cual, las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de formación, actualización y conservación de los catastros, siendo su desarrollo los artículos 4º, 5º, 6º y 7º en la determinación de los avalúos.

El Decreto 3496 de 1983 reglamentario de la Ley 14 de 1983 en cuyo artículo 1º expresa que las autoridades catastrales tendrán a su cargo las labores de formación, actualización y conservación del catastro; en el artículo 8º se indica cómo se obtiene el avalúo de la formación catastral para zonas homogéneas geoeconómicas; el 9º define el avalúo de la actualización de la formación catastral; el 10 fija pautas para el avalúo en la conservación y el 12 dice en qué consiste la conservación catastral y cuándo se inicia.

Y la Resolución número 660 de 30 de marzo de 1984 "Por la cual se reglamenta la formación, actualización de la formación y conservación del catastro nacional", emanada de la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi da desarrollos prácticos a la preceptiva legal antes referida, precisando en sus diferentes capítulos los pasos y procedimientos a seguir en la formación catastral.

Por manera que el régimen especial de catastro antes referido, impone la necesidad de observar estrictamente lo dispuesto en el segundo inciso del artículo primero del C. C. A., que solamente permite la aplicación de las normas de dicho Código, en aquello que no ha sido previsto por las normas especiales y, obviamente, que sean compatibles con ellas.

La serie de normas de derecho público que regulan la formación del catastro, específicamente las relativas a los tres pasos que la preceden como son la formación, la actualización y la conservación del catastro, están estrechamente vinculadas, integrando una sola actividad catastral para la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los inmuebles como lo previene el artículo 3º de la Ley 14 de 1983. Y precisamente acorde con esa situación de la actividad catastral en sus tres manifestaciones, el artículo 9º de la Ley 14 citada estableció en favor del propietario o poseedor la acción de revisión

del avalúo en la oficina de catastro correspondiente cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio, revisión que se hace dentro del proceso de conservación catastral, procediendo contra la decisión que como consecuencia de ella se profiera, los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa.

El Decreto 3496 de 1983 a su turno en su artículo 32 habla de las instancias en el catastro, indicando que el procedimiento gubernativo en catastro tendrá dos instancias en los casos de revisión de los avalúos de los mismos formados o actualizados o de las modificaciones de los avalúos en conservación, advirtiendo que "En los demás casos, y siempre que no haya modificaciones del avalúo, tales como cambio de nombre, identificación de las personas, y análogas, las autoridades catastrales actuarán en única instancia". El artículo 33 establece los recursos de reposición y apelación contra la resolución que desata la solicitud de revisión, el 34 establece la forma y términos de los recursos, advirtiendo el 35 que el de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas; y el 37 sienta el principio de que la vía gubernativa se entiende agotada cuando las providencias no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 33 o cuando estos recursos se han decidido.

Del mismo modo la Resolución 660 de 1984 en el Capítulo I del Título Quinto habla de las instancias, competencias, pruebas y recursos dentro de la vía gubernativa en el catastro prescribiendo el artículo 124 lo siguiente:

*"Instancias en el Catastro.* La vía gubernativa en el Catastro tendrá dos instancias en los casos de revisión de los avalúos de los catastros formados o actualizados o de las modificaciones del avalúo en conservación. En los demás casos, y siempre que no haya modificaciones del avalúo, tales como cambio de nombre, identificación de las personas y análogas, las autoridades catastrales actuarán en única instancia.

*"Parágrafo.* La vía gubernativa se tramitará dentro del proceso de la conservación catastral".

El artículo 149 de la misma resolución dice que el agotamiento de la vía gubernativa ocurrirá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior y cuando la providencia quede en firme por no haberse interpuesto los recursos de reposición o de queja.

Lo cierto es que conforme la preceptiva legal antes citada, cada una de las fases catastrales está perfectamente delimitada y así, en el caso presente tenemos que dentro del proceso de formación catastral de todos los predios rurales del Municipio de Zipaquirá, se pro-

firieron varias resoluciones por la Seccional de Catastro de Cundinamarca, comenzando por la número 25-000-008-84 "Por medio de la cual se ordena la formación del Catastro Jurídico-Fiscal del Municipio de Zipaquirá, zonas *urbana y rural*", que integran todas un solo cuerpo y cuya vigencia está señalada en la Resolución número 25-000-0043-84 de diciembre 28 de 1984, el 1º de enero de 1985. Por medio de dicha resolución que es uno de los actos impugnados, se ordenó la inscripción en el Catastro de los predios rurales del citado Municipio de Zipaquirá, culminando así el proceso de formación catastral a términos del artículo 87 de la Resolución 660 de 1984. En la vía gubernativa se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron denegados mediante las Resoluciones números 25-000-0002-85 de abril 23 de 1985 y 25-000-0005-85 de junio 11 del mismo año por improcedentes, pues la providencia recurrida tiene un simple carácter de reglamentaria creadora de una situación general, impersonal y objetiva según se dice en ellas.

Ahora bien, como lo anota el Tribunal, de la demanda surge que la acción intentada es la de restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C. C. A., en el sentido de que mediante la anulación de los actos acusados, se proceda a modificar el avalúo de que fue objeto el predio rural de los actores denominado "El Espartillo-Ginebra" situado en el Municipio de Zipaquirá (Cundinamarca), el cual según consta en autos tenía un avalúo de \$ 4.742.000 y fue avaluado a partir de 1º de enero de 1985 en \$ 25.756.000. En estas condiciones y de acuerdo con toda la normatividad que aquí se ha analizado, era menester que los actores que a todas luces pretendían obtener la revisión del avalúo, hubieran presentado la correspondiente solicitud de revisión para en esta forma abrir la competente vía gubernativa, puesto que se estaba dentro del proceso de conservación catastral y contra lo que les fuera resuelto, interponer los recursos de reposición, apelación o queja según el caso.

No obstante los planteamientos que formula el señor apoderado de los demandantes, el fallo en la presente oportunidad al igual que lo determinó el Tribunal, no puede ser de fondo pues, se repite, no se dio en el presente caso el agotamiento de la vía gubernativa. Sin este agotamiento, tal como lo dispone el artículo 135 del C. C. A., no se puede acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El agotamiento de la vía gubernativa está erigido como un requisito de procedimiento que como tal condiciona la competencia misma de los organismos de esta jurisdicción especial. Y la vía gubernativa está constituida por los recursos viables establecidos contra el acto administrativo. Y su agotamiento se logra según el artículo 63 del Decreto 001 de 1984, cuando contra el acto no proceda ningún recurso, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja.

Como puede observarse en el expediente ninguna de las hipótesis de agotamiento se cumplió por lo mismo que no hubo solicitud de revisión del avalúo en la Oficina Catastral correspondiente. Por tal razón el avalúo del predio "El Espartillo-Ginebra" de propiedad de los actores para el año de 1985 llegó a ser inimpugnable jurisdiccionalmente. Las Resoluciones 25-000-0043-84 de 28 de diciembre de 1984, 25-000-0002-85 de 23 de abril de 1985 y 25-000-0005-85 de junio 11 del mismo año sólo en apariencia configuran el agotamiento de la vía gubernativa, ya que ellas no constituyen la decisión de los recursos que oportunamente se debieron interponer de haberse solicitado la revisión del avalúo y haberse producido decisión sobre el particular, sino que simplemente son el resultado de unos recursos improcedentes como lo determinó la misma Seccional de Catastro de Cundinamarca. Consecuencialmente, la actitud pasiva de los actores frente al remedio procesal que tenían a la mano en la vía gubernativa, le quitó toda posibilidad de examen al avalúo por la vía de la acción. Por ello muy bien anota el Tribunal en su fallo que:

"No aparece en el expediente, ni antecedentes administrativos, que los actores hubieran dado cumplimiento al procedimiento especial previsto en la ley y normas pertinentes a fin de proceder a obtener la *revisión del avalúo* de su predio *El Espartillo-Ginebra*, según los actos administrativos que le dieron origen y tendiente a dar por agotada la vía gubernativa en debida forma.

"El agotamiento de la vía gubernativa, condición *sine qua non* para el ejercicio de acciones de restablecimiento del derecho como la aquí intentada, es una exigencia lógica —según la doctrina— con la cual quiso el legislador evitar en un momento dado que se produjeran decisiones administrativas y jurisdiccionales encontradas, y al mismo tiempo, brindar oportunidad a la administración pública de madurar sus decisiones a través de los recursos gubernativos. Pero, además, la figura jurídica del agotamiento de la vía gubernativa, en debida forma conforme a la ley, sirve para indicar, normalmente, que hay cosa juzgada administrativa cuando se dan los tres requisitos fundamentales de la identidad de persona-peticionaria, identidad de objeto e identidad de *causa petendi* y, que en consecuencia, la autoridad debe de abstenerse de pronunciarse sobre la misma petición ya resuelta con anterioridad.

"En el caso *sub examine*, se imponía el agotamiento de la vía gubernativa en debida forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 149 de la Resolución 660 de 1984 y el artículo 9º de la Ley 14 de 1983, ya que el recurso de *apelación* es obligatorio según se desprende de lo dispuesto en el artículo 140 y 148 de la Resolución 660 de 1984.

"Finalmente, el que los actores hubieran atacado la Resolución número 25-000-0002-85 mediante los recursos de reposición y en subsidio el de apelación (fls. 38 y ss., cdno. 2), no quiere ello decir que se agotó debidamente la vía gubernativa, ya que si bien la adminis-

tración los oyó, resolvió como lo hizo en la Resolución 25-000-0002-85 denegar el recurso de reposición, por cuanto conocía en única instancia el funcionario que lo falló, por cuanto no se ajustaron los actores al conjunto de disposiciones legales señaladas para obtener un agotamiento de vía conforme a la ley y poder así acudir al Contencioso Administrativo a buscar el restablecimiento del derecho que consideraba vulnerado, mediante la acción correspondiente que fue la invocada en la demanda”.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, resulta claro que la Administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los pedimentos de los actores y en semejante evento, era apenas natural que el Tribunal se viera impelido a rehusar un examen de la legalidad o no de los actos acusados, determinación con la cual está de acuerdo la Sala, razón por la cual el fallo apelado debe ser confirmado.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

*Confírmase* la providencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 25 de octubre de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

## CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Facultades

*Las Contralorías son organismos esencialmente administrativos, a cuyo cuidado están encomendados los patrimonios públicos en orden a mantener su destinación ceñida estrictamente a las finalidades consignadas en las normas reguladoras, supervigilando para ello a aquellos funcionarios encargados del manejo y distribución de los fondos comunes, pero sin que su acción pueda incluirse, dentro del control jerárquico o tutela administrativa que en la organización del Estado regula la interdependencia entre los organismos superiores e inferiores, y que da lugar a revocación o reforma de ciertos actos que pudieran considerarse inconvenientes o ilegales.*

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

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 1340. Apelación interlocutorio. Actor: Departamento del Quindío.

Contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 23 de agosto del año en curso, la parte impugnante interpuso el recurso de apelación para ante esta Corporación. En la providencia en mención el Tribunal suspendió provisionalmente los efectos del Oficio número 0861 de julio 24 de 1989 suscrito por la señora contralora general del Departamento del Quindío, acusado por el señor gobernador de ese departamento por medio de apoderado judicial. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 155 del C. C. A., de plano procede a decidir la Sala el recurso interpuesto; para ello, hace las consideraciones que siguen:

El 24 de julio del año en curso la señora contralora general del Departamento del Quindío dirigió al señor secretario de Hacienda del departamento el oficio acusado número 0861 en el cual luego de hacer una serie de consideraciones en torno al presupuesto departamental en particular al procedimiento a seguir en la presentación del proyecto de ordenanza a la Asamblea, la expedición y aprobación por parte de ésta, la objeción parcial o total por parte del gobierno departamental, la repetición del presupuesto o la adopción del mismo

mediante decreto, considera que no es posible el que se haya tomado como presupuesto para lo que resta de la actual vigencia, el que fue aforado desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 1989, en razón a que se debió deducir el monto de la parte ya ejecutada, y dentro del decreto departamental tener en cuenta el monto de lo ejecutable, "partidas que en ningún momento anuló el honorable Tribunal a través de su sentencia, de lo cual se deduce que no es procedente el aforo de un presupuesto por la suma... cuando en realidad las sumas a ejecutar durante los meses restantes de la presente vigencia, a partir de 7 de julio en que quedó ejecutoriada la sentencia, debe tener un menor aforo al inicial". Y luego de hacer otras consideraciones en torno al mismo presupuesto, concluye expresando que "La forma en que se ha procedido, obliga a la Contraloría General del Departamento, en cumplimiento del mandato constitucional y legal, a abstenerse de autorizar los distintos auditores fiscales delegados en las diferentes dependencias del gobierno seccional, para que visen todos y cada uno de los comprobantes que se relacionen con el gasto público, mientras no haya claridad meridiana conforme se señala en el contenido del presente oficio".

El oficio cuya síntesis se ha hecho en el párrafo anterior fue acusado por el señor gobernador del Departamento del Quindío por medio de apoderado, con especial solicitud de suspensión provisional, pues se le considera violatorio *prima facie* de normas superiores de derecho, en particular de claras y categóricas disposiciones del Código Fiscal del Departamento.

El Tribunal en el proveído apelado decretó la suspensión provisional del acto impugnado, pues lo consideró violatorio *prima facie* de los artículos 505 y 508 del Código Fiscal del Quindío. Y al efecto razonó así:

"El artículo 505 del Código Fiscal del Quindío dispone:

"Materias de Control. Corresponde al contralor, con jurisdicción en todo el territorio del departamento o donde el departamento, municipios y entidades descentralizadas tengan intereses económico, ejercer directamente o por medio de sus delegados, las funciones propias del cargo, en relación con las siguientes materias:

"3. El control presupuestario.

"....."

"Por su parte, el artículo 508 *ibidem*, relaciona las obligaciones del contralor departamental, respecto de dicho control presupuestario.

"Mediante el oficio número 0861 de julio 24 de 1989, la Contraloría General del Departamento del Quindío adoptó la decisión de 'abstenerse de autorizar a los distintos auditores fiscales en las dife-

rentes dependencias del gobierno seccional, para que visen todos y cada uno de los comprobantes que se relacionan (sic) con el gasto público... (fl. 23, cdno. 1).

“Si, de conformidad con las normas citadas del Código Fiscal del Quindío, al contralor general del departamento le corresponde el control del presupuesto, la decisión de la Contraloría del Quindío en el sentido de abstenerse de ejercer el control de los gastos públicos del departamento, es abiertamente contraria a las disposiciones fiscales. Los contralores de los departamentos están obligados a vigilar el gasto público y en general la ejecución del respectivo presupuesto para garantizar el cumplimiento de las estipulaciones presupuestales, sin que tengan como atribución legal o constitucional la de negarse a la vigilancia fiscal, so pretexto de la ilegalidad del presupuesto mismo, como ocurrió en este caso.

“El acto administrativo contentivo del presupuesto, como sucede con todos los actos de la administración, goza de la presunción de legalidad y sus efectos son obligatorios mientras no sean anulados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Las Contralorías departamentales no tienen jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad, o no, de los presupuestos sometidos a su control; estos entes, en relación con los presupuestos departamentales, deben limitarse a ejercer un control de tipo fiscal y no de carácter legal o constitucional, ya que éste constituye una atribución jurisdiccional contencioso administrativa”.

La Sala comparte en su integridad el punto de vista del Tribunal del Quindío. Es cierto que tanto la ley como el ordenamiento departamental, le fijan con toda precisión a la Contraloría departamental la órbita precisa de sus atribuciones. Las Contralorías para hacer efectiva su labor no pueden intervenir en aquello que es propio de otras ramas del poder público; carecen de funciones judiciales y de ningún modo pueden intervenir en las labores del legislativo. Sin embargo acontece con frecuencia, que se confundan las órbitas de la rama ejecutiva con las del control fiscal, ya sea porque la procedencia y actos del gobierno relacionados con la administración de la cosa pública necesitan la intervención de la Contraloría, o también porque las reglamentaciones del control en sus diferentes aspectos son de carácter obligatorio para los funcionarios dependientes del Gobierno. Es claro que el punto por establecer no es precisamente el de que se restrinjan o se amplíen las facultades fiscalizadoras, pues éstas deben ir hasta donde sea preciso en interés del tesoro y de los bienes públicos. Pero aquello que corresponde al Gobierno por causa de ser el director de los servicios públicos y del manejo general de los intereses de la comunidad no puede ser afectado por los organismos de control, pues de esa manera se incurriría en el error grave de confundir ramas administrativas que deben obrar separadamente, pues de otro modo se correría en el riesgo de que pasaran a manos de la

entidad fiscalizadora atribuciones ajenas y opuestas a ese objetivo primordial. Y así, en el caso presente antes que desconocer un acto administrativo que como lo dice el Tribunal está amparado por la presunción de legalidad, si no se estaba conforme con él bien podía la Contraloría departamental en forma debida provocar la acusación del mismo ante esta jurisdicción, única competente para juzgar su legalidad o no.

Las Contralorías, ha dicho reiteradamente esta Corporación, son organismos esencialmente administrativos, a cuyo celeso cuidado están encomendados los patrimonios públicos en orden a mantener su destinación ceñida estrictamente a las finalidades consignadas en las normas reguladoras, supervigilando para ello a aquellos funcionarios encargados del manejo y distribución de los fondos comunes, pero sin que su acción pueda incluirse, en el significado técnico-jurídico de los términos, dentro del control jerárquico o tutela administrativa que en la organización del Estado regula la interdependencia entre los organismos superiores e inferiores, y que da lugar a revocación o reforma de ciertos actos que pudieran considerarse inconvenientes o ilegales. Sus facultades, por consiguiente, se reducen a revisar o confrontar por un procedimiento mecánico de simple contabilidad, aquellas cuentas, pagos, contratos y órdenes de funcionarios que tengan a su cargo el manejo de los caudales públicos, para ver si están ajustados o no a la norma superior sobre apropiaciones o autorizaciones, y en vista de ello, impartirles o no su refrendación. "La conveniencia del gasto, su legalidad o ilegalidad, su necesidad u oportunidad son consideraciones que quedan al juicio y responsabilidad de los gerentes de los servicios públicos y absolutamente ajenos a la simple función contabilizadora de los contralores. De otra suerte quedarían las actuaciones de los ministros o gobernadores sujetos a su control jerárquico no previsto en la ley" (*Anales* 305-307, pág. 934).

Por último, debe advertir la Sala, en primer lugar, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 155 del C. C. A., el Consejo de Estado decide de plano el recurso de apelación que se haya interpuesto contra un auto de suspensión provisional, lo que significa que el mismo no tiene ningún trámite especial en la Corporación ni es menester sustentarlo. Y en segundo lugar, que al estudiarse esa medida excepcional de la suspensión provisional se hace un simple análisis comparativo, como el que hizo el Tribunal del Quindío en este caso, entre el acto acusado y la norma o normas superiores que se reputan violadas sin que ello implique un complejo razonamiento, y en condiciones tales, que las apreciaciones que se hagan en la providencia sobre la procedencia o no de esa medida provisoria, puedan reputarse como una decisión sobre la validez o invalidez del acto acusado. Por ello precisamente no es posible al decidirse sobre la suspensión que se adelante análisis de situaciones de hechos o de pruebas que se interpongan entre la norma objetiva y la providencia que la infringe, siendo solamente la sentencia definitiva el momento adecuado para

fijarse el pensamiento del juzgador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones jurídicas en que se apoyen los mismos actos impugnados.

Y en razón de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Resuelve:*

*Confirmar* la providencia apelada dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 23 de agosto de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

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

*Víctor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento/EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN/ISS**

*La Corporación encuentra que el hecho de que el demandante estuviera cotizando al Instituto de Seguros Sociales por el riesgo de vejez no exonera a la última empresa donde prestó sus servicios, a las Empresas Públicas de Medellín, de reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, a la cual tenía derecho por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la ley.*

**VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento**

*Respecto de la viabilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa sin haber interpuesto los recursos por la vía gubernativa contra el acto presunto que negó la petición elevada, se observa que ello no obsta para entablar la litis correspondiente, por cuanto, siendo las Empresas Públicas de Medellín un establecimiento público del orden municipal, la única autoridad administrativa que legalmente podía responder esa solicitud era su gerente general en calidad de representante legal de la entidad, el cual según nuestro ordenamiento jurídico no tiene superior jerárquico y por consiguiente sus actos no son susceptibles de recurso de apelación, único obligatorio en los términos del Decreto 2733 de 1959 vigente para la época en que se elevó la petición, y del Decreto 01 de 1984, aplicable para la fecha en que se presentó la demanda.*

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

**Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker.**

**Referencia: Proceso número 3052. Apelación sentencia. Actor: Héctor Villa Zea.**

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de agosto de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso instaurado por Héctor Villa Zea, encaminado a obtener las siguientes declaraciones:

*“Primera.* Que sea objetivado el silencio administrativo con relación a la petición de jubilación mensual y vitalicia formulada por el doctor Héctor Villa Zea al señor jefe del Departamento de Personal de las ‘Empresas Públicas de Medellín’ mediante memoriales de 16 de febrero de 1981 y 3 de julio de 1982.

*“Segunda.* Que como consecuencia de la declaración anterior las ‘Empresas Públicas de Medellín’ están obligadas a reconocer y pagar al doctor Héctor Villa Zea, a título de restablecimiento del derecho, una pensión mensual y vitalicia de jubilación, en cuantía de un setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios percibidos de las ‘Empresas Públicas de Medellín’ y del Instituto de los Seguros Sociales en el último año de servicios, incluyendo como salario todos los factores que integran este concepto como primas de servicio, primas de Navidad, etc., pensión que deberá pagarse con retroactividad al momento de la desvinculación.

*“Tercera.* Que las Empresas Públicas de Medellín darán cumplimiento en todo momento a lo dispuesto en los Acuerdos números 34 de 1970 y 60 de 1975, expedidos por el honorable Concejo Municipal de Medellín, en cuanto a los reajustes pensionales del doctor Héctor Villa Zea y derechos de asistencia allí consagrados.

*“Cuarta.* Que las Empresas Públicas de Medellín quedan facultadas para repetir contra el Departamento de Antioquia por la cuota parte con que esta entidad debe concurrir al pago de la prestación; o, *subsidiariamente* que las Empresas Públicas de Medellín quedan facultadas para repetir contra el Instituto de Seguros Sociales y el Departamento de Antioquia por la cuota parte con que cada entidad deba concurrir al pago de la prestación.

*Petición subsidiaria de la primera:*

*“Que se declare la nulidad del Oficio número 040934 de mayo 6 de 1981 emanado del jefe del Departamento de Personal de las Empresas Públicas de Medellín, por el cual se comunicó al doctor Héctor Villa Zea que carecía de derecho, a que esa entidad le reconozca su pensión de jubilación.*

*“Quinta.* Que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C. C. A.” (fi. 19).

En el fallo recurrido, en primer término se precisa que no se configuró la falta de requisitos de procedibilidad alegada por el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín, por cuanto, dado que

la petición de reconocimiento de pensión de jubilación legalmente válida es la presentada por el demandante el 3 de julio de 1982 y no la respondida negativamente por las Empresas Públicas de Medellín mediante Oficio número 040934 de 1981, en razón de que en éste no se expresaron los recursos que cabían contra tal decisión, el actor podía demandar el acto administrativo presunto surgido de la falta de respuesta a la petición elevada en julio de 1982, sin necesidad de agotar la vía gubernativa frente al silencio administrativo por no existir precepto legal que a ello le obligara en vigencia del Decreto 2733 de 1959, que no establecía dicho requisito, como sí lo exigía el artículo 135 del Decreto 01 de 1984 (fls. 162 y 163).

Así mismo, en la sentencia apelada se definió lo concerniente a la caducidad de la acción alegada por el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín respecto de la declaratoria de nulidad del Oficio número 040934 de 1981.

Así se expresó sobre este aspecto el Tribunal:

“Dijimos que el oficio aludido no era necesario demandarlo porque no produjo efectos y ello relevaría de referirnos a la caducidad, sin embargo se hace la precisión de que cuando se demandan actos que se relacionan con prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, según lo prescribe el artículo 136 inciso 3º” (fl. 163).

Hechas las anteriores precisiones, el *a quo* despachó favorablemente las súplicas del libelo, con fundamento en que corresponde a las Empresas Públicas de Medellín reconocer al actor la pensión de jubilación, no obstante que la honorable Corte Suprema de Justicia haya reconocido la legalidad de la afiliación de sus empleados al Instituto de Seguros Sociales y que esta Corporación, en pronunciamientos fechados el 7 de diciembre de 1977 y 27 de junio de 1978, haya aceptado también la legalidad de la misma.

De igual manera, el Tribunal al determinar en la sentencia que la cuantía de la pensión de jubilación reconocida al actor debe ser equivalente al 75% de la asignación conjunta recibida por éste en las Empresas Públicas de Medellín y en el Instituto de Seguros Sociales, se apoyó en lo dispuesto en el literal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, el cual consagra una excepción a la prohibición general de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público cuando tal asignación se origine en servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos siempre que el horario normal permita el ejercicio de tales cargos.

De idéntico modo, al disponer en el fallo impugnado que las Empresas Públicas de Medellín, al reconocer la aludida pensión, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en los Acuerdos números 34 de 1970 y 60 de 1975, los cuales en materia de prestaciones sociales para los

servidores del orden municipal consagran disposiciones que superan los beneficios previstos en la ley, el Tribunal de instancia se basó en el criterio expuesto por la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia fechada el 24 de febrero de 1981, recaída en el proceso sobre nulidad del último acuerdo citado, conforme al cual el Concejo Municipal es competente "para modificar todo lo que concierne a la reglamentación de las entidades creadas por el mismo, sin que por ello se vulnerara su autonomía" (fls. 166-167).

La agencia del Ministerio Público ante esta Corporación, en su concepto de fondo visible a folios 220 a 224, solicita que "Se confirme el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia apelada. El numeral 2 debe ser adicionado en el sentido de que se ordene que las Empresas Públicas de Medellín puedan repetir contra el Instituto de los Seguros Sociales y el Departamento de Antioquia con la cuarta parte con que cada entidad deba concurrir al pago de la prestación. El numeral 3º debería ser revocado. El 4º confirmado y un último, denegando las demás súplicas de la demanda" (fl. 224).

Habiéndose tramitado el recurso de conformidad con las normas que lo regulan y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidirlo previas las siguientes,

#### *Consideraciones:*

Al examinar el proceso, se observa lo siguiente:

—El actor otorgó poder para promover demanda de restablecimiento del derecho contra las Empresas Públicas de Medellín "y contra cualquier otra entidad oficial que resulte obligada", con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, por haber cumplido los presupuestos legales de edad y tiempo de servicio que dan derecho a tal reconocimiento (fl. 1).

—La demanda que en ejercicio del mencionado mandato se presentó el 12 de febrero de 1985, se dirigió contra las Empresas Públicas de Medellín, el Instituto de Seguros Sociales seccional Antioquia y el Departamento de Antioquia (fls. 19-26).

—Se acreditó en el proceso que el demandante nació el 24 de enero de 1926 y que laboró al Servicio del Departamento de Antioquia —Servicio Seccional de Salud—, de tiempo completo, en las Unidades de Salud de El Peñol y Santa Bárbara del 14 de enero de 1959 al 14 de enero de 1960, con una interrupción de 30 días, para un total de 335 días (fl. 8), y en las Empresas Públicas de Medellín desde el 14 de octubre de 1960 hasta el 2 de noviembre de 1980, para un total de 7.259 días, equivalente a 19 años, 10 meses y 24 días (fls. 6, 13). El demandante pues, completó un tiempo de servicio oficial superior a los 20 años. Reunía entonces, para la fecha de su retiro del servicio

público, los requisitos de edad y tiempo de servicio para tener derecho a disfrutar de la pensión de jubilación.

—Según lo expresado por las Empresas Públicas de Medellín, desde el 1º de enero de 1967 lo afilió por el riesgo de vejez al Instituto de Seguros Sociales, por el cual cotizó hasta el 2 de noviembre de 1980, fecha de su desvinculación del servicio público (fls. 13-14).

—El fallador de instancia, como ya se dijo, declaró la operancia del silencio administrativo frente a la petición de reconocimiento de pensión de jubilación presentada por el actor en 1982; ordenó el reconocimiento a éste de la aludida prestación por parte de las Empresas Públicas de Medellín; dispuso, además, la determinación de su monto con fundamento en la asignación conjunta percibida por el demandante en esa entidad y en el Instituto de Seguros Sociales correspondiente al cargo de odontólogo y, finalmente, en cuanto a los reajustes de la aludida pensión, dispuso la aplicación de lo previsto en los Acuerdos números 34 de 1970 y 60 de 1975 del Concejo de Medellín.

Pues bien, para la Sala la petición de reconocimiento y pago al actor de la pensión de jubilación por parte de las Empresas Públicas de Medellín que tiene relevancia para efectos de incoar la respectiva acción contenciosa, es la fechada el 3 de julio de 1982, en razón de que el Oficio número 040934 de 6 de mayo de 1981, mediante el cual se negó la solicitud hecha el 16 de febrero de ese año, adolece de las fallas anotadas por el *a quo* en la sentencia impugnada.

De lo anterior se colige que no se requiere, respecto de ésta solicitud, declarar que se operó el silencio administrativo negativo presunto y, en su defecto, tampoco es pertinente un pronunciamiento acerca de la petición subsidiaria de declaratoria de nulidad del Oficio número 040934 de 1981.

Respecto de la viabilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa sin haber interpuesto los recursos por la vía gubernativa contra el acto presunto que negó la petición elevada en 1982, se observa que ello no obsta para entablar la litis correspondiente, por cuanto, siendo las Empresas Públicas de Medellín un establecimiento público del orden municipal según reza el Acuerdo número 58 de 1955, la única autoridad administrativa que legalmente podía responder esa solicitud era su gerente general en calidad de representante legal de la entidad, el cual, según nuestro ordenamiento jurídico, no tiene superior jerárquico y, por consiguiente, sus actos no son susceptibles del recurso de apelación, único obligatorio en los términos del Decreto 2733 de 1959, vigente para la época en que se elevó la petición, y del Decreto 01 de 1984, aplicable para la fecha en que se presentó la demanda que dio origen al proceso.

Por lo tanto, en ausencia de un imperativo legal para interponer el recurso de reposición, no era indispensable que el actor así lo hi-

ciera para agotar la vía gubernativa. De ahí que el camino para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa estaba expedito.

De otra parte, encuentra la Corporación que el hecho de que la demandante estuviera cotizando al Instituto de Seguros Sociales por el riesgo de vejez no exonera a la última empresa en donde prestó sus servicios, esto es, a las Empresas Públicas de Medellín, de reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, a la cual tenía derecho por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la ley.

Si ello no fuera así, resultaría que el empleado público que haya cumplido los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a su pensión de jubilación, no podría disfrutarla, pues tendría que esperarse a reclamar al Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez, pero después de haber cotizado 500 semanas por ese riesgo y tener 55 años si es mujer o 60 años si es hombre, situación que frente a un derecho consolidado, constituiría una evidente injusticia con el funcionario.

Por consiguiente, lo resuelto por el Tribunal en el sentido de condenar a las Empresas Públicas de Medellín a reconocer y pagar al actor una pensión mensual y vitalicia de jubilación, se ajusta a derecho.

Ahora bien, en relación con el reparo formulado al fallo recurrido en razón de no haber dispuesto que el Servicio de Salud de Antioquia debía concurrir junto con las Empresas Públicas de Medellín al pago de la pensión de jubilación al demandante, la Corporación estima innecesaria tal declaración.

En efecto, no se requiere de ella para que las Empresas Públicas de Medellín, en su calidad de última entidad empleadora obligada conforme a la ley al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al actor, pueda repetir contra el mencionado organismo o contra cualquiera entidad que, en caso de acumulación de tiempo de servicios, esté obligada al reembolso de la cantidad proporcional que resulte corresponderle a prorrata del tiempo laborado en ella, toda vez que el derecho de repetir contra dichas entidades no se deriva de un pronunciamiento judicial sino que esa prerrogativa la tiene la última empresa estatal empleadora por ministerio de la ley, vale decir, que las Empresas Públicas de Medellín no requieren de tal pronunciamiento jurisdiccional para ejercitar las gestiones tendientes a obtener el aludido reembolso de quien resulte obligado a ello conforme a derecho.

Por lo demás, en cuanto a la observación de la parte recurrente acerca "de que el demandante podía cumplir separadamente, respecto de dos (2) cargos (uno en el Seguro y otro en las Empresas Públicas), los requisitos para jubilarse, pudiendo reclamar a cada una de esas

entidades dicha prestación independientemente y para lo cual no existe incompatibilidad alguna como lo ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 17 de octubre de 1973..." (fl. 98), la Sala anota que tal posibilidad no tiene ninguna incidencia en el debate planteado en el proceso, por cuanto no se está reclamando el reconocimiento de tales prestaciones, caso en el cual habría mérito para un pronunciamiento sobre el particular.

En lo atinente a la aplicación de los Acuerdos del Concejo Municipal de Medellín números 34 de 1970 y 60 de 1975 a efecto de reconocer la pensión de jubilación al demandante, ordenada por el *a quo* en la sentencia impugnada, la Sala considera que esta decisión no consulta el ordenamiento jurídico contenido en la Constitución Política, porque, de conformidad con sus artículos 62 y 76, ordinal 10, al legislador le corresponde dictar la normatividad referente al régimen de las prestaciones sociales y, por lo mismo, fijar las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación del tesoro público.

Por mandato constitucional compete, pues, al Congreso ó al Presidente de la República en ejercicio de precisas facultades extraordinarias para ese efecto, expedir la preceptiva que regula esas materias. Por consiguiente, no podía el Concejo Municipal de Medellín modificar los requisitos que dan derecho a esa prestación social ni las bases ni el sistema para fijar la cuantía de la pensión de jubilación para los servidores del orden municipal, sin transgredir los mandatos constitucionales mencionados.

Es nutrida la jurisprudencia de la Corporación en donde se sostiene este criterio.

En varios fallos se ha señalado la incompetencia de las entidades territoriales para expedir normas relacionadas con los aludidos temas.

Por lo anterior, se repite, la Corporación considera que son inaplicables al caso *in examine*, por ser contrarios a la Constitución Política, los Acuerdos números 34 de 1970 y 60 de 1975 expedidos por el Concejo Municipal de Medellín y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, la Sala encuentra ajustado a derecho el fundamento expuesto por el *a quo* para determinar el monto de la pensión de jubilación reconocida al actor y considera que las deficiencias del poder señaladas por el recurrente no tuvieron ninguna incidencia en el desarrollo legal del proceso, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales y el Servicio Seccional de Salud de Antioquia fueron vinculados a él y, por ende, en el evento de que lo decidido en la sentencia les hubiera afectado, no se configuraría la violación de su derecho de defensa.

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

*Falla:*

1. Confírmase la sentencia de 28 de agosto de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto a sus ordinales primero, segundo y cuarto.

2. Revócase el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, fechada el 28 de agosto de 1987.

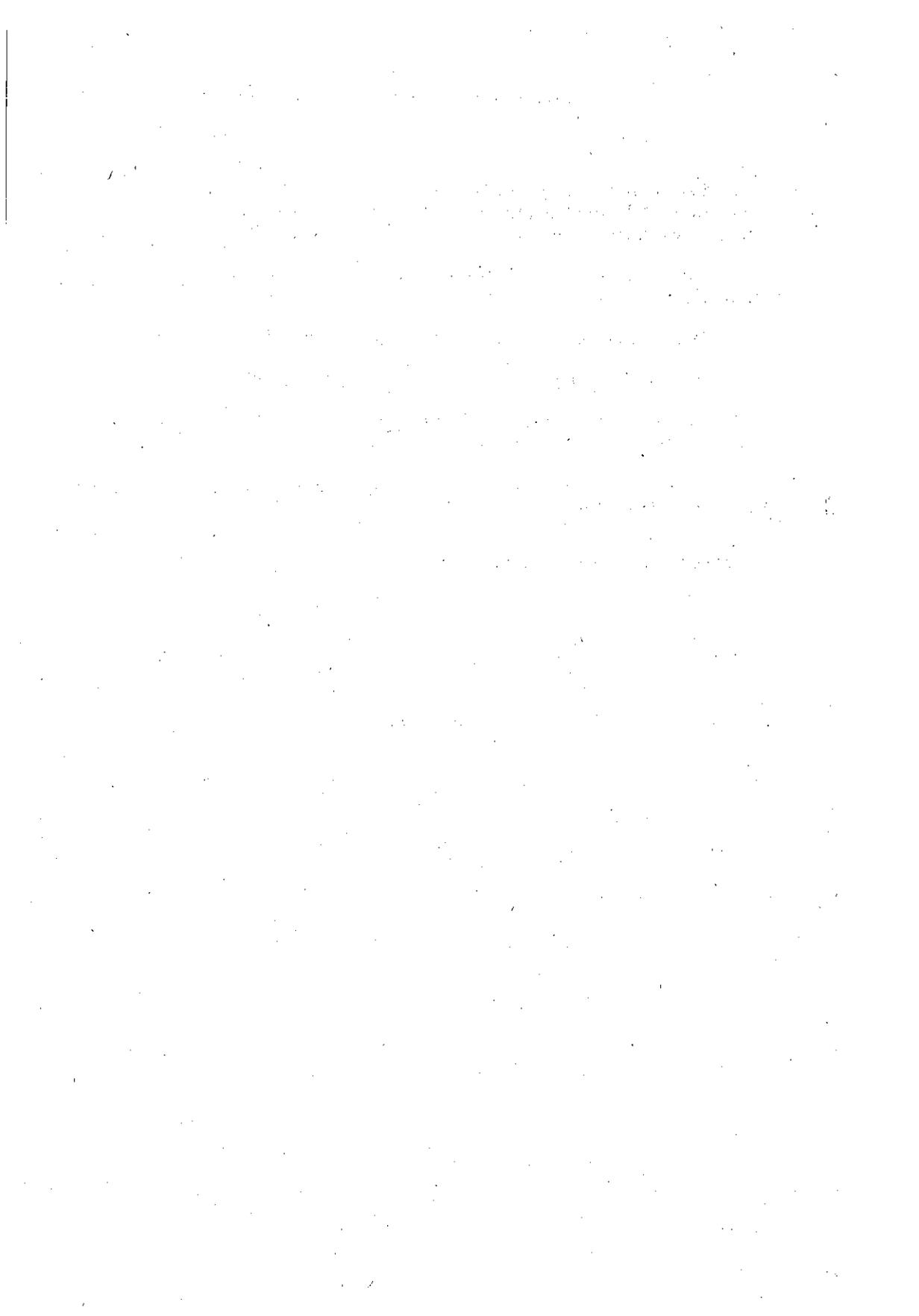
3. Deniéganse las demás súplicas de lo demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 14 de diciembre de 1989.

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

*Miguel A. Perilla P., Secretario.*



**TITULO III**

**ORDEN MUNICIPAL**

**CAPITULO I**

**CONCEJOS MUNICIPALES**

110-107-000

00-107-000-000

00-107-000-000

00-107-000-000-000

**CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación/CONSEJO INTENDENCIAL-Competencia**

*Para los municipios intendentales y comisariales rige específicamente, en lo atinente a la creación de contralorías municipales, lo que dispone el artículo 48 del estatuto sobre régimen administrativo de las intendencias y comisarías (Decreto L. 467 de 1986); de suerte que las intendencias y comisarías no tienen atribución alguna en el punto y por ende carecen de competencia para crear las respectivas contralorías municipales. CONFIRMA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del Acuerdo número 032 del Consejo Intendencial de Arauca.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Benavides Melo.*

**Referencia: Expediente número 1201. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves (Contralor General de la República).**

De plano resuelve la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado el recurso de *apelación* planteado por el alcalde mayor de Arauca, como representante legal del municipio, a través de apoderado judicial, contra la providencia de 15 de febrero del año en curso, emitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en cuanto decreta la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 032 de 27 de octubre de 1988, por el cual el Consejo Municipal de Arauca, Intendencia Nacional de Arauca, crea la Contraloría de dicho municipio y toma otras determinaciones.

*Son antecedentes:*

Alegando su calidad "de apoderado de la Contraloría General de la República", según poder que le otorgó el contralor general, el abogado Pablo Segundo Galindo Nieves demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, en acción pública, la nulidad del Acuerdo número 032 de 27 de octubre de 1988, mediante el cual el Ayuntamiento del Municipio de Arauca, Intendencia Nacional de Arauca, crea la Contraloría del municipio y dicta otras disposiciones. En el mismo

libelo impetra el accionante el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto acusado por juzgar que está quebrantando de modo ostensible normas de carácter superior.

*El proveído apelado:*

A folios 21 a 25 del informativo aparece el proveído materia del recurso apelatorio que se está desatando de plano, en el que el *a quo* acoge los planteamientos del actor y paralelamente a la admisión de la demanda decreta la suspensión provisional del acto acusado. En síntesis, dice la providencia apelada: Como lo afirma el actor, al dictar el acuerdo acusado el Concejo Municipal de Arauca violó, entre otros, el artículo 197 de la C. N., lo mismo que el artículo 48 del Decreto-ley número 467 de 1986, precepto este último que dice: “El control de la gestión fiscal de los municipios, intendencias y comisarías corresponde *exclusivamente* (se subraya), a la Contraloría General de la República”. Además, se está violando el artículo 92 del nuevo Código de Régimen Municipal, lo mismo que el artículo 309 de tal estatuto, que prevalece sobre la Ley 11 de 1986 por ser precisamente Código de Régimen Municipal.

*Razones del apelante:*

El impugnador de la medida cautelar provisoria alega (fls. 32 a 37) que el auto apelado “incurre en palpables yerros de interpretación”; que aunque el artículo 197 de la C. N., no faculta a los concejos municipales para crear contralorías locales, el artículo 50 de la Ley 11 de 1986 atribuye a los concejos de los municipios con presupuesto anual superior a cincuenta millones de pesos para crear y organizar contralorías con el fin de vigilar la gestión fiscal de la administración municipal. En segundo término, el Decreto-ley 467 de 1986 establece el régimen administrativo de las intendencias y comisarías y por tanto no es aplicable a los municipios. Las normas básicas de los municipios colombianos las trae la Ley 11 de 1986. También yerra el Tribunal de origen respecto de la alusión que hace al artículo 92 del Decreto-ley 1333 de 1986 ó Código de Régimen Municipal, ya que echó de menos lo que ordena el artículo 305 del mismo Código, que repite la disposición contenida en el artículo 50 de la Ley 11 de 1986. Por lo tanto, el Concejo Municipal de Arauca actuó apegado a la ley al dictar su Acuerdo 32 de 1988, ya que lo emitió dentro de sus facultades, sin extralimitarse y además porque el municipio tiene presupuesto anual superior a los cincuenta millones de pesos. “En cuanto a la aplicación preponderante del artículo 309 del Decreto 1333 de 1986 que se quiere hacer por sobre el artículo 50 de la Ley 11 del mismo año (...), es legalmente equívoco si se tiene en cuenta el mandato del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 (...)”. Siendo general el Decreto 1333 de 1986, mal puede ser aplicado frente al estatuto básico de la Administración Municipal, que lo es la Ley 11 de 1986. En consecuencia, no existe la

*manifiesta* violación que se exige para decretar la suspensión provisional y por lo tanto debe revocarse el auto atacado en cuanto ordenó suspender provisionalmente el acto acusado.

*Consideraciones:*

En orden a resolver el recurso apelatorio en cuestión, para la Sala es preciso sentar los siguientes puntos fundamentales:

a) Según la Carta Fundamental, existen tres clases o categorías de municipios: los sujetos al régimen ordinario, los intendenciales o comisariales o de régimen especial y el del Distrito Especial de Bogotá con régimen específico y distinto de los demás (V. no más, los arts. 6º, 198 y 199 de la C. N.).

b) Del acuerdo con el inciso inicial del artículo 6º de la Constitución Política, las intendencias y comisarias y los municipios que las conforman tienen un régimen especial bajo la inmediata administración del gobierno nacional, toda vez que tal precepto manda: "Las intendencias y comisarias quedan bajo la inmediata administración del gobierno, y corresponde al legislador proveer a su organización administrativa, electoral y judicial, contencioso-administrativa y al régimen de los municipios que las integran".

c) Por la potísima razón superior determinada en el pretranscrito inciso primero del canon 6º de la Superley, fue por lo que el gobierno nacional (el Presidente de la República, el ministro de Gobierno y el jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarias), en desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso Nacional a través de la Ley 22 de 1985, profirió el Decreto-ley número 467 de 11 de febrero de 1986 "por el cual se establece el régimen administrativo de las intendencias y comisarias".

d) La Ley 11 de 1986 o "estatuto básico de la administración municipal", se refiere de manera exclusiva a los municipios de los departamentos, sin que tenga que ver en absoluto con los municipios intendenciales y/o comisariales. Al efecto pueden consultarse los artículos 2º —2º, 3º, 6º—, 4º, 5º, 10, 11, 12, 14, 15, 20, 30, 50, etc., de la Ley 11 de 1986).

e) El Decreto-ley número 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal, fue proferido por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 11 de 1986 en su artículo 76-c. En consecuencia, *a fortiori* este Código de Régimen Municipal se refiere exclusivamente a los municipios departamentales, jamás a los municipios intendenciales o comisariales. Por ello la norma exceptiva de su artículo 309.

f) Justamente, pues, el artículo 50 de la Ley 11 de 1986, está bien incluido en el artículo 305 del C. de R. M. (Decreto-ley 1333 de

1986). En cambio, aquel artículo 50 está equivocadamente traído por el recurrente en apelación, como igualmente está mal invocado por el artículo 1º del acuerdo acusado (con lo cual se viola, además, el artículo 11 del Decreto 49 de 1932), como quiera que tal artículo 50 de la Ley 11 de 1986 habla de "las transferencias que reciban (los municipios departamentales) de la Nación y del *departamento*", pero no de la intendencia o comisaría.

g) Para los municipios departamentales a que se refieren sin duda los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Código de Régimen Municipal, rigen estos preceptos en cuanto a la creación de Contralorías municipales se refiere. Y conforme a estas dos disposiciones (arts. 50 y 305), en su inciso final, en los municipios departamentales "en los cuales no hubiere Contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la Contraloría departamental".

h) Para los municipios intendentales y comisariales rige específicamente, en lo atinente a la creación de Contralorías municipales, lo que dispone el artículo 48 del estatuto sobre régimen administrativo de las intendencias y comisarías (Decreto-ley 467 de 1986), esto es, que "El control de la gestión fiscal de los municipios intendentales y comisariales corresponde *exclusivamente* a la Contraloría General de la República".

De suerte que para la Sala queda claro que, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales citadas, los concejos municipales de las intendencias y comisarías no tienen atribución alguna y por ende carecen de competencia para crear las respectivas Contralorías municipales. Consecuencialmente, recibirá confirmación la providencia apelada, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 032 de 27 de octubre de 1988, mediante el cual el Ayuntamiento del Municipio de Arauca, de la Intendencia Nacional de Arauca, creó la Contraloría de dicho municipio.

El Concejo Municipal de Arauca y el alcalde mayor acatarán lo que dispone el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre prohibición para reproducir el acto administrativo suspendido provisionalmente.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º *Confirmar* la providencia de 15 de febrero de 1989, materia de apelación, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 032 del Concejo Municipal de Arauca, Intendencia Nacional de Arauca.

2º El abogado Patricio Martínez Ferrada es mandatario judicial del alcalde municipal de Arauca, Intendencia Nacional de Arauca, parte opositora.

3º Sin costas en el recurso.

4º En firme este proveído y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

## **FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/CONTRIBUCION DE VALORIZACION**

*Es el Concejo Municipal la entidad que establece el impuesto y lo regula otro ente del municipio, la Junta de Valorización, quien determina y señala las obras que por dicho sistema habrán de efectuarse. Tratándose de lo primero, no se discute que es función privativa e indelegable del Concejo, mas no ocurre lo propio cuando lo que se delega es una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas por acuerdo municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 1587. Actor: Gloria Edith Sánchez Ramírez contra el Municipio de Pereira. Apelación sentencia de 3 de diciembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en juicio de nulidad y suspensión provisional literal e) artículo 4º del Acuerdo número 3 de 1978 del Concejo Municipal de Pereira. Fallo.

La ciudadana Gloria Edith Sánchez Ramírez, en su propio nombre pidió, en acción pública de nulidad al Tribunal Administrativo de Risaralda, declarar la nulidad del literal e) del artículo 4º del Acuerdo 3 de 1978 expedido por el Concejo Municipal de Pereira.

También solicitó la actora la medida de suspensión provisional, la cual fue otorgada por el Tribunal pero levantada luego merced a la revocatoria del auto que la concedió, decretada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

La sentencia del Tribunal que por cierto no es una pieza que pasará a la historia del Foro Colombiano como paradigma de estilo y ponderación, sino de pronto, por todo lo contrario, declara la nulidad impetrada en las súplicas de la demanda.

2º El abogado Patricio Martínez Ferrada es mandatario judicial del alcalde municipal de Arauca, Intendencia Nacional de Arauca, parte opositora.

3º Sin costas en el recurso.

4º En firme este proveído y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán M., Secretario.*

## FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

*Es el Concejo Municipal la entidad que establece el impuesto y lo regula otro ente del municipio, la Junta de Valorización, quien determina y señala las obras que por dicho sistema habrán de efectuarse. Tratándose de lo primero, no se discute que es función privativa e indelegable del Concejo, mas no ocurre lo propio cuando lo que se delega es una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas por acuerdo municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 1587. Actor: Gloria Edith Sánchez Ramírez contra el Municipio de Pereira. Apelación sentencia de 3 de diciembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en juicio de nulidad y suspensión provisional literal e) artículo 4º del Acuerdo número 3 de 1978 del Concejo Municipal de Pereira. Fallo.

La ciudadana Gloria Edith Sánchez Ramírez, en su propio nombre pidió, en acción pública de nulidad al Tribunal Administrativo de Risaralda, declarar la nulidad del literal e) del artículo 4º del Acuerdo 3 de 1978 expedido por el Concejo Municipal de Pereira.

También solicitó la actora la medida de suspensión provisional, la cual fue otorgada por el Tribunal pero levantada luego merced a la revocatoria del auto que la concedió, decretada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

La sentencia del Tribunal que por cierto no es una pieza que pasará a la historia del Foro Colombiano como paradigma de estilo y ponderación, sino de pronto, por todo lo contrario, declara la nulidad impetrada en las súplicas de la demanda.

*La apelación de la sentencia:*

El representante judicial del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira interpuso recurso de apelación y lo sustentó con las siguientes argumentaciones:

“El suscrito ha venido sosteniendo, y así lo ha aceptado reiteradamente esa Sección de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, que no se puede acusar una norma de quebrantar los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional, en cuanto ellos radican exclusivamente la competencia para dictar disposiciones en materia impositiva en el Congreso, en las Asambleas y en los Concejos —excepcionalmente en los jefes de los ejecutivos por delegación de facultades—, simple y llanamente porque dicha norma le entrega a la junta o consejo de dirección de un establecimiento público la facultad de decretar obras públicas a financiar por el sistema de valorización. Que cosa diferente, sería que el consejo le entregara la competencia para crear el tributo, impuesto o contribución, cuestión que no ha acontecido con la expedición de la disposición acusada, pues la contribución de valorización fue creada desde hace muchos años por el Congreso, por medio de leyes.

“Como ahora el juez de primera instancia, nos viene con el sofisma de distracción que decretada la obra por el consejo o junta del establecimiento público, se impone la contribución o sea se radica o grava a los propietarios de predios beneficiados con la obra, lo que es lo mismo que crear el impuesto o contribución, ya que si no se decreta la obra no hay lugar a cobrar esa contribución, diremos respecto a ello lo siguiente: puede decirse o afirmarse que es inconstitucional la norma legal que radica en establecimientos públicos nacionales como el INCORA o el Fondo Vial Nacional, para citar tan sólo dos ejemplos, la competencia para decretar obras públicas nacionales y cobrar o percibir e invertir la contribución que genera la construcción de esa obra pública? Se puede afirmar en sana hermenéutica jurídica que con la expedición de esas normas, el Congreso de la República delegó sus facultades impositivas en esa materia en la junta directiva del INCORA o del Fondo Vial Nacional? La respuesta tiene que ser negativa.

“Y tiene que ser negativa, porque, como lo he afirmado, una cosa es crear un impuesto o contribución, que en el caso de la denominada valorización ya está creado, y otra es la de decretar una obra que, por los beneficios que reporta para los propietarios de inmuebles ubicados en su zona de influencia, debe ser cubierta total o parcialmente por esos propieta-

rios beneficiados, por razón de claros principios de justicia distributiva. Para abonar este planteamiento es por lo que he dicho reiteradamente en mis diversos escritos de sustentación de recurso de apelación de las diferentes sentencias que se han dictado por el Tribunal de Risaralda, que el mal denominado impuesto de valorización creado en favor de los municipios en general por la ley 1ª de 1943, se causa por el mayor valor que reciben los predios favorecidos con obra ejecutada por la Nación, los departamentos o *cualquier otra entidad de derecho público* (art. 18 de la citada ley), sin importar quién ordena la ejecución de la obra, por lo menos en cuanto hace relación a los municipios: si el Concejo Municipal u otro organismo administrativo del orden municipal creado por aquél y en el cual se radicó esa facultad o competencia de ordenar la realización de la obra, y que ante lo dispuesto en el artículo 18 de la precitada Ley 1ª de 1943, cabría preguntarse, por otra parte, si lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, dictada cuando aún no se pensaba en el país en la denominada descentralización por servicios que se realiza desde hace no muchos años con la creación de establecimientos públicos y de sociedades o empresas comerciales o industriales del Estado, no estará tácitamente derogado dicho artículo 4º de la Ley 97 de 1913, que es la norma que ha servido de caballo de batalla para sostener el quebrantamiento de los artículos 43 y 197-7 de la Constitución Política por parte del acuerdo municipal impugnado.

“Pero también he manifestado, siguiendo en ello a la doctrina y a la jurisprudencia nacional, que hay facultades constitucionales y facultades legales; que las primeras no son delegables, o sólo lo son en los casos y en las autoridades que señale la propia Constitución Nacional; al paso que las segundas son esencialmente delegables, salvo disposición expresa en contrario, delegación que se puede hacer en la autoridad administrativa que se considere conveniente o indispensable, autoridad administrativa creada al efecto por el delegante o ya existente y a la cual se le haya fijado esa competencia administrativa, más cuando se trata, como en este caso, de una competencia administrativa del Concejo, autoridad igualmente administrativa —no legislativa—, naturaleza de la que participa el establecimiento público. Y que, conforme con ello, la competencia para disponer lo conveniente al trazado, apertura, ensanche y arreglo de calles y poblaciones, radicada por el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, puede transferirse o delegarse en otra autoridad administrativa creada por los Concejos Municipales, a menos que exista disposición legal en contrario que prohíba esa delegación, disposición que no existe, existiendo, por el contrario, la que permite concluir que las obras a financiarse por el sistema de valorización pueden ser

realizadas o ejecutadas por cualquier otra entidad de derecho público: artículo 18 Ley 1ª de 1943, lo que conlleva la orden de realizarlas o ejecutarlas”.

*El concepto fiscal:*

Emitido en esta oportunidad por el entonces Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Alvaro Lecompte Luna, se muestra partidario de la revocatoria de la sentencia apelada y de que en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda puesto que considera que el Concejo Municipal de Pereira al facultar al Fondo de Valorización para que por su junta directiva señalara las obras que debían adelantarse por el sistema de valorización, no estaba delegando su facultad impositiva en relación con dicho tributo, como erradamente lo sostiene el fallo apelado.

*Consideraciones para resolver:*

La norma municipal objeto de la controversia es del siguiente tenor: “Corresponde a la junta directiva (del Fondo Rotatorio de Valorización): ...e) Decretar las obras que deban ejecutarse por Valorización y expedir todos los actos administrativos complementarios para la administración de las contribuciones”. La acusación que pesa sobre la transcrita disposición y que mereció pronunciamiento favorable por parte del *a quo*, es la de que viola los artículos 43 y 197, numeral 7º de la Constitución Nacional, por cuanto según la demandante “el hecho de delegarse la facultad de decretar obras y de imponer contribuciones en la Junta de Valorización, hace que usurpe la función impositiva del Concejo, creada por la Constitución Nacional y no puede un acuerdo disponer de sus atribuciones y delegarlas en entidad u organismo distinto al señalado en la misma Constitución, que en el caso que nos ocupa debió ser el señor alcalde municipal y no la Junta de Valorización” (fl. 6).

Como se observa, la actora pretende que la norma acusada envuelve una transferencia o delegación de la función impositiva del Concejo Municipal en materia de contribución de valorización, hacia, o en favor de la Junta del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal, cuestión que de ser válida implicaría desde luego la violación de las normas superiores invocadas como transgredidas. Empero, tal pretensión resulta infundada por cuanto claramente se desprende del texto del acuerdo municipal controvertido, que lo que allí se delega no es dicha atribución impositiva, que la mantiene el Concejo en los términos en que la Constitución y la ley se la otorgan, sino tan sólo, la facultad de decretar las obras que deben realizarse utilizando el sistema de valorización.

No comparte pues, la Sala, la interpretación así realizada por el Tribunal, que sirvió de base a la sentencia impugnada y que toma

como punto de partida la consideración de que quien decreta la obra impone la contribución, pues evidentemente, es el Concejo Municipal la entidad que establece el impuesto y lo regula y otro ente del municipio, la Junta de Valorización, quien determina y señala las obras que por dicho sistema habrán de efectuarse. Tratándose de lo primero, no se discute que es función privativa o indelegable del Concejo y proceder en contra de ello irrogaría quebranto a la norma constitucional; mas no ocurre lo propio cuando lo que se delega es una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreta las obras que se adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas por acuerdo municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo.

Así las cosas, y en acuerdo con el distinguido colaborador fiscal, la Sala habrá de pronunciarse otorgando la razón al apelante y como consecuencia de ello revocando la sentencia apelada.

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

*Falla:*

*Revócase* la sentencia de 3 de diciembre de 1986 por medio de la que el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró nulo el literal e) del artículo 4º del Acuerdo 3 de 1978 del Concejo Municipal de Pereira.

No prosperan las súplicas de la demanda.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

*CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / IVA*

*Las participaciones por el impuesto a las ventas IVA, por su propia definición son transferencias de recursos de la Nación a los municipios cuyo monto se excluye del presupuesto anual que debe acreditar el municipio que aspire crear una contraloría municipal.*

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo Municipal número 021 de noviembre 23 de 1988, del Concejo Municipal de Sampués, relacionado con la creación de la Contraloría de ese municipio.*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Expediente número 1216. Actor: Pedro H. Perna Blanco.*

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre en el presente proceso, en cuanto denegó la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo número 021 de 23 de noviembre de 1988 emanado del Concejo Municipal de Sampués, relacionado con la creación de la Contraloría de ese municipio.

*El recurso:*

Expresa el recurrente que con el acto acusado se violó el artículo 190 de la Constitución Nacional porque no se observaron los requisitos establecidos en tal precepto y porque según la demanda se quebrantaron los artículos 50 de la Ley 11 de 1986, 305 y 274 del Decreto 1333 de 1986 y 29 del Decreto-ley 294 de 1973, razonando de la siguiente manera:

“( . . . ) Afirmo que violan estas normas porque la creación de la Contraloría Municipal de Sampués se sustenta básicamente en el presupuesto de ese municipio para la vigencia fiscal de 1988. En este orden de ideas es ilegal la creación de esta Contraloría municipal, pues el presupuesto de ingresos y gastos para la vigencia fiscal de

1989 en el Municipio de Sampedra se estableció en la suma de \$ 208.497.221.00, de los cuales corresponde a participaciones, transferencias y auxilios la suma de \$ 119.489.981.00 que deducidos del cálculo global, queda como guarismo neto de ingresos municipales la cantidad de \$ 89.007.240.00. Esto demuestra, que actualmente y después de la vigencia de la ley que estableció los \$ 50.000.000.00 para la creación de Contralorías municipales, partiendo de la base de los incrementos de 1986 a 1987; 1987 a 1988 y 1988 a 1989 de los índices de precios al consumidor que elabora el DANE se requiere para crearlas, una suma superior a \$ 95.000.000.00. De tal suerte, pues no obstante el malicioso incremento de sus ingresos, no lograron alcanzar a sobrepasar la suma prevista por la ley”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

El tribunal en la providencia objeto del recurso, para denegar la suspensión solicitada, argumenta que no se incurrió en el quebrantamiento del artículo 50 de la Ley 11 de 1986 y el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, porque realizado el incremento porcentual correspondiente a la base de los \$ 50.000.000.00 millones de que hablan estas normas, tal guarismo lo sobrepasó ampliamente el monto del presupuesto de ingresos aprobado por el Concejo, siendo en consecuencia, infundado el cargo esgrimido para obtener dicha medida de suspensión.

La Sala observa sobre el particular, lo siguiente:

1. El artículo 50 de la Ley 11 de 1986 establece que los Concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.00) sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, podrán crear y organizar contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración. Igualmente dice que ese valor se reajustará anual y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Por último, dispone que donde no hubiere Contraloría municipal la gestión fiscal estará a cargo de la Contraloría departamental.

2. El acuerdo demandado por medio del cual se creó la Contraloría Municipal de Sampedra, fue expedido el 21 de noviembre de 1988. O sea, que para el efecto de dar aplicación al artículo 50 de la Ley 11 y el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 que lo reproduce, habrá de atenerse al presupuesto de ingresos entonces vigente de dicha entidad territorial, esto es el de la vigencia fiscal de 1988 con un cómputo general de ingresos de \$ 85.181.682.00 de los cuales según se puede leer en la columna respectiva, \$ 68.096.310.00 (numerales 28 y 29, fl. 20), corresponden a participaciones por el impuesto a las ventas IVA, que

por su propia definición son transferencias de recursos de la Nación a los municipios cuyo monto se excluye conforme al artículo 305 del Código de Régimen Municipal supracitado. En tales condiciones, como es obvio, no alcanza a llegar siquiera a los \$ 50.000.000.00 previstos en la ley como base presupuestal indispensable para poder crear la contraloría, sin incluir los incrementos porcentuales allí determinados. Y siendo ello así, como resulta evidente de la confrontación que se hace con los documentos aportados al expediente, el quebranto es manifiesto de las normas supracitadas por parte del acuerdo cuya nulidad se demanda y en consecuencia, es procedente la suspensión provisional solicitada en los términos del artículo 152 del C. C. A.

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

*Resuelve:*

1. *Revócase el auto apelado y en su lugar decretase la suspensión provisional del mismo. La revocatoria se entiende únicamente en lo que hace a la suspensión provisional.*

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

*CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación/IVA-Presupuesto municipal*

*Como transferencia que es de los recursos de la Nación el impuesto sobre las ventas IVA, no puede computarse en el monto del presupuesto municipal para los efectos de la creación de la Contraloría municipal.*

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 004 de 1988 (noviembre 4) expedido por el Concejo Municipal de San Benito Abad (Sucre).*

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

*Consejero ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Expediente número 1223. Actor: Ignacio Fidel Hernández Polo.*

Se resuelve de plano el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el auto calendarado el 28 de abril del corriente año, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, denegó la suspensión provisional del Acuerdo número 004 de noviembre de 1988, proferido por el Concejo Municipal de San Benito Abad.

*Suspensión provisional:*

Bajo dicho acápite se lee en la demanda lo siguiente:

“Basta hacer un simple cotejo del acto acusado —Acuerdo número 004 de noviembre de 1988 del Concejo Municipal de San Benito Abad— para establecer la notoria transgresión que hace de las normas superiores siguientes: Artículo 190 de la Constitución Nacional; artículo 50 de la Ley 11 de 1986; artículos 264 y 305 del Decreto 1333 de 1986 y del artículo 29 del Decreto-ley 294 de 1973.

“En el aparte correspondiente al concepto de violación viene explicado, en detalle, cómo se violaron las normas superiores al expedirse el mencionado acto por parte del Concejo Municipal de San Benito Abad.

“Es por esto que se concluye que haciéndose la sencilla comparación de las normas superiores con el acto administrativo solicitado en la nulidad se observa la flagrante violación; corroborado todo ello, con las pruebas debidamente aportadas.

“En consecuencia, honorables Magistrados, solicito respetuosamente la suspensión provisional del Acuerdo número 004 de noviembre de 1988 emanado del honorable Concejo Municipal de San Benito Abad (Sucre) ‘por medio del cual se crea la Contraloría municipal y se asignan sus funciones’”.

#### *Decisión del tribunal de instancia:*

Transcribe el inciso tercero del artículo 190 de la Constitución Nacional, que dice: “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las Contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías municipales”. Y agrega el *a quo*: “Pues bien, la excepción contenida en el precepto constitucional transcrito, permite que el artículo 305 del C. de R. M. pueda crear los entes fiscalizadores municipales, con el lleno de ciertos requisitos, por lo que no puede afirmarse válidamente que exista violación *prima facie* de la norma constitucional invocada, siendo que se basa en la excepción”. Y continúa así: “Tampoco cree la Sala que el acto impugnado vulnere en la forma requerida por la ley para que sea viable la suspensión provisional, los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto 1333 de 1986... Otra cosa es que en la elaboración de dicho presupuesto municipal no se haya tenido en cuenta las disposiciones del artículo 264 del Decreto 1333 de 1986 y del Decreto-ley 294 de 1973,...”. Y termina diciendo que “sólo se debe tomar en cuenta la variación correspondiente al año de 1987 por cuanto el acto acusado se profirió antes de finalizar el año de 1988...”. Es decir, el tribunal de instancia denegó la suspensión provisional del acto acusado en la creencia de que, para tal medida, no se estaba en presencia de la exigencia o situación contenida en el inciso segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que dice lo siguiente:

“Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

“Si la acción es la de nulidad basta que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

1. Los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto 1333 del mismo año —Estatuto del Régimen Municipal—, establecen la posibilidad legal de crear Contralorías municipales en aquellos municipios

cuyos presupuestos de ingresos, deducidos transferencias y créditos sobrepasen los \$ 50.000.000.00 millones de pesos, valor que será incrementado acumulativamente año por año "en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística".

2. De acuerdo con la anterior preceptiva, se pregunta si en el caso *sub examine* se presentan las condiciones requeridas en las normas supracitadas para la creación de la Contraloría municipal, como se hizo mediante el acto demandado, el Acuerdo número 004 expedido en noviembre de 1988 por el Concejo Municipal de San Benito Abad en el Departamento de Sucre.

Sobre el particular esta Sala no comparte el criterio expuesto por el tribunal en el auto recurrido teniendo en cuenta, que para el momento de la expedición del acto acusado, regía el presupuesto correspondiente al año de 1988 (fl. 19) y no el del año 89 (fl. 8) con base en el cual se aplicó la norma contenida en el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986.

Fácilmente se observa de la atenta lectura de las partidas incluidas en dicho presupuesto de ingresos y rentas que del total de \$ 76.210.038.00 debe excluirse la suma de \$ 58.201.738.00 que corresponde al IVA o impuesto sobre las ventas, suma ésta imputable a la participación del municipio en el impuesto que la Nación le transfiere en virtud de la Ley 12 de 1986. Y como transferencia que es de los recursos de la Nación no puede computarse en el monto del presupuesto municipal para los efectos de la creación de la Contraloría municipal.

De esa manera no alcanza dicho presupuesto para cumplir con el requisito exigido en las normas citadas en orden a la creación de la Contraloría municipal y por ende es evidente y manifiesta su violación por el acto acusado. Se reúnen entonces las exigencias del artículo 152 del C. C. A. para acceder a la suspensión impetrada y en consecuencia deberá revocarse la decisión apelada del *a quo*.

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

*Resuelve:*

*Revócase* la decisión "quinta" de la parte resolutive del auto del Tribunal Administrativo de Sucre, de 28 de abril del presente año, y el cual fue objeto del recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior *decrétase la suspensión provisional* del Acuerdo número 004 de noviembre de 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Benito Abad —Sucre—.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

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

*Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Bu-  
trago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán, Secretario.*

## CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación

*Al no satisfacerse el requisito de la cuantía presupuestal mínima exigida por la ley, no puede por acuerdo crearse Contraloría municipal.*

**SUSPENDE PROVISIONALMENTE** el Acuerdo número 018 de 1988 (noviembre 9) expedido por el Concejo Municipal de Ovejas.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1224. Demandante: Pedro Perna Blanco.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 28 de abril de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre dentro del proceso contencioso de nulidad promovido contra el Acuerdo 018 de 9 de noviembre de 1988 expedido por el Concejo Municipal de Ovejas.

A través de la acción popular consagrada en el artículo 84 del C. C. A. se persigue ante el tribunal la nulidad del susodicho Acuerdo 018, con fundamento en las siguientes razones:

Violación por el mismo del artículo 190, inciso 2º de la Carta Política en armonía con los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) por cuanto al crearse dicha Contraloría no se reunió el requisito de los \$ 50.000.000.00 de presupuesto anual con que debe contar el municipio con las actualizaciones monetarias del índice de precios al consumidor del Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE— reajustado anual y acumulativamente por las siguientes razones:

El presupuesto de gastos e ingresos para la vigencia fiscal de 1989 del Municipio de Ovejas es de \$ 206.027.260.00, de los cuales al descontarse "participaciones, transferencias y auxilios" por \$ 120.483.600.00 queda aquella suma reducida a \$ 85.543.600.00 que resulta inferior a la de \$ 50.000.000.00 reajustada, que para el año de 1988 sobrepasa los \$ 95.000.000.00.

Tal presupuesto para la vigencia fiscal de 1988 es de \$ 82.893.395.00 de los cuales \$ 64.916.743.00 corresponden a participaciones, transferencias y auxilios, lo que quiere decir que los ingresos propios del municipio eran sólo de \$ 17.976.652.00.

*El auto apelado:*

No accedió a la suspensión provisional del Acuerdo 018 según la siguiente explicación sobre la cuestión planteada:

“Tampoco cree la Sala que el acto impugnado vulnere en la forma requerida por la ley para que sea viable la suspensión provisional, los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto 1333 de 1986, porque en los que contempla un aumento porcentual, anual y acumulativo equivalente a la variación del índice de precios al consumidor, elaborado por el DANE, y que en este caso, para el año de 1987 fue del 24.02%, según certificación adjunta, que equivale a la suma de doce millones diez mil pesos (\$ 12.010.000.00), la que agregada a la inicial de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000) arroja (sic) un total de sesenta y dos millones diez mil pesos (\$ 12.010.000.00) (sic), cantidad esta que es rebasada por el valor del presupuesto municipal para el presente año, después (sic) de hacerle las deducciones los recursos del crédito y las transferencias de orden departamental y nacional, que suman ciento veinte millones cuatrocientos ochenta mil seiscientos pesos (\$ 120.480.600.00), quedando reducido el valor neto del presupuesto a la cantidad de ochenta (sic) y cinco millones quinientos cuarenta y tres mil seiscientos pesos (\$ 85.543.600.00), inferior al de sesenta y dos millones diez mil pesos (\$ 62.010.000.00)”.

*Sustentación del recurso:*

Reitera el actor los planteamientos de su demanda y al referirse a la decisión del tribunal de la cual discrepa, arguye lo siguiente:

“3º En la providencia recurrida el honorable tribunal afirma que la variación en el costo de vida certificado por el DANE debe aplicarse lo concerniente al incremento presupuestal para la creación de Contralorías municipales por anualidades completas y con ese criterio desecha (sic) los incrementos relacionados en la demanda. Discrepamos del honorable tribunal por lo siguiente: La Ley 11 de 1986 entró en vigencia en el mes de abril del mismo año y por esa razón debió sumarse al presupuesto del Municipio de Ovejas el incremento porcentual certificado por el DANE en el año de 1986 y así sucesivamente los años 1987 y 1988 porque en

el mes de noviembre de 1988 se podía obtener la certificación del DANE para que esta entidad determinara sobre el incremento hasta el momento, dándole así una interpretación extensiva a la norma cuando determina 'el valor aquí señalado se reajustará anual y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el DANE' ”.

*Consideraciones de la Sala:*

Estima ésta que la providencia objeto del presente recurso debe revocarse porque aparece sin mayor esfuerzo y a primera vista, acorde con el artículo 152 del C. C. A., y efectuado un somero análisis, que efectivamente el requisito del presupuesto mínimo no se reúne en el evento *sub judice*:

En efecto:

a) Previene el artículo 190, inciso 2º de la Constitución que “la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las Contralorías departamentales, salvo que la ley determine respecto de las Contralorías municipales”. Y en desarrollo de esta última parte del precepto proveen el artículo 50 de la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 de 25 de abril de 1986, artículo 305, ambos en iguales textos, así:

“Artículo 50. Los Concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00), sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración. El valor aquí señalado se reajustará anual y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

“En los municipios en los cuales no hubiere contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la Contraloría departamental”.

b) Las pruebas allegadas demuestran lo siguiente:

El presupuesto de rentas y gastos del Municipio de Ovejas para la vigencia fiscal de 1988 según el Acuerdo 023 de 8 de noviembre de 1987 es de \$ 82.893.395.00, de los cuales han de descontarse “transferencias” por la suma de 64.913.742.00 (participaciones) y auxilios nacionales y departamentales por \$ 3.000.00, para un total de \$ 64.916.343.00 para quedar un resultado de \$ 17.977.052.00.

Obsérvese que el Acuerdo 018 cuestionado es de 9 de noviembre de 1988, luego el presupuesto para este año es el adoptado por el Acuerdo 023 de 8 de noviembre de 1987.

Ahora bien, al efectuar el reajuste del índice de precios al consumidor del DANE sobre \$ 50.000.000.00 de 20.95% correspondiente al año de 1986 (la Ley 11 de 1986 empezó a regir en enero de este mismo año) se obtienen \$ 10.475.000.00 para un total de \$ 60.475.000.00, más el reajuste del 24.02% del año de 1987 da \$ 14.526.095.00 para un total de \$ 75.001.095.00, superior a esta cantidad a la de \$ 17.977.062.00 en que quedó el presupuesto para la vigencia fiscal de 1988.

Al no satisfacerse el requisito de la cuantía presupuestal mínima, según lo demostrado, no podía expedirse el Acuerdo 018 enjuiciado creando la Contraloría Municipal de Ovejas, por ello habrá de suspenderse ese acto y así se decidirá.

El yerro del tribunal consistió en no haber hecho la acumulación respecto del reajuste porcentual al año de 1986.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, decide: *Revócase* el ordinal 5º del auto apelado y en su lugar decretase la suspensión provisional del Acuerdo 018 de 9 de noviembre de 1988 expedido por el Concejo Municipal de Ovejas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la Sala de diez (10) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

## MAYORIA ABSOLUTA / MITAD MAS UNO

*La expresión mitad más uno utilizada por el constituyente de 1968 es la equivalente a la de mayoría absoluta que definió la Ley 85 de 1916. El cambio de expresión mayoría absoluta por la de mitad más uno no obedeció al hecho de cambiar dicho concepto, sino, más bien, al de pretender expresar, con poca fortuna por cierto, una mayor claridad en el asunto.*

**REVOCA LA NULIDAD del Acuerdo número 001 de 1987 (agosto 6) del Consejo Intendencial del Putumayo.**

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

**Consejero ponente: Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.**

**Referencia: Proceso número 839. Demandante: José María Velasco Guerrero.**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada (Intendencia Nacional del Putumayo), contra la sentencia de 12 de enero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, dentro del proceso originado en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, aceptó las pretensiones de la demanda y, en tal virtud, decretó la nulidad del Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987, proferido por el Consejo Intendencial y atinente al monopolio de licores.

### *La demanda:*

Se fundamenta en que el mencionado acuerdo fue discutido y aprobado sin que, en el primer debate (son 3), estuvieran presentes “la mitad más uno” de los 9 consejeros intendenciales que integran dicha corporación: Sólo estuvieron 5, que no son la mitad más uno de 9, por cuanto “la mitad no se toma de nueve, por ser número impar, sino de diez, que es el número para siguiente”. En consecuencia, razona así el libelista “. . . la mitad de diez es cinco, y más uno, resulta la mayoría absoluta de seis consejeros”. En consecuencia, aduce, se

violaron los artículos 82 y 83 inciso tercero de la Constitución Nacional; 30 y 31 inciso final del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental); 70 y 71, inciso final del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Político y Municipal), y 13 del Decreto extraordinario 0467 de 1986 (Régimen Administrativo de las Intendencias y Comisarias). Por último, se resalta en la demanda:

“...durante la vigencia del artículo 49 de la Ley 85 de 1916 sí procedía el cálculo de la mayoría absoluta o mitad más uno disminuyendo un voto del número impar, con lo cual esa mitad resultaba del número inmediatamente inferior”. Empero, anota, tal disposición fue derogada por la Ley 96 de 1985.

*Sentencia del tribunal:*

Transcribe las disposiciones anteriormente citadas, y con base en el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981 afirma que, “cuando se trata de *quórum* decisorio, se requiere un número de asistentes *por lo menos* de la mitad más uno de los miembros de la Corporación” (subraya de la Sala). Y agrega la sentencia del tribunal:

“...conviene poner de presente, que hoy en día y con respecto al *quórum* y mayorías aplicables en los consejos intendenciales y comisariales, rige el artículo 8º del Decreto 0467 de 1986, que a la letra dice: ‘Los consejos y sus comisiones permanentes no podrán abrir sus sesiones ni deliberar válidamente con menos de la tercera parte de sus miembros y la aprobación de proyectos y proposiciones necesitará siempre el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes, salvo los casos en que la ley exija una mayoría diferente’”.

En consecuencia (dice el *a quo*), si el número de integrantes del Consejo Intendencial del Putumayo es impar (9), “como ha quedado comprobado con los documentos que se han agregado a los autos”, para efectos de decidir con relación al acto demandado se necesitaba “de una asistencia *no menor* de la mitad más uno de los miembros que componen el dicho consejo”; mitad más uno que, en el caso planteado, corresponde a un número de seis (6) votos. Y que este guarismo se deduce o desprende de lo anotado en “tres salvamentos de voto de gran importancia” suscritos por sendos Consejeros de Estado, uno de los cuales es del siguiente tenor:

“En varias oportunidades esta Corporación, al estudiar el número de votos que conforman la mayoría absoluta frente a número impar de votantes, ha dicho que siendo ella igual a la mitad más uno y no siendo fraccionable la persona humana, ha de tomarse como tal el número mayor más próximo, es decir, mitad de 15 igual a  $7\frac{1}{2}$ , más 1 igual a  $8\frac{1}{2}$  lo que es imposible tratándose de seres humanos, por lo

que la mayoría absoluta, en tales casos, es la de 9 votos..." (Expediente 1151. Transcrito de Extractos de Jurisprudencia y Doctrina del honorable Consejo de Estado. Febrero de 1985, págs. 92 a 95. Consejero doctor Valencia Arango)".

Con fundamento en lo anterior, consideró el tribunal de instancia que el Consejo Intendencial del Putumayo violó las disposiciones constitucionales y legales anteriormente citadas, "toda vez y como puede verse, que al primer debate del Proyecto de Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987, sólo se hicieron presentes 5 consejeros... quedando tan sólo dos válidos, de los tres que son de ley" (art. 13, Decreto, 0467 de 1986).

Por último, se nota en el fallo apelado "que el demandante en sustentación de sus pretensiones en alegato de conclusión, aportó la reciente doctrina del honorable Consejo de Estado fechada el 16 de septiembre de 1987, con ponencia del doctor Jorge Valencia Arango, donde se cuestionan idénticos hechos de fondo sustanciales a la controversia que nos ocupa..."

#### *El recurso:*

Sostiene que hay ausencia de lógica elemental en la tesis, mayoría por exceso, aplicada en la providencia transcrita, y en la sentencia de 16 de septiembre de 1987 de la distinguida Sala Electoral del Consejo de Estado; sentencia esta que se fundamentó en una disposición constitucional que no existía en el momento de su expedición, en razón de haber sido declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, y que decía:

"Artículo 3º El inciso tercero del artículo 83 de la Constitución Nacional quedará así:

"Las asambleas departamentales, los consejos intencionales y comisariales y los concejos municipales podrán abrir sus sesiones y deliberar con la tercera parte de sus miembros pero sus decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mitad más uno, *por lo menos*, de los integrantes de la respectiva corporación".

En la citada sentencia de 16 de septiembre de 1987 se trata el caso de una corporación de 17 miembros, y sobre el número de miembros para que pueda decidir ésta, dijo entonces la extinguida Sala Electoral:

"Con la tesis de que bastan 9 por ser superior a la mitad, habría que concluir que se permite la decisión con la *mitad más medio* cuando el legislador perentoriamente *exige la mitad más uno por lo menos*".

Sin embargo, quedó anotado que dicho artículo 3º (que hacía parte del Acto legislativo número 1 de 1981) fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de 13 de mayo de 1982).

Pone de relieve el recurrente lo ilógico de la llamada "mayoría por exceso", trae a colación el caso de una corporación compuesta por 3 miembros, evento en el cual la mitad más uno, así entendida, equivale a la totalidad de sus miembros y, además, supera 2/3 partes.

*Concepto del Ministerio Público:*

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de 26 de abril del corriente año, considera que debe impartirse la confirmación del fallo apelado, por cuanto:

"En efecto, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 83 de la Constitución Nacional, las normas sobre *quórum* y mayoría decisoria, se hace aplicables a los consejeros intendenciales. Por tanto, para poder tomar decisiones se requiere la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación, *quórum* que para el caso de autos, y teniendo en cuenta el número de consejeros que es de nueve se necesitaría seis miembros.

"No obstante lo anterior, a la reunión inicialmente asistieron los nueve consejeros, pero cuatro se retiraron inmediatamente se llamó a lista, quedando en consecuencia, solamente cinco consejeros que no hacían *quórum* decisorio.

"Igual ocurre si se da aplicación al artículo 8º del Decreto 0467 de 1986, por el cual se establece el Régimen Administrativo de las Intendencias y Comisarias, se llega a la misma conclusión de la norma constitucional, que se requiere un *quórum* decisorio de la mitad más uno.

"Las breves consideraciones anteriores llevan a este Despacho a la conclusión de que al expedirse el acuerdo acusado con la asistencia de cinco de sus nuevos miembros, se infringieron normas de carácter superior, lo que conlleva a que ese acto esté viciado de nulidad".

*Consideraciones de la Sala:*

Por cuanto el Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987, expedido por el Consejo Intendencial del Putumayo, fue aprobado en el primero de los tres debates que ordena el artículo 13 del Decreto 0467 de 1986, solamente con el voto de 5 de los 9 miembros que lo integran, se demandó del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño la nulidad de dicho acto. Considera el libelista que, de conformidad con los artículos 82 y 83 de la Carta ("las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación"), y de lo dispuesto en el artículo 8º del citado

Decreto 0467 de 1986 ("las decisiones requerirán de la asistencia de la mitad más uno de los miembros"), se repite, considera el demandante que el mencionado primer debate no contó con la "asistencia de la mitad más uno" de los 9 miembros que integran dicho Consejo Intendencial, puesto que en evento aquí debatido la mitad más uno no se conforma con 5 sino con 6 de sus miembros ya que "la mitad no se toma de nueve, por ser número impar, sino de diez, que es el número par siguiente", y, en respaldo de este planteamiento cita el fallo de 16 de septiembre de 1987, proferido por esta Corporación en su extinguida Sala Electoral.

En efecto, el fallo anteriormente citado plasmó su decisión con fundamento en lo dispuesto por el artículo 3º del Acto legislativo número 1 de 1981 (declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia); norma esta que en forma precisa, expresa y clara, disponía que las decisiones en las corporaciones se tomaban "*por lo menos*" con la asistencia de la "*mitad más uno*" de los integrantes de ellas, circunstancia esta que dio lugar a la consideración de que, en las corporaciones conformadas con número impar, no puede permitirse una decisión "con la mitad más medio" sino de la "mitad más uno por lo menos", lo que en una corporación de 17 miembros (caso planteado en el referido fallo), se tradujo así: Mitad de 17 igual a  $8\frac{1}{2}$ , más 1 igual a  $9\frac{1}{2}$ ; luego la decisión no podía tomarse con 9 más  $\frac{1}{2}$  sino de 9 más "uno por lo menos", es decir, por 10 miembros. Y, anota la Sala, debe agregarse a este planteamiento el del salvamento de voto en el expediente 1151, del cual se hizo referencia en el acápite "*sentencia del tribunal*", relativo al hecho de que "no siendo fraccionable la persona humana, ha de tomarse como tal el número mayor más próximo".

Sin embargo, considera la Sala (fuera de que el art. 3º del Acto legislativo número 1 de 1981 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 13 de mayo de 1982), que los planteamientos anteriormente referidos no corresponden, en verdad, a los sanos principios de equidad que, máxime, se hallan implícitos en todo ordenamiento de carácter legal, pues ya se tuvo oportunidad de observar cómo en los casos de una corporación conformada por 3, por 5, por 7 o por 9 miembros, dicha mitad más uno, así considerada, vendría a ser equivalente, en el primer caso a la totalidad de éstos, y en los restantes a sus  $\frac{2}{3}$  partes. Es decir, en el caso materia del presente recurso de alzada se está tomando la mitad más uno, de 9 miembros, como equivalente a las  $\frac{2}{3}$  partes de éstos, hecho que, ciertamente, no envuelve la dosis de sindéresis que amerita el caso recurrido.

Estima la Sala que la expresión "mitad más uno" utilizada por el constituyente de 1968 y por la ley (arts. 16 y 17 del Acto legislativo número 1 de 1968; arts. 82 y 83 de la Carta, y art. 8º del Decreto 0467 de 1986), es la equivalente a la de "mayoría absoluta", que definió la

Ley 85 de 1916 (art. 49, inciso 2º) como “todo número votos superiores a la mitad del total de los votos emitidos; y cuando éste fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto”. Así las cosas, el cambio de la expresión “mayoría absoluta” por la de “mitad más uno”, no obedeció al hecho de cambiar dicho concepto sino, más bien, al de pretender expresar, con poca fortuna por cierto, una mayor claridad en el asunto. Por ende, debe aplicarse el sabio principio de prescindir de un voto en los casos de número impar; se torna en más acorde con la lógica y ésto lleva a que prime sobre las jurisprudencias de esta Corporación, citadas en este proceso: Salvamento de voto de 21 de febrero de 1985 (expediente 1151) y fallo de la extinguida Sala Electoral (16 de septiembre de 1987), tesis que a su vez encuentra respaldo en la sentencia de 31 de agosto de 1988 y en la cual se volvió a la concepción jurisprudencial de la sentencia de 16 de septiembre de 1987.

A la nueva sentencia de 31 de agosto de 1988 pertenecen los siguientes pasos:

“Esta Sección aprovecha esta oportunidad, para volver a la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado anterior a la providencia de septiembre 16 de 1987 de su extinguida Sala Electoral, ponencia del señor Consejero doctor Jorge Valencia Arango, según la cual cuando se trata de corporaciones públicas integradas por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura ‘mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, hay dos por la afirmativa y uno por la negativa, cuando son 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc.’ (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente 1375, sentencia de 19 de julio de 1973), por cuanto, en realidad de verdad, la expresión ‘mitad más uno de los miembros’, que empleó desafortunadamente el constituyente de 1968, para abandonar así la tradicional expresión ‘mayoría absoluta’, de todos modos ‘lo que quiso significar con ella fue la exigencia de que estuviera presente la mayoría absoluta de los miembros de la corporación, tal y como la Constitución lo ha venido exigiendo desde 1886’ (Sentencia de noviembre 23 de 1977, ponencia del señor Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla, y sentencia de octubre 25 de 1983, con ponencia del doctor Eduardo Suescún Monroy)”.

Se vierten a continuación en dicho fallo apartes de la sentencia de 19 de julio de 1973 de la Sección Primera del Consejo de Estado, así:

“Como se advierte, se parte siempre de que el número de votantes es par y no tuvo en mente que pudiera ser impar.

Por esto, esta Sala considera que en la hipótesis de tomarse la noción de mayoría absoluta, mediante la aproximación por defecto del número que resulta de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina el número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y uno por la negativa, cuando siendo 5 haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc., etc. O dicho en otros términos, el cambio de la expresión 'mayoría absoluta' por la mitad más uno no tuvo por finalidad el cambio del concepto tradicional de la mayoría absoluta, sino pretender mayor claridad, en la práctica, con poca fortuna".

Para finalmente concluir la sentencia de 31 de agosto de 1988 de este modo:

"Esta concepción jurisprudencial, para esta Sección, es la más acertada, la más lógica, como lo sostiene el señor Fiscal colaborador, y la que se conforma a la intención que el legislador colombiano expresara en alguna oportunidad. En efecto, las confusiones a que pudiera llevar el término *absoluta*, que excluye toda relación e implica unanimidad, condujo a que el artículo 49 de la Ley 85 de 1916 (promulgada en el Diario Oficial número 15997 de 19 de enero de 1917), hiciera la siguiente interpretación del inciso segundo:

"'Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos superior a la mitad del total de los votos emitidos; y cuando éste fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto'.

"Por las consideraciones anteriores, la Sección estima, que es del caso volver a la doctrina que tenía la corporación hasta la sentencia de 16 de septiembre de 1987, proferida por la extinguida Sala Electoral, la cual se fundamentó, como bien se ha observado, en una disposición constitucional que no existía en el momento de expedición de la precitada providencia, en razón de haber sido declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia".

Por otra parte, es obvio que se pierda o desperdicie, o mejor que carezca de valor la parte que no habilita para completar la finalidad propuesta; medio cuerpo o medio voto no pueden traducirse en cuerpo o voto entero. La unidad jamás puede ser equivalente a la mitad de ésta; únicamente en las ciencias contables es preciso, por simple manejo práctico, completar el valor de la unidad cuando se desborda la mitad de ésta.

Procede en consecuencia, la revocatoria de la sentencia apelada, que se basó en la jurisprudencia anteriormente citada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación, y en desacuerdo con él,

*Falla:*

*Revócase* la sentencia de 12 de enero de 1988, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, en cuanto por ella se decretó la nulidad del Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987, dictado por el Consejo Intendencial del Putumayo, y en su lugar *niéganse* las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada devuélvase al tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente sentencia fue considerada y aprobada en sesión de la Sala de primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

*Victor M. Villaquirán, Secretario.*

**CONCEJOS MUNICIPALES - Atribuciones / BIENES FISCALES - Enajenación / VALORIZACION - Finalidad de servicio público / URBANIZACION**

*El artículo 197 de la C. N. le otorga a los Concejos Municipales la facultad de dar autorizaciones a los alcaldes en orden a enajenar bienes municipales, facultad que fue reproducida en el numeral 7 del artículo 92 del Código de Régimen Político y Municipal (Decreto 1333 de 1986).*

*Cualquiera que sea el concepto doctrinario que se tenga sobre la noción de servicio público tan discutida en el derecho administrativo, no cabe duda que la destinación prevista por el acto acusado, de los dineros obtenidos por la enajenación de un bien fiscal, constituye destinación evidente para un servicio público.*

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

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 958. Actor: Asociación de Padres de Familia del Instituto Politécnico Municipal.

Procedente del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia promovida en el proceso de la referencia.

*I. El acto acusado:*

Se demanda, la nulidad del Acuerdo número 20 de 15 de mayo de 1985 expedido por el Concejo Municipal de Cali, "por el cual se dictan normas sobre el fortalecimiento del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal".

En lo esencial el acuerdo dispone:

*"Artículo primero:* Facúltase al Alcalde municipal, para que, actuando a través del Fondo Rotatorio de Tierras Urbanas, adscrito al Departamento Administrativo de Valorización Municipal, desarrolle urbanísticamente en aquella área no indispensable para el funcionamiento del Instituto Politécnico Municipal, el lote de propiedad del Municipio de Santiago de Cali, adquirido mediante escritura pública

número 3268 de 26 de julio de 1966, de la Notaría Primera del Círculo de Cali, ubicado entre las carreras 62 y 63A y calle 1A y 2 de esta ciudad, destinado, mediante Acuerdo 33 de 1965, al funcionamiento de dicho instituto, y una vez urbanizado proceda a enajenarlo cumpliendo los requisitos señalados para tal efecto en las respectivas normas de valorización municipal. . .”.

“*Artículo segundo:* Según lo dispuesto en el artículo primero del presente acuerdo, no queda comprendida en la autorización conferida, aquella área del lote en donde funcionan actualmente las instalaciones del *Instituto Politécnico Municipal* y que se encuentra afectada por el contrato referente a la nacionalización del Colegio Politécnico Municipal, firmado el 16 de julio de 1979, conforme a lo previsto en sus cláusulas octava y novena. En consecuencia, dicha área continuará siendo ocupada en la misma forma por el instituto.

“*Artículo tercero:* El producto de la venta de los lotes que resultaren del proyecto urbanístico, efectuado de conformidad con los requisitos establecidos por la Junta de Planeación Municipal, será destinado en su totalidad a fortalecer financieramente el Fondo Rotatorio de Valorización Municipal y con prioridad a cubrir el servicio de la deuda externa contraída con el Eurolatinoamerican Bank Eulabank”.

Como fundamento del acuerdo se dice que es necesario proveer de recursos al Fondo Rotatorio de Valorización Municipal con el fin de poner al día el servicio de la deuda externa contraída con el Eulabank; que del lote originalmente destinado al Instituto Politécnico Municipal solamente se está utilizando una fracción para esos fines quedando un enorme globo de terreno de 70.000 metros cuadrados que no está prestando ningún tipo de servicio o beneficio a la comunidad y cuya subutilización “ha generado costos sociales importantes especialmente al vecindario del sector y a la comunidad en general, al desperdiciar la capacidad instalada de servicios públicos del sector y la capacidad del terreno de albergar vivienda en condiciones óptimas”.

## II. La demanda:

Se afirma que el Acuerdo número 20 es violatorio del artículo 171, numeral 5º y artículos 201, 203 y 204 de la Ley 4ª de 1913, el primero de los cuales prohíbe a los Concejos aplicar los bienes o rentas municipales a objeto distinto del servicio público.

Al discurrir sobre lo que debe entenderse por servicio público, el demandante concluye diciendo que en el caso, el pago de una deuda a un banco extranjero, a cargo de uno de los entes de la administración municipal, no encuadra dentro de los elementos o principios doctrinarios de “servicio público”. Además, aduce que no puede considerarse como servicio público, la venta de un inmueble afecto a la prestación

de un servicio público, como es la enseñanza, para pagar una obligación bancaria como es el propósito del acto administrativo acusado.

### *III. La sentencia objeto del recurso:*

El tribunal acoge en su integridad las argumentaciones de la parte impugnadora expuestas en su alegato de conclusión, en el cual sostiene lo siguiente:

“De la jurisprudencia antes citada, relativa a los alcances de la Ley 43 de 1975, se desprende diáfamanamente que al trasladarse del nivel municipal a la Nación la prestación del servicio público de enseñanza primaria y secundaria oficiales, el inmueble en el cual el municipio prestaba dicho servicio, como es el caso del Instituto Politécnico Municipal quedó desafectado, por cuanto la nacionalización no cubrió la infraestructura del servicio, lo que quiere decir, que se convirtió en un bien fiscal eminentemente patrimonial, de dominio privativo del municipio, el cual sigue el régimen general de la ley civil y podía ser fuente de ingresos del municipio, al estar sometido al derecho común.

“Es más, la misma ley prohibió a los municipios adelantar construcciones de planteles, para la prestación del servicio de enseñanza, por no estar ya a su cargo dicho servicio público.

“En consecuencia, el lote de terreno de propiedad del municipio donde funciona el Instituto Politécnico Municipal, al pasar este instituto a cargo de la Nación y dejar de ser del municipio, por ello, quedó desafectado de la prestación del servicio de enseñanza que pasó a ser nacional. O sea, la ley misma levantó la destinación especial del inmueble, al trasladar el servicio público de enseñanza que en él prestaba el municipio, asumiéndolo totalmente la Nación.

“Ahora bien, en orden a la operatividad de la nacionalización, se suscribió un contrato referente específicamente a la nacionalización del Colegio Politécnico Municipal de Santiago de Cali, en el cual el municipio proporciona el local necesario para el funcionamiento del colegio, entregándole a la Nación las instalaciones, equipos, muebles, enseres y demás elementos con que contaba el colegio a esa fecha o sea el 16 de julio de 1979. Es decir, en virtud del contrato o acuerdo de voluntades, el municipio debe respetar las instalaciones y el local del Instituto Politécnico Municipal, ubicadas en el lote de terreno adquirido por él mediante escritura pública número 3268 de 1966, de la Notaría local e instalaciones según reza el contrato, de lo cual se excluye el lote de terreno.

“Por estas razones, el honorable Concejo Municipal de Cali en uso de sus atribuciones legales y por tratarse de un bien patrimonial que no requiere para su servicio, según lo previsto en el artículo 384

del Código Fiscal, faculta al señor alcalde mediante Acuerdo 20 de 15 de mayo de 1985, en uso de la atribución consagrada en el inciso segundo del artículo 387 del mismo Código Fiscal, a urbanizar y enajenar el inmueble de propiedad del Municipio de Cali, adquirido mediante escritura pública número 3268 de 26 de julio de 1966, en aquella área no indispensable para el funcionamiento del Instituto Politécnico Municipal, la cual se encuentra afectada por el contrato de nacionalización del colegio, firmado el 16 de julio de 1979, conforme a lo previsto en sus cláusulas octava y novena, área que continuará siendo ocupada en la misma forma por el instituto.

“En este orden de ideas, por tratarse de un bien fiscal patrimonial del Municipio de Cali, del cual puede hacer uso y disposición como un particular, de acuerdo a las normas civiles, en aquella área no comprendida por las instalaciones entregadas a la Nación en virtud del contrato de fecha 16 de julio de 1979, el Concejo Municipal podía facultar al alcalde para urbanizarlo y enajenarlo a través del Fondo Rotatorio de Tierras Urbanas del Departamento Administrativo de Valorización Municipal, departamento que según lo previsto en el Decreto extraordinario número 1733 de 1979, tiene entre sus funciones, artículo 3º, numeral 6º,

“Gestionar la compra, venta y permuta de bienes raíces y la realización con ellos de cualquier otro tipo de operación comercial’. Y destinar el producto de esa enajenación a fortalecer dicho Fondo que hace parte de la administración municipal y cuyos recursos integran el patrimonio municipal.

“Es más, el artículo 12 del Código Fiscal Municipal, obliga a la administración a adquirir y conservar únicamente los bienes estrictamente necesarios para cumplir las necesidades de interés colectivo a su cargo (Ley 56 de 1922, art. 3º; C. de R. P. y M., art. 171). Y en este sentido el artículo 348 del Código Fiscal, contempla el que los predios rurales y urbanos que el municipio no requiera para su servicio, podrán ser dados en venta o permuta”.

#### IV. La opinión de las Fiscalías:

Discrepan los Fiscales del Tribunal y del Consejo de Estado en su apreciación sobre el caso *sub judice*, en tanto el primero opina que deben denegarse las pretensiones de la demanda, por considerar plenamente ajustado a derecho el acuerdo municipal demandado, especialmente porque “demostrada la tradición histórica del bien objeto de controversia y de su calidad (bien fiscal) además de que no estaba destinado en su totalidad al instituto educativo mencionado en el proceso, bien podía la administración enajenar la parte que no tenía tal afectación”.

Por su parte, el señor Fiscal Primero de esta Corporación manifiesta al respecto que los bienes fiscales o de uso público son de la

comunidad y que como tales no pueden ser comercializables, siendo la educación uno de los servicios públicos que se identifican por su naturaleza con el concepto de uso público y agrega: "Riñe contra el sentido del servicio público vender un bien de uso público, para el pago de una 'deuda externa contraída con el Eulabank', anotando, de paso, que con el mismo argumento se hubiera podido enajenar un parque".

#### V. Consideraciones de la Sala:

Haciendo un resumen de los elementos probatorios del proceso, se tiene lo siguiente: Por medio del Acuerdo demandado, número 20 de 15 de mayo de 1985, el Concejo Municipal de Cali facultó al alcalde municipal para desarrollar urbanísticamente el área del lote adquirido por el municipio mediante escritura pública número 3268 de 26 de julio de 1966 de la Notaría Primera de Cali, "no indispensable para el funcionamiento del Instituto Politécnico Municipal" con el fin de proveer de recursos al Fondo Rotatorio de Valorización Municipal y poner al día el servicio de la deuda externa contraída con el Eulabank.

El municipio dispuso la urbanización anterior sobre el lote allí determinado, en la porción que no estaba prestando ningún tipo de servicio o beneficio a la comunidad y el cual había sido destinado originalmente como sede del Instituto Politécnico Municipal, según el Acuerdo número 33 de 1965 contentivo de la autorización para celebrar el contrato de compraventa que después se plasmó en la escritura pública número 3268 supradicha.

II. Así las cosas, precisa establecer si conforme lo asevera la demanda, con el acuerdo materia de la censura se quebrantaron los artículos que invoca la demanda, esto es, los artículos 171, numeral 5º y 201 de la Ley 4ª de 1913 o antiguo Código de Régimen Político Municipal, que a la letra dicen:

Numeral 5º, artículo 171. "Es prohibido a los Concejos...

"5º Aplicar los bienes o rentas municipales a objetos distintos del servicio público".

"Artículo 201. Todo solar perteneciente al común, que exista dentro del área de la población y que no sea necesario para algún uso público, se podrá vender con las formalidades allí prevenidas".

Lo primero que debe decirse en relación al acuerdo demandado es que se dictó, sin lugar a dudas, en ejercicio de las facultades expresas que el artículo 197 de la Constitución Nacional le otorga a los Concejos Municipales para dar autorizaciones a los alcaldes en orden a enajenar bienes municipales, facultad esta que fue reproducida en el numeral 7 del artículo 92 del actual Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986). Por manera, que en principio, tratándose como

se trata en el caso *sub examine* de un bien inmueble municipal, el Cabildo de Cali tenía la atribución constitucional y legal de conferir la autorización al alcalde para vender el lote al cual se refiere la demanda.

Sin embargo, frente al cargo fundamental de la demanda y ante la existencia del artículo 171 citado por el actor, el cual en lo pertinente fue reproducido entre las prohibiciones a los Concejos del artículo 99 de dicho estatuto municipal de "aplicar los bienes o rentas municipales a objetos distintos del servicio público" se pregunta si el Concejo podía destinar el bien o el producido del mismo a la refinanciación o fortalecimiento del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal, especialmente para pagar deuda externa contraída con ese organismo.

Sobre el particular cabe hacer dos consideraciones, que inducen a la Sala a confirmar el fallo recurrido: La primera se contrae a la naturaleza del inmueble material de la presente controversia: Si es un bien de uso público como son las carreteras, parques, etc., inalienables e imprescriptibles, cuya propiedad se radica en el común, es decir en la Nación; o si son bienes fiscales destinados a una función pública o patrimoniales que posee y administra el Estado, que son fuentes de ingreso y se someten al derecho ordinario. La segunda tiene que ver con la aplicación del lote de terreno para obras de urbanismo municipal y con su producto o venta fortalecer el Fondo de Valorización.

Para la Sala el bien en cuestión, es del patrimonio del municipio, adquirido con sus recursos mediante negociación con ciudadanos particulares, destinado parcialmente a la construcción del colegio o Instituto Politécnico Municipal de enseñanza secundaria, el cual conforme se acredita con el aporte de la copia del documento respectivo (cuaderno número 2, últimos folios), fue nacionalizado en desarrollo de la Ley 43 de 1975.

De esta manera puede afirmarse, de una parte, que del lote originalmente adquirido para la construcción del colegio o Instituto Politécnico Municipal, su mayor extensión no fue utilizada con ese fin quedando libre de ese uso o función pública como así lo denota el acuerdo del Concejo de Cali demandado. De otro lado es evidente que en el año de 1979 dicho instituto fue transferido a la Nación que se hizo cargo del mismo cambiándole tan sólo el nombre de instituto por el de colegio. Con dicha transferencia el municipio se liberó de tener gastos de funcionamiento de dicho establecimiento educativo, quedando con la obligación de "proporcionar el local necesario para el funcionamiento del colegio" de acuerdo con las especificaciones técnicas suministradas por el Ministerio de Educación, lo cual debe entenderse se cumplió mediante la entrega de la edificación o instalaciones, que prestaban el servicio de la educación pública a cargo de la institución mencionada.

La nacionalización, con todo, no afectó en cierta forma la propiedad del municipio sobre el lote dentro del cual se construyó el colegio,

en tanto no cubrió la infraestructura del servicio, "o sea que hubo nacionalización del servicio pero sin afectar los bienes" (edificios, aulas, etc.) como se dijo en fallo de esta Corporación de 14 de mayo de 1985 al analizar los alcances de la Ley 43 de 1975.

Ahora bien: En cuanto hace a la aplicación o destinación del lote por medio del acuerdo demandado, el actor insiste en decir que la facultad conferida al alcalde para urbanizar el lote de que trata la demanda y con su producto fortalecer el Fondo de Valorización Municipal no es una actividad de servicio público y no corresponde al concepto de servicio público de que hablan los tratadistas.

Cualquiera que sea el concepto doctrinario que se tenga sobre la noción de servicio público tan discutida en el Derecho Administrativo, no cabe duda de que la destinación prevista por el acto acusado, de los dineros obtenidos por la enajenación de un bien fiscal, actividad de tanta importancia para la comunidad, como son las obras públicas financiadas siempre parcialmente con la contribución de valorización, constituye destinación evidente para un servicio público.

Para la Sala el sistema de valorización establecido por la ley para impulsar el desarrollo económico y social del país se ha convertido en un elemento fundamental del progreso, especialmente en el plan urbanístico de las ciudades, y en ese orden de ideas su alta finalidad de beneficio colectivo lo ubican entre las actividades orientadas hacia el "servicio público" de que habla la norma invocada por el actor como fundamentalmente transgredida.

Con fondos como el señalado en el Acuerdo 20 del Concejo de Cali se persiguen estas finalidades del Estado, de cuyo fortalecimiento depende el crecimiento urbanístico de la ciudad, la inversión en vivienda, mayor empleo, y mejoramiento de las condiciones generales de vida de sus habitantes.

En cuanto a las demás normas indicadas como objeto de violación carecen de incidencia y no son pertinentes con respecto al acto demandado y por lo tanto no amerita su estudio.

No se ha desvirtuado pues, la presunción de legalidad que acompaña al acto demandado lo cual conduce a desestimar los cargos de la demanda como así se definió en la sentencia de instancia.

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

*Falla:*

*Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de 16 de diciembre de 1987.*

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

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

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

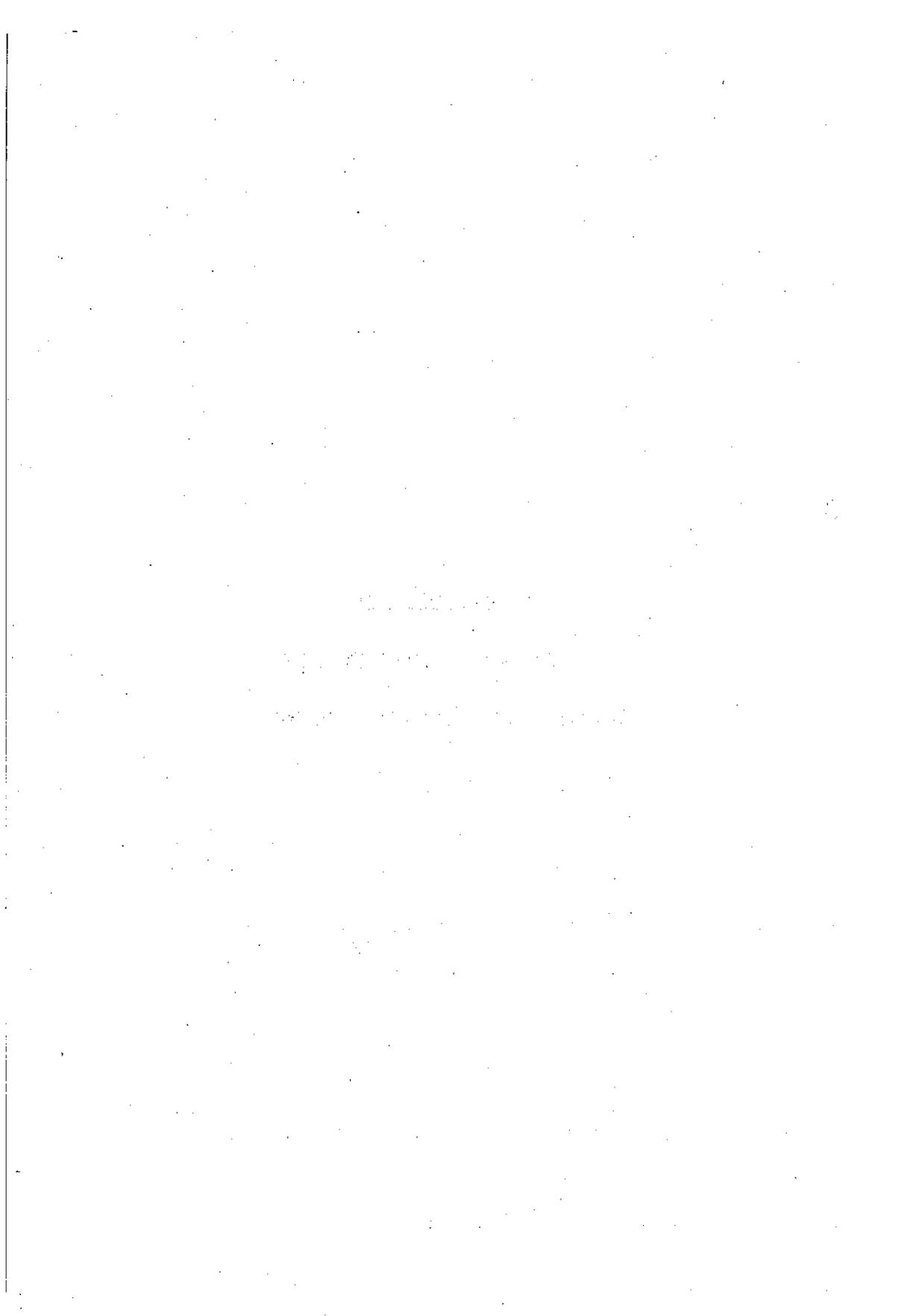
*Victor M. Villaquirán, Secretario.*



**CAPITULO II**

**ACTOS DEL CONCEJO DEL**

**DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA**



## *SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia*

*No es admisible el argumento de la apelante de que para deducir la ostensible contradicción, el Tribunal hubiera tenido que hacer una interpretación de una norma acusada o un análisis profundo de sus implicaciones, ya que le bastó la sencilla confrontación que exige el artículo 152 del C. C. A. para que sea procedente la suspensión provisional. No prosperó el recurso de apelación interpuesto contra el auto que DECRETO la SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 10 del Acuerdo 19 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*

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

*Consejero ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2521. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. Apelación del auto de 26 de noviembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad contra el artículo 10 del Acuerdo 19 de 9 de diciembre de 1987 expedida por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Auto.

Contra el auto de 26 de noviembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio del cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del artículo 10 del Acuerdo número 19 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, ante demanda de nulidad promovida por Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones, interpuso recurso de apelación la representante judicial del Distrito Especial, quien luego de solicitar se le reconozca personería para actuar, a lo que se accede en la presente providencia, formula su disconformidad con el auto apelado en cuanto decretó la suspensión provisional de la norma acusada y pide que dicha medida sea revocada.

### *Fundamentos de la apelación:*

El recurso se fundamenta esencialmente en el hecho de que según el parecer de la apelante la violación de la norma superior que dedujo

el Tribunal para suspender provisionalmente, no surge *prima facie* de la simple confrontación de las normas sino que se requirió un "profundo análisis e interpretación de la norma acusada, buscando su verdadero sentido y alcance, al facultar normas de orden jurídico superior al Cabildo Distrital para disponer de los ingresos y recaudos municipales".

Así mismo estima la apelación que por mandato del artículo 197 de la Constitución Nacional y del artículo 13 del Decreto 3133 de 1968 el Concejo de Bogotá está expresamente facultado para "ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito" y que parte muy importante de esa administración es todo lo relacionado con la protección de los ciudadanos, por lo que resulta viable la destinación de unos recursos a tal propósito, que fue lo que en realidad se hizo por medio de la norma suspendida.

La norma suspendida provisionalmente es del siguiente tenor:

"Los Bancos, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Corporaciones Financieras, Almacenes Generales de Depósito, Compañías de Seguros Generales, Compañías Reaseguradoras, Compañías de Financiamiento Comercial, Sociedades de Capitalización y los demás establecimientos de crédito que definan como tales la Superintendencia Bancaria e instituciones financieras reconocidas por la ley, pagarán la suma de quince mil pesos (\$ 15.000.00) mensuales por sucursal con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad. El Concejo de Bogotá designará una subcomisión para la fijación de las políticas de seguridad" (art. 10 del Acuerdo 19 de 1987).

#### *Consideraciones:*

El auto apelado en cuanto decretó la suspensión provisional se fundamentó en la confrontación de la norma acusada con el artículo 27, numeral 3 del Acuerdo número 6 de 1985 (Código Fiscal de Bogotá) que dispone:

"El Presupuesto General del Distrito Especial de Bogotá, tanto para la Administración Central como para las entidades descentralizadas se compone de las siguientes partes: ...

"3. Las disposiciones generales tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General del Distrito Especial de Bogotá, las cuales regirán únicamente durante el año fiscal para el cual se expidan. *Por medio de las disposiciones generales no se podrán crear nuevos impuestos, ni modificar los existentes, ni autorizar recursos del crédito con carácter permanente, ni derogar, ni modificar acuerdos vigentes, ni disponer nuevos gastos*".

Ahora bien, siendo la norma suspendida disposición perteneciente al Acuerdo número 19 de 1987, "por el cual se expide el presupuesto de rentas e ingresos y de inversiones y gastos de las entidades descentralizadas y Fondos Rotatorios del Distrito Especial de Bogotá", debe sujetarse a lo establecido como marco general en el Código Fiscal y particularmente a las obligaciones del artículo 27 transcritas, las cuales evidentemente son contrariadas en forma ostensible sin que sea necesario para deducir dicha violación nada distinto que el enfrentamiento de las dos normas puesto que fatalmente la norma acusada o creó un nuevo impuesto o modificó alguno de los existentes, ambas hipótesis proscritas por la norma superior que se reputa manifiestamente violada.

Por ello, no es admisible el argumento de la apelante de que para deducir la ostensible contradicción, el tribunal hubiera tenido que hacer una interpretación de la norma acusada o un análisis profundo de sus implicaciones, ya que le bastó como le es ahora suficiente a la Sala para llegar a tal convicción, la sencilla confrontación que exige el artículo 152 del C. C. A., para que sea procedente la suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

*Resuelve:*

No prospera el recurso de apelación.

Téngase a la doctora Dioselina Parra de Rincón como representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, parte demandada en este juicio.

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

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

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

*Jorge A. Torrado*, Secretario.

## **IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Anticipo / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

*No puede confundirse la competencia para crear un impuesto o facultad impositiva, con la relacionada con su administración como consecuencia de la autonomía administrativa y financiera que la misma Constitución Nacional reconoce a las entidades territoriales. El hecho de que la Ley 14 de 1983 no hubiera consagrado la figura del anticipo, no implica que el Concejo del Distrito Especial de Bogotá al establecerlo como mecanismo de recaudo, violara el artículo 197 de la C. N., entre otras normas, ya que se trataba simplemente de la administración del impuesto y concretamente de su recaudo, para lo cual las mismas normas citadas como violadas le dan facultades.*

**REVOCA LA NULIDAD** de los artículos 40 y 99; los términos "Avisos al Sector Financiero" del Título del Capítulo VIII; la frase "y Avisos por ingreso operacional total" del artículo 101 y la expresión "y Avisos" del artículo 102 del Acuerdo 21 de 1983 emanado del Concejo de Bogotá.

## **IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Tarifa**

*Con el criterio con que la Sala interpreta el artículo 43 de la Ley 14 de 1983 ha de interpretarse el artículo demandado y si bien con rigor gramatical cuando se habla de "pagos" que deben hacerse "en" se estaría haciendo referencia a la fecha de los pagos, el artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983, cuando utilizó la preposición "en", como sinónimo de "por" le dio el mismo alcance que le dio la Ley 14 de 1983, alcance que por lo demás es el que el mismo Distrito Especial de Bogotá le ha dado.*

## **ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS**

*Los términos demandados y anulados, a juicio de la Sala, no contienen una decisión que permita considerarlos como actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se cuestionan exclusivamente los términos anulados y no los artículos de que ellos forman parte, pero*

*esta jurisdicción no puede pronunciarse respecto de simples "términos" que no configuran un verdadero acto administrativo. El impuesto de avisos y tableros para el sector financiero, fue consagrado de manera expresa en el Acuerdo 21 de 1983, ésta sí norma sustantiva que ya fue objeto de pronunciamiento del Consejo de Estado.*

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1878. Apelación sentencia de junio 4 de 1987 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de nulidad y suspensión provisional de los artículos del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital de Bogotá. Artículos 40 y 99, Título del Capítulo VIII en cuanto dice "Avisos al Sector Financiero"; 101 y 102. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quifiones. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró la nulidad de los artículos 40 y 99, los términos "Avisos al Sector Financiero" del Título del Capítulo VIII, la frase "y Avisos por ingreso operacional total" del artículo 101 y la expresión "y Avisos" del artículo 102 del Acuerdo 21 de 1983 emanado del Concejo de Bogotá.

*La sentencia apelada:*

Con la participación de un conjuer para disolver el empate y con el salvamento de voto de las señoras Magistradas doctoras Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara González de Barliza y Mercedes Salgado de Gutiérrez, el *a quo* resolvió favorablemente las peticiones de la demanda, luego de un extenso análisis y de concretar los temas de la controversia, así:

1. Nulidad del artículo 40 del Acuerdo 21 de 1983 sobre anticipos en materia del Impuesto de Industria y Comercio y de Avisos.
2. Nulidad del artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983 relacionado con las tarifas aplicables por el año gravable de 1983.
3. Nulidad parcial de los artículos 101 y 102 y de una parte del Título del Capítulo VIII del Acuerdo 21 de 1983 sobre los Impuestos de Avisos y Tableros al sector financiero.

Con relación al tema de los anticipos en el Impuesto de Industria y Comercio hace un amplio estudio y partiendo de los antecedentes del citado impuesto, de la Ley 14 de 1983 y de la competencia impositiva de los Concejos Municipales precisa lo relacionado con su causalidad, base gravable y forma de liquidarlo, para concurir que:

“No se encuentra, entonces, respaldo constitucional, ni mucho menos legal, a la actuación del honorable Concejo de Bogotá, al expedir el artículo 40, del Acuerdo 21 de 1983, al proceder a imponerle a los contribuyentes una liquidación diferente a título de anticipo y mediante unos porcentajes variables totalmente insólitos, y sin ningún fundamento, lo cual conduce a que, conforme al artículo 84 del Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo, se deba proceder a declarar nulo el citado artículo 40 por haberse dictado sin competencia por parte del órgano edilicio, violando directamente los artículos 33 y 43, de la Ley 14 de 1983, pues, al establecer el artículo 40, del Acuerdo 21, la forma de liquidación que, como se ha dejado visto, no estaba contemplado en la ley a la cual se estaba reglamentando, haciendo en esta forma más oneroso la exacción de este impuesto para los contribuyentes; luego, si las normas legales, artículos 33 y 43, autorizan la percepción del tributo y por lo mismo su exigibilidad a partir de 1° de enero del año siguiente a aquél en que se obtuvieron los ingresos, y el artículo 40 del Acuerdo 21, introduce un sistema de anticipo sobre los futuros ingresos no causados mediante determinados porcentajes, lógico es concluir que el honorable Concejo de Bogotá, al establecerlo violó con esta norma, directamente, la Ley 14, en sus artículos 33 y 43 que no contemplan tal posibilidad”.

En cuanto a las tarifas aplicables para el año de 1983, decretó la nulidad del artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983, proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá por considerar que dicha norma desconoció lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 14 de 1983, al cambiar la preposición “*por*” e incluir la preposición “*en*”, con lo cual modificó la tarifa aplicable a las entidades financieras para el año de 1983, ya que mientras la ley dispuso que *por* el año de 1983 la tarifa era del  $4 \times 1.000$ , el acuerdo ordenó que las entidades financieras pagarían *en* 1983 el  $4 \times 1.000$ , o sea que esa tarifa se aplicaría al impuesto correspondiente a 1982 y el de 1983 que se pagaría en 1984, ya sería liquidado con la tarifa del  $5 \times 1.000$ .

Y con relación a la aplicación del impuesto de avisos y tableros al sector financiero, el *a quo* dijo:

“...es que, el ‘impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros’ impera el *criterio objetivo* contemplado por nuestro Código de Comercio, en cuanto tiene en cuenta es los actos y operaciones, es decir, las relacionadas con las actividades comerciales, industriales y de servicios.

“En cambio, cuando la ley resuelve dedicarle un capítulo diferente y darle un tratamiento distinto al impuesto de industria y co-

mercio en el sector financiero, lo hace no en consideración a los actos, operaciones o actividad desarrollada, sino en razón de *la calidad del sujeto*, llámese éste Banco, Corporación, Compañía de Seguros, Fondo Financiero, Almacén General de Depósito o los definidos como establecimientos de crédito por la Superintendencia Bancaria o instituciones financieras reconocidas por la ley.

“Aquí radica la profunda diferencia entre el sector financiero y el régimen de industria y comercio común y corriente, y el de avisos y tableros. Es que no es un secreto para nadie el que el sector financiero ejecute actividades u operaciones o actos mercantiles, pues éstos constituyen su giro normal y corriente de sus actividades diarias; no hay necesidad de acudir al Código de Comercio para ello. Es en el tratamiento diferente dado por la ley a este impuesto en este sector —como se ha visto a todo lo largo de esta sentencia— lo que lo diferencia de aquél.

“Los anteriores planteamientos permiten sostener que, el impuesto de avisos y tableros, de que trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, no puede ser objeto de aplicación al sector financiero, por cuanto, para el de industria y comercio se debe partir de la base del ejercicio de una actividad comercial, industrial o de servicios, en cambio, para el sector financiero no se requiere esto, sino que basta pertenecer al sector financiero para ser sujeto del impuesto, conforme a lo ordenado por la ley”.

#### *El recurso de apelación:*

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, con base en los siguientes planteamientos:

—El Concejo del Distrito Especial de Bogotá tiene autonomía patrimonial, la cual conlleva la facultad de administrar y recaudar los tributos y disponer de su importe y en ejercicio de esa facultad bien podía el Concejo establecer una modalidad de recaudo del tributo, como lo es el anticipo, sin que ello implique variación alguna de los elementos de la obligación tributaria establecidos en la ley.

Es competencia de los Concejos Municipales y en este caso del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, definir el proceso de determinación fiscal, señalando la forma como se harán efectivos los tributos, y lo hizo ordenando la cancelación de un abono sobre el impuesto que se causará en el período siguiente, sin que ello implique la creación de un impuesto diferente o la variación de la base gravable prevista en la ley.

—En cuanto a la tarifa aplicable para el año de 1983, afirma que no fue variada por el acuerdo demandado, toda vez que éste fijó una tarifa del 4 por 1.000, en los términos previstos por la Ley 14 de 1983.

—En cuanto al impuesto de avisos y tableros para el sector financiero afirma que a partir de la vigencia de la Ley 14 de 1983, el sector financiero tributa impuesto de industria y comercio y avisos como los demás sectores, con tarifas especiales y una base gravable diferente, en razón de la “especial actividad desarrollada”; pero dicha ley no incluye ninguna prohibición expresa de gravar al sector financiero con el 15% sobre el valor del impuesto de industria y comercio, por concepto de avisos y tableros, ni lo declaró exento del citado gravamen complementario, ni redujo la aplicación del impuesto a lo previsto en el Capítulo III de la ley.

No habiendo previsión expresa en la ley que excepcione al sector financiero de las normas legales, no es posible por vía interpretativa consagrar tal excepción como lo acepta el *a quo*.

El hecho de que exista un capítulo en la ley referido al sector financiero no implica que se esté fraccionando un impuesto ya que las previsiones del Capítulo III de la Ley 14 de 1983 obedecieron a “...la complejidad de ingresos operacionales o factores de causación de los gravámenes y es así, como en el artículo 42 de la misma ley se establece la base impositiva para la cuantificación ‘del impuesto regulado en la presente ley’ (el del art. 32) al que, necesariamente, hay que aplicarle por lo expuesto en el artículo 41: ‘De acuerdo con lo prescrito por esta ley’ lo ordenado en el artículo 37, esto es, ‘con una tarifa del 15% sobre el valor de éste’ (el del art. 32)”.

Agrega que se trata de un solo impuesto y que la ley en diferentes artículos se refiere al mismo y solamente habla del *Impuesto de Industria y Comercio* “contemplándolo en su integridad...” como cuando regula las exenciones o prohibiciones y si se aceptara la tesis del *a quo*, dichas exenciones y prohibiciones no cobijarían el impuesto de avisos y tableros.

Afirma que las actividades que realizan las entidades del sector financiero, son actos de comercio y por ello están gravadas con el impuesto de industria y comercio y no, como lo afirma la sentencia recurrida por el hecho de pertenecer a dicho sector.

Discrepa de la afirmación de que se trata de dos impuestos diferentes, uno de industria y comercio y otro el de avisos y tableros, ya que si bien en sus orígenes el impuesto de avisos y tableros tenía “entidad *per se*”, hoy por mandato legal dejó de tenerla para hacer parte del impuesto de industria y comercio constituido por dos hechos generadores: Uno que se ejerciten actividades comerciales, industriales o de servicios y otro que tales actividades se anuncien mediante el uso de avisos y tableros y agrega: “...de tal suerte que, en la actualidad, es una imprecisión hablar del impuesto de avisos y tableros, pues como tal dejó de existir”.

Acepta que el Capítulo III de la Ley 14 de 1983 estableció un régimen especial para el sector financiero, al regular la base im-

nible y la forma de liquidación del impuesto de industria y comercio (arts. 42-43) creando un régimen de excepción enfrente al artículo 33 de la Ley 14 de 1983, pero en lo demás, no consagró ninguna excepción, o sea que lo previsto en el artículo 37 relacionado con la tarifa del 15% es aplicable a las entidades del sector financiero.

Anota la parte recurrente que: La Ley 75 de 1986 en su artículo 78 definió la situación y adicionó la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1333 de 1986 precisando expresamente que al sector financiero también se le liquidará y cobrará el impuesto de avisos y tableros, con lo cual se hace expresa la voluntad del legislador de no consagrar el pretendido beneficio tributario para el sector financiero.

—Finalmente alega que en el evento de que se considerase ilegal el Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá por considerar que según la Ley 14 de 1983 no se consagró el impuesto de avisos y tableros para el sector financiero, con la expedición de la Ley 75 de 1986 se operó la purga de su ilegalidad por haber recibido respaldo legal posterior a su expedición.

#### *Alegatos finales:*

##### *1. De la parte actora.*

Los actores consideran que debe confirmarse la sentencia recurrida por las siguientes razones:

—En cuanto al anticipo, insisten en que el impuesto de industria y comercio se causa por el período gravable correspondiente al año calendario inmediatamente anterior a aquél en que se presenta la declaración y por ello, no podía el Concejo de Bogotá, “anticipar su recaudación”, sin violar el artículo 197, ordinal 2º de la Constitución Nacional, toda vez que “...sus competencias normativas tributarias” son limitadas en su contenido a lo dispuesto por la ley y no puede hacer exigible una obligación tributaria con antelación a los hechos generadores de la misma, porque “carece de competencia objetiva para variar la exigibilidad y configuración de las obligaciones de los contribuyentes, previstas en la ley”.

Y descartan como fuente de esa competencia el artículo 183 de la Constitución Nacional, porque la autonomía para administrar sus bienes es aplicable a las rentas que conforman su patrimonio fiscal pero, el producto de los impuestos se convierte en renta cuando nace para el ente administrativo el derecho a exigirlos y no antes.

—Con relación a las tarifas aplicables para el año de 1983, se remiten a las consideraciones del *a quo* en el fallo apelado fundamentadas en la exposición de motivos de la Ley 14 de 1983.

--En cuanto al impuesto de avisos y tableros anotan que no se trata de un beneficio fiscal o exención para el sector financiero, sino de su "no sujeción al citado tributo".

Afirman que la actividad del sector financiero, no aparece contemplada por el hecho imponible del impuesto complementario de avisos porque éste está descrito en el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, y no se incluye expresamente la actividad financiera, la cual, para el régimen del impuesto de industria y comercio se diferencia de la actividad comercial y de la de servicios.

Y agregan que:

Contemplando el ámbito objetivo y subjetivo del hecho imponible, lógicamente que lo que queda por fuera del hecho imponible es el ámbito del no sujeto. Las actividades gravadas son las industriales, comerciales y de servicios que coloquen los avisos de propaganda en sus negocios (arts. 37, Ley 14 de 1983; y 1º, Ley 97 de 1913). Y estas actividades de otra parte están definidas en la misma Ley 14 de 1983, en sus artículos 34, 35 y 36, dentro de cuya enunciación no puede encuadrarse el sector financiero que tiene su propia definición en el artículo 43 y en capítulo separado.

"Lo anterior indica que el Concejo, al seguir estrictamente la norma legal sobre el impuesto de industria y comercio al sector financiero, no podía hacerle extensivo el gravamen de avisos contemplado para hechos imponderables diferentes y para sectores diferentes al financiero".

—No comparten la tesis de la purga de ilegalidad realizada con base en la expedición del artículo 78 de la Ley 75 de 1986, por considerarla inaplicable al caso de autos, en cuanto no ha habido cambio de la norma constitucional que resultó violada por el acto demandado y porque "...una norma que establece un impuesto municipal o distrital, sin previa autorización legal para hacerlo, continúa siendo violatoria de la Constitución Nacional, razón por la cual no puede purgar su vicio jurídico mientras no haya sido reformada la Constitución Nacional en el sentido de permitir a los municipios y al Distrito Especial establecer libremente sus impuestos".

Agregan que la Ley 75 de 1986, no puede aplicarse retroactivamente, "razón por la cual los acuerdos distritales que hayan establecido impuestos con anterioridad a la ley que los autoriza para hacerlo, no pueden considerarse válidos".

Y precisan que tan cierto es lo anterior, que luego de expedida la Ley 75 de 1986, el mismo Concejo Distrital expidió el Acuerdo número 15 de 1987, por medio del cual se adicionó el Acuerdo 21 de 1983 en su artículo 25, en el sentido de establecer el impuesto de avisos para el sector financiero de acuerdo con la Ley 75 de 1986;

lo cual indica que dicha ley no era suficiente para convalidar el Acuerdo 21 de 1983 en cuanto estableció un impuesto de avisos para el sector financiero y así lo entendió el Concejo de Bogotá.

## 2. De la entidad demandada.

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, en esta oportunidad procesal reiteró los argumentos y fundamentaciones propuestas al sustentar el recurso de apelación para solicitar la revocatoria del fallo recurrido.

### *El concepto fiscal:*

La señora Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo, luego de un cuidadoso estudio, solicita se revoque la sentencia apelada, con base, en los siguientes argumentos:

—Considera que el anticipo es simplemente un mecanismo de recaudo para cuya reglamentación tienen competencia los cabildos, no obedece al concepto de impuesto, ni constituye elemento de él, pues siendo una forma de recaudo no varía los elementos de la obligación tributaria ya que el pago de un impuesto por anticipado genera un crédito a favor del contribuyente descontable del impuesto determinado en el año siguiente.

Precisa que las normas citadas como violadas se relacionan con la base gravable y con la tarifa, o sea con la forma de liquidación del gravamen y que el anticipo no modifica la base gravable ni la tarifa del impuesto sino que es una forma de recaudo y por ello no se da la alegada violación, declarada por el tribunal.

Anota que tanto los demandantes como el tribunal “confunden conceptos que en materia tributaria tienen precisos y diferentes significados. Si bien la determinación o liquidación del tributo está íntimamente relacionado con su causación, los dos son fenómenos diferentes. Para que se entienda causado un impuesto se requiere de la verificación del hecho imponible (causación material) y de la vigencia de la ley impositiva (causación formal), mientras que su determinación no obstante que requiere la causación del tributo, depende de factores diferentes: La base imponible (unidad de medida del hecho imponible) y el tipo impositivo (tarifa).

“Por su parte el proceso de recaudo del gravamen es totalmente diferente e independiente del proceso de liquidación y de la causación del tributo y puede ser posterior, concomitante y aún anterior a ellas.

“En los impuestos de período la causación material ocurre durante el respectivo período, la formal a su vencimiento y la liquidación se practica luego de ocurrida esta última, pero ello no impide que el

recaudo del gravamen pueda efectuarse antes de vencerse el período, teniendo en cuenta su causación material como en el caso de la retención en la fuente, o la causación formal del período anterior, como ocurre con el anticipo.

“De manera que no puede afirmarse en nuestro sentir, que al deducirse de los textos de los artículos 33 y 43 de la Ley 14 de 1983 que el impuesto de industria y comercio se causa formalmente el 31 de diciembre de cada año y que su liquidación debe efectuarse en el año siguiente, también debe deducirse que estos artículos proscriben el establecimiento del método indirecto de recaudación conocido como ‘anticipo’”.

Cuestiona la afirmación del *a quo* de que el anticipo es una “liquidación anticipada del impuesto”, porque el anticipo es un adelanto del impuesto que se determinará posteriormente cuando se liquide, sobre la base gravable y con la tarifa establecida por la ley y no se trata de la liquidación anticipada del impuesto del año siguiente, sino la liquidación de un anticipo del impuesto y unos son los factores de determinación del anticipo y otros los de determinación del tributo futuro.

Por todo lo anterior considera que el acto demandado no es violatorio de los artículos 33 y 43 de la Ley 14 de 1983 que señalan la base gravable y la tarifa del impuesto de industria y comercio, ni de los artículos 197, ordinal 2º de la Constitución Nacional, 169 ordinal 2º de la Ley 4ª de 1913 y 13 ordinal 2º del Decreto 3133 de 1968.

—En cuanto a las tarifas aplicables para 1983 precisa que la discusión en este punto

“...gira en torno a la diferencia entre la estructura gramatical del artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983 y la del artículo 43 de la Ley 14 de 1983, toda vez que en el primero se reemplazó la preposición ‘*por*’ utilizada en la norma legal, por la preposición ‘*en*’, de lo cual deducen los accionantes que se varió el significado de la ley”.

Y luego del análisis de los textos normativos concluye:

“Pero olvidan los libelistas, que así como la lectura literal del artículo 43 de la Ley 14 de 1983 no fue útil para realizar su debida interpretación, tampoco lo es para la norma municipal; y que si la Ley 14 hizo sinónimas para sus efectos las preposiciones ‘*en*’ y ‘*por*’ toda vez que las utilizó con idéntico significado para regular las tarifas respecto del año de 1983 y la de los siguientes, el acuerdo, podía hacer la misma equivalencia utilizando la preposición *en* en lugar de *por* sin incurrir en violación alguna de la ley ni variar su significado. Al escoger la preposición *en* para regular las dos situaciones: Tarifa para 1983 y tarifa para los años siguientes a éste, le dio igual significado al que le dio el legislador al hacerla sinónima de la preposición *por*.”

“Así lo entendió la misma administración como claramente lo manifiesta su representante judicial en el escrito de apelación —fl. 223—.

“No prospera por tanto en nuestro sentir, la nulidad impetrada en este punto”.

—Con relación al tema de impuesto de avisos y tableros para el sector financiero precisa que el impuesto de industria y comercio tiene como materia imponible la actividad industrial, comercial o de servicios y “que su verificación imputable a determinado sujeto es lo que causa el nacimiento de la obligación, por tanto lo que grava la ley en el caso de las entidades financieras no es la naturaleza del sujeto pasivo sino la actividad de servicio de intermediación financiera que ellos desarrollan y que, al tenor del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, constituye materia imponible”.

Por lo anterior, agrega que los Capítulos II y III de la Ley 14 de 1983 no se ocupan de materias distintas y las normas del primero son aplicables a quienes desarrollen actividades industriales, comerciales o de servicios puesto que se refieren a un mismo impuesto y se trata de normas generales aplicables también al sector financiero, menos, en lo expresamente exceptuado.

Sin embargo, anota que la expedición de la Ley 75 de 1986, lleva a una interpretación contraria, toda vez que en su artículo 78 adicionó la Ley 14 de 1983, por cuanto en ésta no se contempló a las entidades financieras como sujetos pasivos del impuesto de avisos y tableros.

Finalmente anota:

“En este entendimiento, el honorable Consejo de Estado en sentencia de abril 22 de 1988 —Sección Cuarta, Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn, expediente 1244, actor: Asociación Bancaria— concluyó que el artículo 106 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá en cuanto impuso a las entidades del sector financiero la obligación de pagar el impuesto de avisos y tableros carecía a su expedición de respaldo legal, pero denegó su anulación porque a partir de la vigencia de la Ley 75 de 1986 se produjo el fenómeno jurídico de purga de legalidad.

“En estas condiciones la Fiscalía considera que igual sucede con los artículos 101 y 102 impugnados en esta oportunidad y que por ello, con la aclaración de su vigencia, se debe negar su anulación.

“Por las consideraciones anteriores, la Fiscalía solicita comedidamente a la honorable Sala *revoque* la sentencia apelada y no acceda a las súplicas de la demanda”.

#### *Consideraciones de la Sala:*

Los temas controvertidos en el presente proceso fueron precisados en la sentencia apelada, en el recurso de apelación, en los me-

moriales de oposición al mismo y en el concepto de la señora Fiscal Sexta de la Corporación.

Respecto de cada uno de ellos la Sala considera:

1º *Anticipo del impuesto de industria y comercio.*

La Ley 14 de 1983 al regular el impuesto de industria y comercio precisó sus elementos esenciales así:

1. Sujeto activo: El municipio en donde se realice la actividad industrial, comercial o de servicios (art. 32).

2. Sujeto pasivo: Las personas naturales, las personas jurídicas o las sociedades de hecho que ejerzan las actividades industrial, comercial o de servicios (art. 32).

3. Materia imponible: Las actividades industriales, comerciales o de servicios (art. 32).

4. Base gravable: El promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior (art. 33).

Como lo anota la parte actora, no reguló lo relacionado con su recaudo y siendo los municipios los sujetos activos del impuesto de industria y comercio, de acuerdo con las competencias constitucionales y legales, corresponde a sus autoridades locales y concretamente a los concejos, en ejercicio de una atribución subordinada, regular lo relacionado con el cobro y recaudo del impuesto y en general con su administrador, tal como se había dispuesto en la Ley 97 de 1913, artículo 1º, y Ley 4ª de 1913, normas que no fueron modificadas por el legislador en 1983 y que posteriormente fueron reiteradas en la Ley 55 de 1985, cuando en su artículo 62 dispuso:

“Para efectos de la correcta liquidación y pago del impuesto de industria y comercio, los Concejos municipales expedirán los acuerdos que garanticen el efectivo control y recaudo del mencionado impuesto”.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, bien podía expedir las normas tendientes a regular los aspectos relativos a la administración del impuesto de industria y comercio y entre ellos lo relacionado con la forma de su recaudo.

Es que no puede confundirse la competencia para crear un impuesto o facultad impositiva, con la relacionada con su administración como consecuencia de la autonomía administrativa y financiera que la misma Constitución Nacional reconoce a las entidades territoriales.

En reiteradas oportunidades, el Consejo de Estado, ha precisado el alcance de las competencias que la Constitución en sus artículos 43 y 197 atribuye a los Concejos Municipales y ha distinguido entre lo

que es *la creación del impuesto*, la cual corresponde a dichas corporaciones de acuerdo con lo previsto en la ley y las ordenanzas y *la administración del impuesto*, la cual sí debe ser regulada por la correspondiente autoridad administrativa a la que le corresponde velar por los intereses y bienes de la entidad territorial, es decir es competencia de los Concejos municipales en su carácter de corporaciones administrativas.

Por lo demás, la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos es una clara actividad administrativa, tal como la consagra la Constitución Nacional al atribuírsela a la suprema autoridad administrativa, el Presidente de la República, según lo dispuesto en el ordinal 11 del artículo 120.

Establecido lo anterior, resulta pertinente precisar si a través del acto demandado, al establecer el anticipo para el impuesto de industria y comercio se estaba ejerciendo esa facultad de "administrar", y regular el cobro del impuesto que había sido creado por la ley, y si dicho acto resulta violatorio, como lo aceptó el *a quo*, del artículo 197, ordinal 2º de la Constitución Nacional, de los artículos 33 y 43 de la Ley 14 de 1983, del artículo 169, ordinal 2º de la Ley 4ª de 1913 y del artículo 13, ordinal 2º del Decreto-ley 3133 de 1968.

El anticipo es una forma de recaudo que implica el cobro anticipado de una parte del impuesto futuro, que se constituye en un crédito a favor del contribuyente a buena cuenta de su obligación tributaria futura. Es un abono que se hace de un gravamen eventual y probable y constituye un cobro anticipado.

Si esta es la naturaleza del anticipo, no puede confundirse con el impuesto mismo y es independiente de la causación del tributo, de su liquidación y de su base gravable.

En efecto, el anticipo es un recaudo adelantado de un impuesto no causado ni material, ni formalmente y por eso se funda en un hecho hipotético y probable, para el caso del impuesto de industria y comercio la realización de la actividad gravada en el año siguiente.

Además, el anticipo no afecta el impuesto mismo, ni su liquidación y puede ser anterior a su causación, toda vez que es una consignación anticipada a buena cuenta del valor de la obligación tributaria futura.

No puede, entonces, afirmarse que se está creando un impuesto, ni que se está modificando su liquidación y la base gravable, sino que cuando se consagra el anticipo se está "administrando" el impuesto al precisar la forma preliminar de su cobro y recaudo.

El hecho de que, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la Ley 14 de 1983 no hubiera consagrado la figura del anticipo, no implica que el Concejo del Distrito Especial de Bogotá al establecerlo como

mecanismo de recaudo, violara el artículo 197 de la Constitución Nacional, el artículo 169, ordinal 2º de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 13, ordinal 2º del Decreto 3133 de 1968, ya que se trataba simplemente de la administración del impuesto y concretamente de su recaudo, para lo cual las mismas normas citadas como violadas le dan facultades y en cuanto a los artículos 33 y 43 de la Ley 14 de 1983, tampoco fueron desconocidos por el acto acusado ya que como bien lo anota la colaboradora fiscal dichos artículos se refieren a materias diferentes como son la base gravable y las tarifas del impuesto, las cuales no se modifican al regularse el anticipo.

Finalmente, precisa la Sala que el argumento de la demanda, aceptado por el *a quo*, según el cual si el impuesto de industria y comercio debe liquidarse con base en los ingresos brutos del año *anterior*, no es posible su pago anticipado, no resulta válido ya que como se precisó, el anticipo no afecta al impuesto, ni su liquidación, ni su base gravable y por ello bien podía el Concejo del Distrito Especial de Bogotá consagrarlo como un instrumento de cobro del impuesto de industria y comercio.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que en este aspecto debe prosperar el recurso de apelación.

2º *Tarifas del impuesto de industria y comercio aplicables para 1983:*

No comparte la Sala el planteamiento de la demanda, aceptado por el *a quo*, cuando afirma que el artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983, al cambiar la preposición "*por*" usada en la ley y utilizar la preposición "*en*", modificó las tarifas del impuesto de industria y comercio para el año gravable de 1983.

Y no se comparte, porque de la lectura cuidadosa del artículo 43 de la Ley 14 de 1983 se concluye que cuando el legislador estableció que "... las demás entidades reguladas por la presente ley (pagarán) el cuatro por mil ( $4 \times 1.000$ ) *en* 1983, hizo referencia al impuesto *causado en 1983* y no al impuesto causado en 1982 cuyo valor sería cancelado en 1983, como lo entiende el *a quo*. Y es que no podía hacerlo, toda vez que la ley empezó a regir el 6 de julio de 1983 y mal podía regular una vigencia fiscal ya expirada.

El mismo artículo 43 de la Ley 14 de 1983, más adelante, al establecer la tarifa del impuesto de industria y comercio para las vigencias fiscales de 1984 y siguientes ya no utilizó el término "*en*", sino que dijo "... *por* los años siguientes...".

Pero, como bien lo anota la señora Fiscal Sexta en su concepto de fondo, en ambos casos se hacía referencia al año de causación del impuesto y no a la fecha de su pago, tal como de manera inequívoca lo define la parte final del mismo artículo 43 cuando dispone "... sobre

los ingresos u operaciones anuales liquidados a 31 de diciembre *del año inmediatamente anterior al del pago*" (Se subraya).

Por su parte, el artículo 99 demandado, al regular las tarifas del impuesto de industria y comercio dispuso que "...las demás entidades reguladas en el capítulo (pagarán) el cuatro por mil ( $4 \times 1.000$ ) anual en 1983 y el cinco por mil ( $5 \times 1.000$ ) anual en los años siguientes...".

Con el mismo criterio citado con que la Sala interpreta el artículo 43 de la Ley 14 de 1983 ha de interpretarse el artículo demandado y si bien con rigor gramatical cuando se habla de "pagos" que deben hacerse "en" se estaría haciendo referencia a la fecha de los pagos, el artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983, cuando utilizó la preposición "en", como sinónimo de "por" le dio el mismo alcance que le dio la Ley 14 de 1983, alcance que por lo demás es el que el mismo Distrito Especial de Bogotá le ha dado, al considerar que tanto la Ley 14 de 1983 (art. 43) como el Acuerdo 21 de 1983 (art. 99) determinaron una tarifa del cuatro por mil ( $4 \times 1.000$ ) para el año de 1983.

Así las cosas, no procedía la anulación del artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983 y por ello también en este aspecto prosperará el recurso de apelación.

### 3º Impuesto de avisos y tableros para el sector financiero.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de:

—El Título del Capítulo VIII del Acuerdo 21 de 1983 en los términos:

*"Avisos al sector financiero"*.

—La frase *"y avisos por ingreso operacional total"* del artículo 101 del Acuerdo 21 de 1983.

—La expresión *"y avisos"* (sic) del artículo 102 del Acuerdo 21 de 1983, por considerar que el Cabildo Distrital se extralimitó en sus funciones al hacer extensivo el impuesto de avisos y tableros al sector financiero.

A juicio de la Sala, en este aspecto el fallo ha debido ser inhibitorio por las siguientes razones:

El Capítulo VIII del Acuerdo 21 de 1983 se titula *"impuesto de industria, comercio y de avisos al sector financiero"*, en el artículo 106 se establecen "como sujetos de este impuesto los establecimientos de crédito, instituciones financieras, compañías de seguros y reaseguradoras...", y en otros de los varios artículos que lo conforman, tales como los números 100, 101, 102, 105, se utilizan iguales términos cuando se hace referencia al denominado impuesto de industria, comercio y avisos.

Pero, los términos demandados y anulados, a juicio de la Sala, no contienen una decisión que permita considerarlos como actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En efecto, los términos, "*avisos al sector financiero*" y que forman parte del Título del Capítulo VIII del Acuerdo número 21 de 1983, no contienen ninguna normatividad, ni decisión de la administración, más cuando ni siquiera forman parte del texto que conforma una disposición o artículo.

Bien podría suprimirse todo o parte del citado título y en nada se modifica la regulación contenida en el acuerdo cuestionado.

Tampoco los términos "... *y avisos por ingreso operacional total* ..." (art. 101) contienen decisión administrativa alguna, ya que concretamente la palabra avisos forma parte de la denominación del impuesto.

Y los términos "*y avisos*" del artículo 102 del acuerdo demandado, tampoco son un acto administrativo demandable por cuanto aisladamente como fueron demandados no contienen ninguna decisión o manifestación de voluntad de la autoridad administrativa que permita considerarlos como un acto administrativo.

En los términos de la demanda, se cuestionan exclusivamente los términos anulados y no los artículos de que ellos forman parte, pero esta jurisdicción no puede pronunciarse respecto de simples "términos" que no configuran un verdadero acto administrativo.

Observa la Sala que el impuesto de avisos y tableros para el sector financiero, cuestionado en la demanda, al impugnar los términos a que se ha hecho referencia, fue consagrado como ya se anotó, de manera expresa en el artículo 106 del mismo Acuerdo 21 de 1983 y este artículo es entonces la norma sustantiva la cual fue objeto ya de pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia de 22 de abril de 1988 expediente número 1244 y los términos demandados simplemente se refieren a la denominación del impuesto y en sí mismos no contienen decisión o normatividad y no constituyen, por lo tanto, verdaderos actos administrativos.

Por otra parte, dichos términos no sólo fueron incluidos en los artículos a que se refiere la demanda, sino también en otros no controvertidos en el presente juicio, tales como los artículos 100 y 105, por lo cual si fuera posible un pronunciamiento de fondo sobre los demandados, quedarían vigentes los demás.

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

*Falla:*

—Revócase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de junio de 1987.

—Deniéganse las súplicas de la demanda con relación a la anulación de los artículos 40 y 99 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

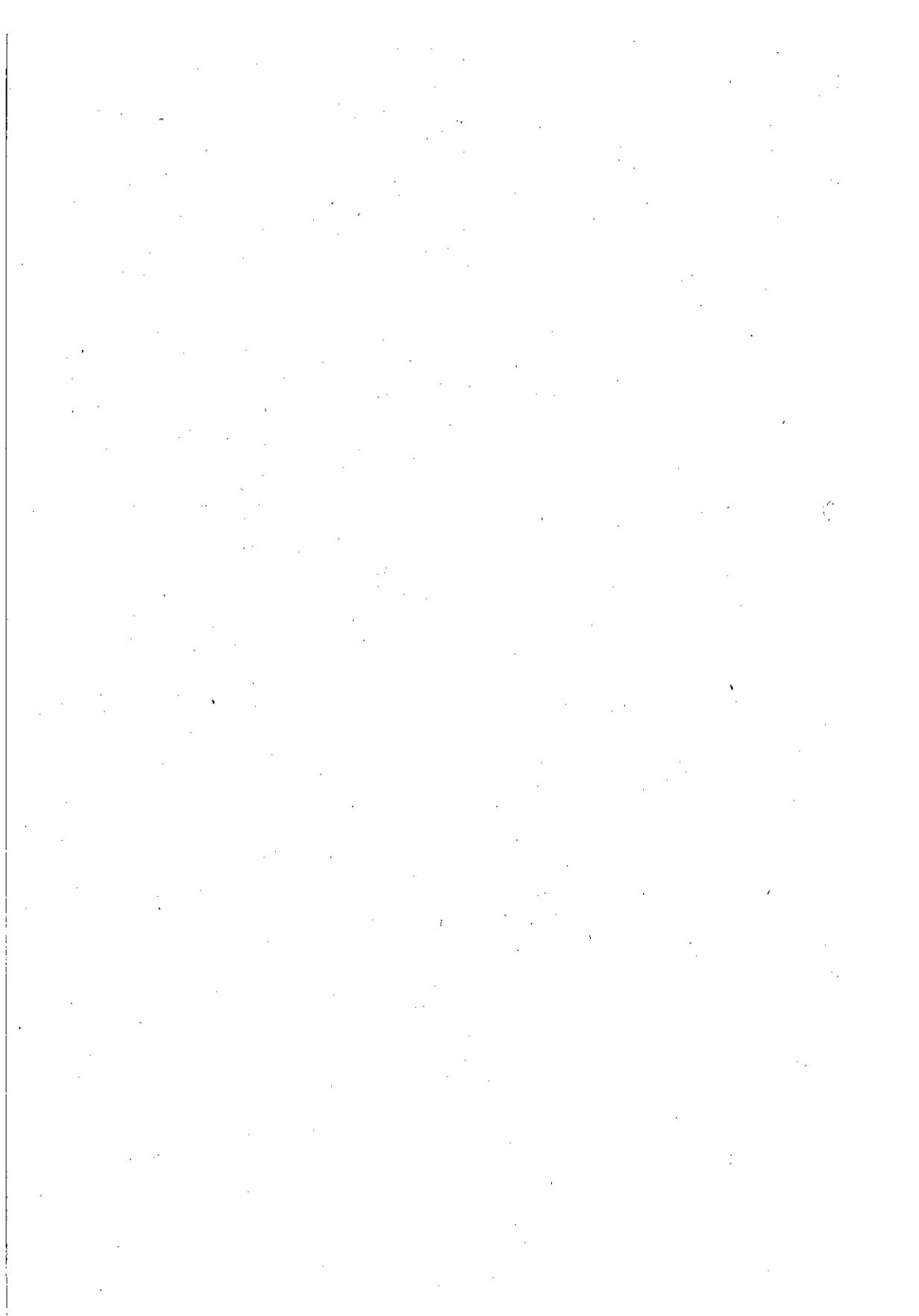
—Declárase inhibido para pronunciarse sobre la legalidad de los términos "*avisos al sector financiero*" del Título VIII, "*avisos por ingreso operacional total*" del artículo 101 "*y avisos*" del artículo 102, del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

*Judith López Díaz*, Secretaria (E).



# INDICES

REDCROSS

# INDICE ANALITICO ALFABETICO

## SEGUNDO SEMESTRE 1989

### A

Págs.

#### **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO DE CARACTER GENERAL - Procedencia**

No fue menester la expedición de un acto de carácter particular para que se afectara la situación del actor, y que el supuesto desconocimiento de derechos que él alega, provino directamente de un acto de carácter general como fue el que suprimió el cargo que ocupaba (Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2844. Actor: Oscar Puentes Villamizar). ... 944

#### **ACCION CONTRACTUAL / CADUCIDAD**

La acción relativa a contratos, bien sea de reclamación directa o de impugnación de un acto contractual (no separable, se entiende), tendrá el plazo de caducidad que en forma clara le señala el inciso 7 del artículo 136 del C. C. A., es decir, a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella (Sentencia de octubre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5655. Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda.). 856

#### **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD - Término / ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecución**

La ley determina específicamente los casos en los cuales la administración debe adoptar decisiones que atañen al cumplimiento de sus funciones, las que han de ejecutarse inmediatamente, de tal suerte que los administrados no pueden obstaculizar esa determinación so pretexto de una presunta defensa de derechos subjetivos. La providencia que a tal materia se refiera, no necesita de publicación, notificación o comunicación para que entre a hacerse efectiva su "operatividad ejecutoria" (Auto de septiembre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4481. Actor: José Francisco Monroy Mesa). ... 475

**ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / ACCION DE NULIDAD - Im-  
procedencia / IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS**

Los términos demandados y anulados, a juicio de la Sala, no contienen una decisión que permita considerarlos como actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se cuestionan exclusivamente los términos anulados y no los artículos de que ellos forman parte, pero esta jurisdicción no puede pronunciarse respecto de simples "términos" que no configuran un verdadero acto administrativo. El impuesto de avisos y tableros para el sector financiero, fue consagrado de manera expresa en el Acuerdo 21 de 1983, ésta sí norma constitutiva que ya fue objeto de pronunciamiento del Consejo de Estado (Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Oleos. Expediente número 1878. Actores: Juan Rafael Bravo y Lucy Cruz de Quiñónez). . . . . 1136

**ACTO PREPARATORIO / SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION  
/ CARRERA JUDICIAL**

El acto acusado (decisión de convocar a concurso para ingreso a la carrera judicial), reviste nitidamente la condición de acto preparatorio, pues con la expedición del mismo se inició la actuación administrativa tendiente a la selección de los cargos para proveer las plazas de Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Salvamento de voto del Conjuez Pedro Charria Angulo, al auto de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz). . . . . 924

**ACTO DEFINITIVO / ACTO DE TRAMITE / SUSPENSION PROVISIONAL  
/ CARRERA JUDICIAL - Bases del concurso**

La decisión de convocar a concurso para ingreso a la carrera judicial, y señalar las bases del mismo es definitiva, por ende, si se pretendía obtener la suspensión provisional se ha debido invocar, dentro del ejercicio de la acción de nulidad, el artículo 152 del C. C. A. (Auto de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. Con salvamento de voto del Conjuez doctor Pedro Charria Angulo). . . . . 919

**ACTO SEPARABLE - Inexistencia / DERECHO INTERNACIONAL - In-  
vitaciones**

La Sala no encuentra en las "invitaciones" la connotación de acto administrativo separable que den lugar a la acción instaurada, en tanto no son decisión o actuaciones que puedan considerarse integrantes del proceso contractual. Tales "invitaciones" usuales en la práctica del comercio internacional y diplomático no tienen otro objetivo que el despertar el interés de los gobiernos o naciones a los

cuales se dirige, pero sin ninguna consecuencia vinculante respecto a la futura contratación dado el carácter unilateral amistoso empleado en las notas respectivas (Auto de agosto 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1020. Actor: Alvaro Escobar Henríquez. Con salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez, fechado el 13 de octubre de 1989). . . . . 447

#### *ACTO COMPLEJO / ICEL - Estatuto de personal*

El acto administrativo que apenas es expresión de la voluntad de un órgano administrativo (por el cual se adopta un Estatuto de personal) requiere, como complemento la expresión de voluntad de otro órgano para que, con este nuevo acto forme una unidad llamada acto complejo, el que se define como aquel en el cual la declaración de voluntad se forma con la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquélla. No habiéndose emitido el segundo, o los demás que fueren necesarios, según el caso, el primero al no poder producir efectos jurídicos, se torna inimperativo, se vuelve inexistente (Sentencia de 16 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2371. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves). . . . . 727

#### *ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad*

Por tratarse de un acto de contenido general, sólo obliga en virtud de su publicación o promulgación en el Diario Oficial. DECRETA LA NULIDAD del artículo 28 de la Resolución número 00990 de 1984 (noviembre 8) de la Superintendencia de Control de Cambios, en cuanto dispuso: "La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y su inobservancia por parte de los funcionarios constituye causal de mala conducta" (Sentencia de septiembre 4 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1493. Actora: Catalina Botero Marino. Con aclaración de voto del doctor Jaime Abella Zárate). . . . . 809

#### *ACTO ADMINISTRATIVO - Notificación*

No es posible suponer que la notificación se llevó a cabo oportunamente, por la circunstancia de no aparecer prueba alguna de ella, porque la misma ley se encarga de ordenar lo contrario y conforme a lo que se establecía el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959. Al no haber sido notificado el acto no puede producir efectos, y en consecuencia, no puede ser anulado ni, obviamente puede sostenerse que haya caducado la acción (Sentencia de agosto 23 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 1030. Actor: Alvaro León Linares). . . . . 801

**ACTO POLITICO - Relaciones internacionales / CONTROL JURISDICCIONAL - Acto político**

Los actos jurídicos internacionales de la administración pública, no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno, que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo (Auto de septiembre 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1144. Actor: Germán Cavellier). . . . . 479

**ADJUDICACION DE BALDIOS - Revocatoria / CADUCIDAD**

Tanto en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, como en el 16 de la Ley 4ª de 1973, se habló de que el INCORA podía ejercer la facultad de revocar los actos de adjudicación de baldíos dentro de los dos años de que trata este artículo. Este término era el mismo que la ley confería para pedir jurisdiccionalmente la nulidad del acto de adjudicación. El término de dos años se aplicaba no sólo para las demandas de nulidad de los actos de adjudicación, sino para que el INCORA pudiera ejercer su facultad revocatoria (Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3408. Actor: José Antonio Mejía Campelo). . . . . 887

**AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR / IMPORTACION DE VEHICULOS**

Si por alguna circunstancia no se cumplen los requisitos exigidos en el Decreto 3518 de 1980 resulta ilegal autorizar la importación directamente de otro país, cuando ya terminó la vinculación del funcionario. Ni el Ministerio de Relaciones Exteriores, ni ningún funcionario de esa dependencia, está facultado para exonerar del cumplimiento de requisitos previstos en normas superiores, ni para obligar a otras entidades a infringir la ley (Sentencia de 11 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1673. Actor: Gamaliel Franco Loaiza). . . . . 509

**AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR / IMPORTACION DE VEHICULOS**

Los automóviles que se permite importar al país por los agentes diplomáticos y consulares, no están sometidos a ningún precio máximo. Luego no es dable que se establezca alguno, por Circulares. SE DECLARA LA NULIDAD de la Circular P/C410 de 2 de octubre de 1986 y de la Circular P/C246 de julio de 1987, emitidas por el señor Director General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores (Sentencia de diciembre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 898. Actor: Sociedad Autogermana S. A.). 883

**AMNISTIA TRIBUTARIA**

No habiendo la ley establecido que el contribuyente sólo podrá acogerse a la amnistía tributaria al formular oportunamente su denunciación rentística por 1986, es lógico concluir que también lo puede hacer cuando se haga en forma extemporánea o con ocasión de la corrección en la oportunidad legal establecida en la norma demandada (Sentencia de septiembre 4 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 2015. Actor: Mauricio Alfredo Plazas Vega). . . . . 225

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades / SECRETARIO DE CONTRALORIA - Nombramiento**

La Asamblea en ningún caso podrá reservarse la elección de funcionarios cuyo nombramiento está asignado a otras autoridades, como ocurre con los agentes del gobernador, los secretarios y los subalternos de la Gobernación y los propios funcionarios subalternos del Contralor y de los auditores departamentales. SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º de la Ordenanza número 01 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá (Auto de 6 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1316. Actor: José Antonio Galán Gómez). 956

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Competencia / FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL / IMPUESTO AL TABACO - Improcedencia / IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS - Sanción por mora**

Las asambleas departamentales están autorizadas para disponer la emisión de estampillas pro-electrificación rural pudiendo determinar su empleo, tarifas discriminatorias y todo lo relacionado con su uso obligatorio. Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre las guías y tornaguías (permisos) de importación y exportación de tabaco. Como sanción por la no cancelación oportuna de los impuestos al consumo de cigarrillos la ley prevé el pago de intereses moratorios. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 67 del Decreto 457 de 1988, en la primera parte que dice: "...pero el respectivo permiso o guía de exportación llevará estampilla de previsión social por valor de \$200". Así mismo en relación con el inciso 2º del artículo 160 del mismo decreto. Respecto al artículo 159 SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la norma en lo referente a cigarrillos (Auto de 14 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1280. Actor: Francisco Javier Llano Rodríguez). . . . . 1013

**AUTORIDADES DE TRANSITO / AUTORIDADES DE TRANSPORTE / INTRA / COMPETENCIA / PLACAS - Suministro**

La fabricación, el suministro y la entrega de placas como documentos de tránsito son funciones que únicamente pueden ser ejerci-

dos por las autoridades del ramo. La disposición según la cual la Junta Directiva del INTRA fijará el valor de la Placa Unica Nacional está confiriendo, en contra de la Carta Fundamental, atribuciones propias del Congreso Nacional, de las Asambleas y de los Concejos Municipales, en cuestiones de tránsito, a una autoridad de transporte, ya se trate el valor de dicha Placa Unica de una contribución, de una tasa o de un impuesto, tributo o expensa, toda vez que tal valor es de resorte del sistema tributario de rentas del Estado, de lo fiscal y presupuesto, que solamente compete señalar a aquellos tres órganos de los órdenes nacional, departamental y municipal. El Ministro de Obras Públicas no es "el gobierno" y el INTRA no es autoridad del "ramo" de tránsito. SE SUSPENDEN PROVISIONALMENTE los efectos del artículo 1º, literales a), b), c), e), f), g), h), i) y j), del Decreto reglamentario número 1147 de 1971 "por el cual se reglamenta el Código Nacional de Tránsito Terrestre". Inciso primero y párrafo 2º del artículo 2º y el artículo 3º del Decreto reglamentario número 2199 de 25 de octubre de 1988. Resoluciones 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989, dictadas por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, en su totalidad (Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala Unitaria. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1274. Actor: Pablo Cáceres Corrales). . . . . 365

#### AVIANCA - Naturaleza jurídica

La empresa tiene el carácter de sociedad anónima y será siempre de nacionalidad colombiana de acuerdo con la ley (Sentencia de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—). . . . . 834

## B

#### BONOS DE VALOR CONSTANTE PARA SEGURIDAD SOCIAL / VIVIENDA POPULAR / BANCO CENTRAL HIPOTECARIO / COMPETENCIA

Si se facultó al Banco Central Hipotecario, como administrador de los fondos originados en bonos de valor constante, para financiar urbanizaciones populares, la norma reglamentaria configuró tal facultad en su claro alcance vinculando al objeto de los préstamos la construcción de dependientes y servicios comunales, de la comunidad que los necesite, o sea la de urbanización financiada por el Banco (Concepto de 11 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 314. Publicación autorizada mediante oficio 915 de 9 de noviembre de 1989). . . . . 120

## C

**CARRERA JUDICIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Administración**

Para la administración de la carrera, la autoridad máxima corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación de manera autónoma y, por otra parte, a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público, no al Procurador General, le corresponde la facultad específica de brindar el apoyo técnico, administrativo y operativo de la misma. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 1º y su párrafo; 2º y su párrafo; 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y su párrafo transitorio, 9º y 10 de la Resolución número 150 de 26 de julio de 1989, expedida por el Procurador General de la Nación (Auto de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala Unitaria. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4671. Actor: Jaime Alfonso Jiménez). . . . .

910

**CARRERA JUDICIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Administración**

Para la administración de la carrera, la autoridad suprema corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación y, por otra parte que el Procurador Delegado para el Ministerio Público tiene señalada la función específica de aportar el apoyo técnico, administrativo y operativo. La delegación hecha al Procurador Delegado por el Procurador General para la calificación de servicios de los fiscales constituye un desconocimiento evidente del precepto legal (NOTA DE RELATORIA: Con los mismos argumentos fue DECRETADA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º a 6º de la Resolución número 124 de diciembre 6 de 1988, expedida por el señor Procurador General de la Nación, en auto de agosto 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 4232. Actor: Jaime Alfonso Jiménez) . . . . .

899

**CARRERA ADMINISTRATIVA / SELECCION / CONVOCATORIA A CARRERA / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL - Participación**

Como parte integrante de la selección, la convocatoria debe ser realizada por el organismo que va a hacer la incorporación del personal, a través de la correspondiente unidad de personal; eso sí, comunicando de inmediato al Departamento Administrativo del Servicio Civil para que esta entidad efectúe la correspondiente publicación en el boletín informativo. La función principal de este organismo es la de asesorar a las entidades de la Rama Ejecutiva en el manejo de personal a su servicio, pero sin inmiscuirse en sus propias decisiones (Concepto de septiembre 21 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 315.

Consulta formulada por el Gobierno Nacional. Publicación autorizada mediante Oficio 8395 de septiembre 26 de 1989). . . . . 71

**CLAUSULA DE CADUCIDAD - Efectos / GARANTIA DE CUMPLIMIENTO - Exigibilidad**

La resolución de caducidad, así sea por incumplimiento, no permite en todos los casos la exigibilidad de la garantía de cumplimiento en los términos convenidos en el contrato. Esta sólo será exigible contra el contratista y su garante, también por jurisdicción coactiva, luego de la liquidación del contrato y cuando de ella resultaren obligaciones a su cargo (Sentencia de noviembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5253-5298. Actor: Seguros del Comercio S. A.). . . . . 992

**CODIGO DE PETROLEOS - Sanciones / MULTA**

Cuando el artículo 67 del Código de Petróleos habla, para fines de la multa en él contemplada, que hay lugar a ella cuando se incumplan obligaciones consagradas en el Código de Petróleos, éste lo será no sólo el estatuto de 1953 (Decreto 1056) sino también toda la normatividad que lo complementa, cual es en el evento *sub lite* la Ley 10 de 1961 y su Decreto reglamentario 1348 de 1961 (Sentencia de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 822. Actor: Sociedad de Petróleos Colombianos Limited). . . . . 437

**COMISION DE ESTUDIOS / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA**

La demandante era empleada de libre nombramiento y remoción, no escalafonada en carrera, ni con periodo fijo. Ni el contrato de comisión de estudios, ni el decreto por medio del cual se concedió esa comisión variaron su situación legal y reglamentaria (Sentencia de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1419. Actora: Margarita Hernández de Albarracín). 632

**COMISION NACIONAL DE VALORES - Facultades / MERCADO PUBLICO DE VALORES / POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA**

Teniendo claro que la Comisión de Valores es una entidad de policía administrativa económica por medio de la cual el Estado realiza su función de intervención en la economía en el campo específico del mercado de valores, es preciso señalar que su accionar discurre a través de dos tipos de medidas: Las de carácter puramente preventivo y las sancionatorias o de carácter represivo. El procedimiento de la autorización de la oferta pública una vez en marcha, genera obligación para el oferente, principalmente frente a particulares acep-

tantes pero también frente al Estado, el cual conserva su poder de intervención para vigilar que el proceso se desarrolle y culmine con sujeción a las normas que rigen la materia y siempre dando prioridad a la misión fundamental de protección del interés general. El poder de policía económico de la Comisión de Valores no puede entenderse agotado cuando expide la autorización para adelantar la oferta pública (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 0477. Actor: Promotora Universal de Inversiones Ltda.). . . . .

642

**COMITE DE REGALIAS / MINISTERIO DE DESARROLLO**

El Comité de Regalías no existe ni es entidad administrativa de acuerdo con la integración de la Rama Ejecutiva que consagra el Decreto-ley 1050 de 1968, no pudiendo ser parte en un proceso independientemente por ser apenas un Comité de Trabajo que en el Decreto-ley 152 de 1976 figura dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Desarrollo Económico (Sentencia de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 593. Actor: Shering Corporation). . . . .

610

**COMPANIA DE SEGUROS - Inversión / BONOS DE VIVIENDA POPULAR / SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / SUSTRACION DE MATERIA**

No puede subsistir una norma dictada con fundamento en un acto declarado inexecutable, pero la declaración de inexecutable no implica el desconocimiento de la vigencia anterior de tal norma ni de las situaciones jurídicas cumplidas mientras tuvo respaldo en las disposiciones vigentes de la Carta. Por sustracción de materia, no pueden incurrir en violación del Decreto 1645 de 1981 las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida ni las sociedades de capitalización, pero tampoco pueden adquirir mientras no lo autorice el Gobierno, excedentes de inversión forzosa en bonos de vivienda popular que se presenten en las compañías de Seguros y de Reaseguros Generales (Concepto de agosto 17 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 298. Consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico. Autorizada la publicación con oficio número 645 de septiembre 22 de 1989). . . . .

56

**CONCEJOS MUNICIPALES - Atribuciones / BIENES FISCALES - Enajenación / VALORIZACION - Finalidad de servicio público / URBANIZACION**

El artículo 197 de la C. N. le otorga a los Concejos Municipales la facultad de dar autorizaciones a los alcaldes en orden a enajenar bienes municipales, facultad que fue reproducida en el numeral 7 del artículo 92 del Código de Régimen Municipal. Cualquiera que sea el

concepto doctrinario que se tenga sobre la noción de servicio público tan discutida en el derecho administrativo, no cabe duda que la destinación prevista por el acto acusado, de los dineros obtenidos por la enajenación de un bien fiscal, constituye destinación para un servicio público (Sentencia de 12 de octubre de 1938. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 958. Actor: Asociación de Padres de Familia del Instituto Politécnico Municipal). ... 1122

**CODIGO DE POLICIA DEL DISTRITO ESPECIAL / CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTA / COMPETENCIA**

Al Concejo de Bogotá le corresponde la atribución de expedir el Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá, entre otros motivos porque la ciudad de Bogotá no está sometida a las disposiciones de la Asamblea de Cundinamarca, y porque su régimen es distinto al del resto de los municipios del país; además, porque la ley previó que las atribuciones constitucionales y legales que le corresponden a las asambleas y a los gobernadores, se entenderán conferidas al Concejo y al alcalde de Bogotá, y como dicha atribución ha sido asignada a las asambleas, puede entonces, ser ejercida por el Concejo Distrital (Concepto de julio 10 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 297. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno. Autorizada su publicación mediante oficio 441 de julio 25 de 1989). ... 39

**CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Estabilidad en el cargo / SUPRESION DEL CARGO**

Cuando se expidió la ordenanza acusada el actor, aun cuando se encontraba ocupando el cargo, se hallaba en interinidad por vencimiento del período para el cual había sido designado. Aun cuando el cargo creado por la Asamblea no figurara en la planta de personal de la Contraloría, la supresión del mismo, para lo cual la Asamblea tenía la facultad, estaba indudablemente relacionada con la materia a que se refería el acto en cuestión, es decir, la reestructuración de la Contraloría (Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2844. Actor: Oscar Puentes Villamizar). ... 944

**CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / IVA - Presupuesto municipal**

Como transferencia que de los recursos de la Nación el impuesto sobre las ventas IVA, no puede computarse en el monto del presupuesto municipal para los efectos de la creación de la Contraloría Municipal. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 004 de 1938 (noviembre 4) expedido por el Concejo Municipal de San Benito Abad (Sucre) (Auto de agosto 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1223. Actor: Ignacio Fidel Hernández Polo). ... 1106

**CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / IVA**

Las participaciones por el impuesto a las ventas IVA, por su propia definición son transferencias de recursos de la Nación a los municipios cuyo monto se excluye del presupuesto anual que debe acreditar el municipio que aspire crear una contraloría municipal. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 004 de noviembre de 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Benito Abad —Sucre— (Auto de agosto 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1216. Actor: Pedro H. Perna Blanco). . . . . 1103

**CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / CONSEJO INTENDENCIAL - Competencia**

Para los municipios intendenciales y comisariales rige específicamente en lo atinente a la creación de contralorías municipales, lo que dispone el artículo 48 del estatuto sobre régimen administrativo de las intendencias y comisarías (Decreto-ley 467 de 1986); de suerte que las intendencias y comisarías no tienen atribución alguna en el punto y por ende carecen de competencia para crear las respectivas contralorías municipales. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 032 del Consejo Intendencial de Arauca (Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1201. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves). . . . . 1093

**CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación**

Al no satisfacerse el requisito de la cuantía presupuestal mínima exigida por la ley, no puede por acuerdo crearse contraloría municipal. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo 018 de noviembre 9 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Ovejas (Auto de agosto 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1224. Actor: Pedro Perna Blanco). . . . . 1110

**CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades**

Las contralorías son organismos esencialmente administrativos, a cuyo cuidado están encomendados los patrimonios públicos en orden a mantener su destinación ceñida estrictamente a las finalidades consignadas en las normas reguladoras, supervigilando para ello a aquellos funcionarios encargados del manejo y distribución de los fondos comunes, pero sin que su acción pueda incluirse, dentro del control jerárquico o tutela administrativa que en la organización del Estado regula la interdependencia entre los organismos superiores e inferiores, y que da lugar a revocación o reforma de ciertos actos que pudieran considerarse inconvenientes o ilegales. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Oficio número 0861 de 24 de julio de

1989, suscrito por la señora Contralora del Departamento del Quindío (Auto de 24 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1340. Actor: Departamento del Quindío). 1077

**CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Régimen aplicable / CAJA DE VIVIENDA MILITAR / CONTRATO COFINANCIADO - Naturaleza**

Los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar se rigen por el Decreto-ley 222 de 1983. Dicho establecimiento no puede escapar so pretexto de ejercer la facultad constitucional de reglamentación (art. 120-3), del sistema de contratación del estatuto del Decreto 222 de 1983. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISORIAL del Decreto reglamentario número 1988 de 19 de julio de 1985 expedido por el Gobierno Nacional (Auto de 5 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1337. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves). . . . . 379

**CONTROL DISCIPLINARIO / INSUBSISTENCIA**

La facultad de control disciplinario sobre los funcionarios no enerva la prerrogativa de la autoridad nominadora para remover libremente a sus subalternos, así como tampoco el ejercicio de ésta impide el de las atribuciones disciplinarias, no existiendo entre las dos ninguna relación (Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker. Expediente número 1008. Actor: Bernardo Alonso Claro). . . . . 505

**CONTROL FISCAL / EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA / CONTRALOR MUNICIPAL - Competencia**

El control fiscal de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá corresponde al Contralor Municipal de Medellín, de conformidad con el artículo 307 del Código de Régimen Municipal. Dicho control excluye la acumulación de otro sobre la misma empresa por parte de la Contraloría Departamental de Antioquia, sin embargo ésta puede ejercer únicamente el control numérico legal sobre los aportes del departamento en dicha empresa. El tipo de control aplicable a la empresa es el previsto por el artículo 5º de la Ley 20 de 1975, en concordancia con el artículo 4º del Decreto-ley 130 de 1976, o sea un control posterior (Concepto de 11 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 310. Publicación autorizada mediante oficio 626 de 23 de octubre de 1989). . . . . 95

**COSA JUZGADA - Procedencia / HOMEOPATIA - Reglamentación / ICFES**

Cuando la decisión jurisdiccional es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe, exclusivamente

a las causales de nulidad alegadas y al contenido del *petitum* que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otra causa con diferente *petitum* y dejar de regir para ese efecto (Sentencia de 8 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 635. Actor: Edgar Brecci Martín).

716

**CREDITOS ADICIONALES**

Si bien es cierto la Ley 38 de 1989 en su artículo 11 permite incorporar al presupuesto ingresos no causados, lo cierto es que el artículo 212 de la Constitución Nacional no ha sufrido modificación alguna. Y resulta incompatible con su espíritu y finalidad, abrir un crédito extraordinario con recursos provenientes de un empréstito internacional aún no contratado (Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro, al dictamen 912 de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110).

180

**CREDITOS ADICIONALES / PRESUPUESTO ADICIONAL**

No puede votarse la partida proveniente del crédito externo, porque los respectivos contratos no están legalizados. Si la Sala de Consulta no encuentra ajustados a derecho los contratos de crédito internacional y los devuelve sin aprobación, no se podrá hacer ninguna erogación de dineros provenientes del crédito externo. No se trata de un simple crédito adicional sino del presupuesto adicional previsto en la nueva ley que regula el Presupuesto Nacional, el cual sólo puede ser votado por el Congreso Nacional (Salvamento parcial de voto del doctor Carmelo Martínez Conn, al dictamen 912 de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110).

194

**CREDITOS ADICIONALES - Base normativa**

El artículo 11 de la Ley 38 de 1989 exclusivamente atañe al presupuesto de rentas y gastos de la Nación, no a los créditos extraordinarios que el Gobierno excepcionalmente puede abrir con fundamento en el artículo 212 de la Constitución. Aquella norma no es compatible con el artículo 212 de la Constitución Nacional y por consiguiente, no puede servir de fundamento para la apertura de créditos extraordinarios. La Sala debió conceptuar negativamente sobre la apertura del crédito extraordinario con base en recursos inexistentes o hipotéticos y favorablemente en todo lo demás (Salvamento parcial de voto de los doctores Humberto Mora Osejo y Jaime Paredes Tamayo, al dictamen 912 de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110).

176

**CREDITOS ADICIONALES / PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO / CONSEJO DE ESTADO - Competencia**

El Consejo de Estado no tiene facultades ni constitucionales ni legales para impartirle autorización o aprobación a un presupuesto complementario. El manejo del presupuesto de inversión debe hacerse por el Gobierno con el Congreso pues sólo así se garantizan los derechos de la oposición (Salvamento de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta, Reynaldo Arciniegas Baedecker y Carlos Betancur Jaramillo, al dictamen 912 de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110). **NOTA DE RELATORIA:** El doctor Samuel Buitrago Hurtado, comparte en su integridad los argumentos expuestos en el anterior salvamento y se funda en ellos para salvar su voto. . . . . 134

**CREDITOS ADICIONALES / PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO**

En la petición se han involucrado crédito adicional y presupuesto complementario, figuras diferentes en lo constitucional y legal, en sus finalidades, estructuración, trámite y competencia (Salvamento parcial de voto del doctor Jaime Betancur Cuartas al dictamen 912 de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110). . . . . 132

**CREDITOS ADICIONALES - Necesidad del gasto**

Como posición conciliatoria entre las tesis existentes en torno al "juicio del Gobierno" sobre la necesidad e imprescindibilidad del gasto, puede aceptarse que corresponde al Consejo de Estado, en el caso de las consultas del artículo 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que le han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible. **REITERACION JURISPRUDENCIAL:** Dictamen de Sala Plena de junio 29 de 1988. Radicación C-064. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure (Dictamen de julio 17 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110. Salvamento de voto de los doctores Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, Samuel Buitrago Hurtado, Clara Forero de Castro, Carmelo Martínez Conn, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamaño y Julio César Uribe Acosta). . . . . 151

**D****DECAIMIENTO DEL ACTO / EXTRADICION**

Los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición y en forma independiente a la voluntad de la administración. Esto es lo que los

tratadistas han denominado decaimiento del acto o forma de extinción de los actos administrativos. En el caso de autos han desaparecido los fundamentos de derecho que servían de sustento a las resoluciones ejecutivas que concedieron la extradición del actor y, consecuentemente, el Gobierno no puede ejecutarlas. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de las Resoluciones números 73 de 1985, 204 de 1987 y 06 de 1988, suscritas por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia (Auto de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 949. Actor: Joseph Henry Miglietta). . . . .

571

**DECRETO-LEY / DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / SUBSIDIO DE TRANSPORTE**

La declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 2ª de 1989, cualquiera que sea el efecto que se le dé a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *ex nunc* o *ex tunc*, en principio no obsta para que esté vigente el Decreto 583 de 1989; pues, aunque fue expedido con fundamento en la Ley 2ª de 1989, es un acto independiente de ésta que, por lo mismo, subsiste a pesar de haber sido declarada inconstitucional (Concepto de 21 de noviembre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 331. Publicación autorizada mediante oficio 36442 de 23 de noviembre de 1989). . . . .

129

**DEMANDA - Ineptitud / PODER / COADYUVANCIA**

Los mismos requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional lo cual, lo dice expresamente el artículo 152 del C. C. A., debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado" circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata (Concepto de 20 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 771. Actor: Seguridad Nutibara Ltda.). . . . .

519

**DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL - Competencia / MANUAL AERONAUTICO / PILOTOS EXTRANJEROS - Derechos**

De acuerdo con el artículo 11 de la C. N., solamente la ley puede limitar los derechos de los extranjeros allí protegidos quedando fuera del alcance de los simples reglamentos administrativos, como lo es el manual aeronáutico, la regulación de esos derechos, a menos de existir un ordenamiento nacional con valor de ley formal que lo autorice. SE DECLARA LA NULIDAD del acápite 2.2.9.1., hoy nume-

rado con el 2.2.9.4. de la Sección Segunda del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado por la Resolución número 2450 de 19 de diciembre de 1974 (Sentencia de 16 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 695. Actor: Leonardo Galeano Guevara). . . . . 876

**DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR - Facultades / ASOCIACION DE AUTORES - Vigilancia / ASOCIACION DE AUTORES - Inspección**

Si se impugna una decisión de la Asamblea de la Asociación de Autores o de otro de sus órganos por no ajustarse en el cumplimiento de sus funciones a las normas que las regulan, la Dirección Nacional del Derecho de Autor tiene competencia no sólo para formularlo sino también para adelantar la correspondiente investigación. Al no corresponder la naturaleza de la Organización Recaudadora SAYCOACINPRO por su estructura y funcionamiento, a Asociación de Autores, ni habiendo sido reconocida su personería jurídica por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, ésta dependencia del Ministerio de Gobierno carece de atribución legal para ejercer su inspección y vigilancia; la misma corresponde a la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá (Concepto de 28 de noviembre de 1989. Sala de Consulta Servicio Civil. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 322. Publicación autorizada mediante oficio número 738 de 11 de diciembre de 1989). . . . . 134

**DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA / DELEGACION DE FUNCIONES / GOBERNADOR - Actos / CONSEJO DE ESTADO - Competencia**

Como las funciones delegadas son propias del Gobierno central y el carácter nacional de ellas no se desvirtúa con la delegación, los actos que sobre el particular dicten los gobernadores son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia al Consejo de Estado cuando, como en el presente, la acción carezca de cuantía (Auto de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1192. Actor: Círculo de Periodistas del Huila). . . . . 967

**DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS - Facultades / CIRCULARES - Aduanas / DIRECCION GENERAL DE ADUANAS - Competencia / IMPORTACION DE VEHICULOS - Funcionarios del Servicio Exterior**

Son varias las disposiciones del derecho positivo que confieren al Director General de Aduanas la facultad de emitir circulares y reglamentos como una de las formas de ejercer sus funciones siendo esa, la de dictar reglamentos, una de ellas como lo dice el literal d) del artículo 3º del Decreto 075 de 1976. El objetivo de la circular demandada es el de proteger los derechos de quienes se benefician con la importación de los vehículos proporcionando a los administradores

de aduanas una guía que, sin violar las normas que le son rectoras, les indica la forma de proceder cuando "el nuevo valor resultante sea superior al límite pertinente establecido en el Decreto 2399 de 1986, y dicha diferencia se origine únicamente en fluctuaciones del tipo de cambio de terceras monedas respecto al dólar americano, hecho que debe comprobarse plenamente" (Sentencia de 18 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 832-2164. Actores: José Húber Restrepo González y Luis Marino Duque Gómez). . . . .

705

**DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA / FONDO EDUCATIVO REGIONAL - Creación**

Será el legislador, dentro de su autonomía para expedir un estatuto especial, quien podrá disponer que en el Distrito funcione un Fondo Educativo Regional que maneje separadamente los recursos de la Nación y la ciudad de Cartagena destinan a la educación y los de la Ley 12 de 1986. Mientras no sea expedido el correspondiente estatuto y mientras no sea organizado el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, resulta imposible la aplicación de las Leyes 24 de 1988 y 29 de 1989 en relación con la organización del Fondo Educativo Regional (Concepto de septiembre 25 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 305. Autorizada su publicación mediante oficio número 1301 de 26 de octubre de 1989). . . . .

75

**E**

**EJERCICIO DE PROFESIONES - Reglamentación / LOCUCION - Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA**

En desarrollo de la potestad reglamentaria de que está investido el señor Presidente de la República, no se puede crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas como si se actuara en ejercicio de facultades extraordinarias, sino que dicha capacidad reglamentaria debe estar dirigida para lo que es, reglamentar y desarrollar leyes. El decreto demandado por el cual se reglamenta el ejercicio de la locución en radio y televisión, se fundamenta esencialmente en el artículo 2º, literal a) del Decreto-ley 129 de 1976, el cual no establece el oficio de la locución ni determina tal actividad como profesional derivada de unos estudios previos a cuya culminación se expida tal título. SE DECRETA LA NULIDAD de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 y 23, del Decreto reglamentario número 2670 de 29 de octubre de 1984 (Sentencia de septiembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 848. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo). . . . .

289

**EMPOCUNDI - Gerente / EMPLEADO DE PERIODO / INSUBSISTENCIA**  
**- Motivación del acto**

No siendo un cargo de libre nombramiento y remoción, y estando condicionada ésta a determinadas formalidades, es apenas natural que requiera de la expedición de la resolución motivada en la cual se consigne el cumplimiento de tales formalidades. Hubiera bastado que el acto administrativo tuviera esa motivación para que, debido a la presunción de legalidad, el demandante se viera obligado a desvirtuarla. Pero al no estar motivado, correspondía a la administración demostrar dentro del proceso, el cumplimiento de los requisitos previos a la expedición del acto (Sentencia de 18 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1814. Actor: Eduardo Rodríguez Rodríguez). . . . .

555

**ENCARGO - Término**

Si el actor hubiera ejercido el empleo después de vencido el término de los tres meses a que alude el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968, lo habría hecho contrariando sus mandatos que le ordenaban cesar *automáticamente* en el ejercicio de las funciones sin necesidad de que la administración le comunicara la terminación del encargo, pues la ley se presume conocida, y sin que hubiera asumido el empleo otra persona, pues la cesación es automática, no condicionada (Salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz a la sentencia de 24 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3523. Actor: Pedro José Benítez Reina). . . . .

538

**ENCARGO**

Se fija como duración máxima del encargo un plazo de tres meses, en caso de vacante definitiva, vencido el cual no se adquiere la titularidad, sino que, por el contrario, el encargado "cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales" (Sentencia de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 936. Actor: Martha Valderrama de Yepes). . . . .

220

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / JUNTA DIRECTIVA**  
**- Integración**

La integración de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal de la que tratan los artículos 7º a 10, 12, 13 y 14 del Decreto 700 de 1987, desnaturalizan la libre elección y el sistema del cuociente electoral. Solamente los miembros principales, o los suplentes que representen en sus faltas absolutas o temporales tienen voz y voto y pueden tomar parte en las decisiones de las Juntas o Consejos, pero ello no impide que se citen o puedan ser oídos quienes no tienen ese carácter. SE DECLARA LA NULIDAD

del artículo 28 del Decreto 700 de 1987 y el artículo 14 en la parte que dice: "...del decreto en virtud del cual el Alcalde Municipal efectuó la respectiva designación" (Sentencia de 8 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 641. Actor: Carlos Enrique Campillo Parra). ... .. 325

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / CONTROL FISCAL / CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades / JUNTA DIRECTIVA - Conformación / REFORMAS ESTATUTARIAS / EMPRESA DE DESARROLLO URBANO CIUDADELA REAL DE MINAS LTDA. / COMPAÑIA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA / NOMBRAMIENTO / ACTO DE ELECCION**

La vigilancia fiscal de las entidades descentralizadas municipales corresponde a la Contraloría Municipal mediante un auditor. Los artículos 157 y 164 del C. de R. P. y M. regulan la manera de integrar las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales de carácter municipal. Por haber sido adoptada la reforma de las indicadas entidades por la decisión de la Junta de Socios, y la asamblea general extraordinaria de socios, respectivamente, no se requiere que el Concejo Municipal de Bucaramanga les dé aprobación (Concepto de 23 de noviembre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 327. Publicación autorizada mediante oficio 736 de 11 de diciembre de 1989). ... .. 131

**ENTIDADES DE EDUCACION SUPERIOR - Planta de personal / TRABAJADORES OFICIALES**

Las entidades de educación superior están sometidas al régimen prescrito por el Decreto-ley 80 de 1980 y en los vacíos que éste tenga se aplicarán las normas generales para las entidades del orden nacional o departamental, según sea el orden al cual pertenezcan. En cuanto a la clasificación de los servidores en las instituciones superiores se debe aplicar preferencialmente el artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980, que amplió el concepto de los trabajadores oficiales, que según el Decreto-ley 3135 de 1968 están limitadas a la construcción y mantenimiento de obras públicas (Concepto de 17 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 312. Publicación autorizada mediante oficio 1345 de 2 de noviembre de 1989). ... .. 110

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES / JUNTA DIRECTIVA - Integración**

La integración de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal de que tratan los artículos 7º a 10, 12 y 13 del Decreto 700 de 1987, desnaturaliza la libre elección y el sistema del cuociente electoral que prevén los artículos 27 y 79 de la Ley 11 de 1988 y 381 del C. R. M. y el artículo 172 de la C. N.

SE DECRETA LA NULIDAD de los artículos séptimo (7º), octavo (8º), noveno (9º), décimo (10), doce (12) y trece (13) del Decreto reglamentario 700 de 20 de abril de 1987, expedido por el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Gobierno (Sentencia de agosto 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 971. Actor: Clara Inés Hurtado Durán). . . . . 281

**ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS / ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES / RESTITUCION DEL BIEN / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA**

El establecimiento público nacional, propietario del inmueble arrendado, mediante contrato que está vencido, ante la renuencia del arrendatario a entregárselo voluntariamente para obtener la restitución de la tenencia del fundo podría promover acción, mediante el proceso abreviado, con fundamento en el artículo 414, numeral 12 del Código de Procedimiento Civil, ante el juez competente de la jurisdicción ordinaria (Concepto de 26 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 323. Publicación autorizada mediante oficio número 140 de 14 de noviembre de 1989). . . . . 124

**ESTATUTO PENAL ADUANERO / CESACION DE PROCEDIMIENTO / COMPETENCIA**

La expresión contenida en el artículo 83-1 del Estatuto Penal Aduanero "a partir del momento en que la autoridad competente conciere", se refiere al momento a partir del cual la autoridad falladora avoca el conocimiento del hecho punible, asunto del cual "conoce" para proferir un fallo, bien sea éste de primera o única instancia; pues el vocablo "conoce", empleado por la ley, hace referencia, o es atinente, a la autoridad que tiene competencia para tomar una decisión falladora (Sentencia de agosto 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 679. Actor: María Hilda Correal Torres). . . . . 230

**EXPROPIACION CON INDEMNIZACION**

La indemnización debe ser plena y no parcial, pues ella consiste necesariamente en el resarcimiento tanto del daño emergente como del lucro cesante. La fijación en el Decreto reglamentario de topes o límites a tal indemnización, es vía abierta hacia el desconocimiento del derecho de propiedad, pues con la misma libertad con que el legislador aspira a que ella se quede, dentro de un marco preciso y restringido, podría hacerla nugatoria. A la luz de la ley y del Derecho no es de recibo la tesis que se orienta a indemnizar no el cien por ciento del daño, sino sólo un porcentaje de éste (Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta a la sentencia de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Conse-

jero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5061. Actor: María Claudia Zea Ramírez). . . . . 268

### *EXPROPIACION CON INDEMNIZACION / DEBIDO PROCESO*

Las solicitudes y propuestas en trámite al momento de entrar en vigencia la Ley 20 de 1969 y que perdieron por lo mismo la posibilidad o la expectativa de culminar con una adjudicación minera, generaron un derecho patrimonial de menor entidad que jurídicamente no se puede asimilar al de propiedad. Pero como derecho patrimonial que es, el Estado no puede expropiarlo sin indemnización previa, sin desconocer con ello la garantía contemplada en el artículo 30 de la Carta. El Decreto 2477 de 1986 al exigir como prueba de los gastos e inversiones "los documentos respectivos", está desconociendo los demás medios probatorios establecidos por la ley, restringiendo así el debido proceso regulado en el artículo 26 de la C. N. y está imponiendo una limitación probatoria no querida por el legislador al expedir la ley reglamentada. **DECLARA LA NULIDAD** del inciso final del artículo 232 del Decreto reglamentario, 2477 de 1986 (julio 31) en la parte que reza con "los documentos respectivos", o sea en cuanto restringe la comprobación de gastos e inversiones a la prueba documental (Sentencia de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5061. Actor: María Claudia Zea Ramírez. Con salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta). . . . . 259

## **F**

### *FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL*

La competencia impositiva de las Asambleas es una facultad subordinada a la ley, y fue ésta la que desde el año de 1913 dispuso que esa facultad de las Asambleas para establecer y organizar impuestos debía referirse a aquellos que fueren necesarios para atender los gastos de la Administración Pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar los artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley. **SE CONFIRMA LA NULIDAD** del artículo 9º de la Ordenanza 21 de 1983, de la Asamblea de Santander (Sentencia de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2161. Actor: Alfonso Gómez Castaño). . . . . 939

### *FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / CONTRIBUCION DE VALORIZACION*

Es el Concejo Municipal la entidad que establece el impuesto y lo regula y otro ente del municipio, la Junta de Valorización, quien determina y señala las obras que por dicho sistema habrán de efec-

tuarse. Tratándose de lo primero, no se discute que es función privativa e indelegable del Concejo, mas no ocurre lo propio cuando se le delega es una mera función ejecutiva como es la de señalar en concreto las obras que se adelantarán sujetas al pago de las contribuciones establecidas por Acuerdo Municipal en desarrollo de las previsiones legales sobre el referido tributo. SE REVOCA LA NULIDAD del literal e) del artículo 4º del Acuerdo 3 de 1978 del Concejo Municipal de Pereira (Sentencia de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1587. Actor: Gloria Edith Sánchez Ramírez). . . . . 1098

**FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL / ESTAMPILLA PRO-ELECTRIFICACION RURAL / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia**

Para los efectos de la improcedencia de la suspensión provisional, basta señalar que la actora no se refirió para nada a la Ley 23 de 1986 y que habiéndolo sido ésta la invocada por la Asamblea sería necesario confrontar su contenido con lo dispuesto por la ordenanza para determinar si hubo o no manifiesta infracción porque ésta es la ley de autorización que exige el ordenamiento constitucional. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 4º de la Ordenanza 11 de diciembre 10 de 1987, en lo que se refiere al término "cervezas" (Auto de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2698. Actor: Cervecería Aguila S. A.). . . . . 961

**FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Operaciones / CONTRATOS**

Es cierto que el artículo 3º del Decreto 1059 de 1988 habla de las "operaciones" que realice el Fondo Nacional del Ahorro en virtud de los artículos 1º y 2º del mismo estatuto. Empero, de todo su contexto se establece inequívocamente que las mismas se traducen en contratos, que es la forma usual como normalmente se obligan las personas o entidades. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 3º del Decreto reglamentario 1059 de 13 de abril de 1988, expedido por el Presidente de la República (Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1132. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves). . . . . 355

**FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Carrera Administrativa, escalafonamiento automático**

Al armonizar lo indicado en los artículos 134 y 135 de los Decretos-leyes 1651 y 1652 de 1977 en su orden, con el artículo 6º del Decreto 1651 de 1977, todo parece apuntar a entender que quienes estaban vinculados al I. C. S. S. mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de la seguridad social en cargos de carrera, y aceptaron y se posesionaron; automáticamente fueron nombrados en periodo de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social (Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna

a la sentencia de 22 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3010. Actor: Francisco de Paula Mira Fernández). . . . . 754

*FUNCIONARIO DE SEGURIDAD - Carrera Administrativa*

La Sala en varios fallos ha sostenido la tesis de la inaplicabilidad del Decreto 413 de 1980 por extralimitación de la potestad reglamentaria y de la procedencia de exigir, para efectos del escalafonamiento en la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social, los requisitos señalados en el Decreto-ley 1651 de 1977, cuyas disposiciones sobre el particular fueron desconocidas por el citado decreto (Sentencia de 22 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3010. Actor: Francisco de Paula Mira Fernández. Con salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna). . . . . 746

I

*ICETEX - Facultades / TITULOS DE AHORRO EDUCATIVO - Captación / CONTRATO DE FIDUCIA / FIDEICOMISO*

No es posible admitir que la Ley 18 de 1988 otorgue facultades al ICETEX para captar fondos provenientes del ahorro privado en una forma ilimitada, es decir a través de todos los mecanismos autorizados para los denominados intermediarios financieros, porque su finalidad consiste en promover el ahorro privado con el único propósito de cubrir el costo de la educación superior del beneficiario. El ICETEX está autorizado mediante directas y específicas disposiciones legales, para celebrar contratos de fiducia con el objeto de emitir, colocar y mantener en circulación los títulos de ahorro educativo y para administrar los fondos provenientes de los mismos. La ley no contempla la posibilidad de que el ICETEX sea fiduciario sino fideicomitente (Concepto de junio 12 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 278. Consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional. Autorizada la publicación con oficio número 0807 de julio 6 de 1989). . . . . 9

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

Una primera limitación a la facultad impositiva de los Concejos Municipales, es la de no poder gravar actividades que se ejerzan en otras jurisdicciones. Para efectos de interpretar la Ley 14 de 1983, no se considera acertado separar la "venta" como un hecho aparte y distinto de la "producción" para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas

por el mismo sujeto. La venta del producto es la culminación del proceso económico industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo; el producir por producir no es actividad industrial en sentido económico fiscal. **DECLARA LA NULIDAD** del inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 3070 de 1983 (noviembre 3) (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0082. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. Con salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn).

304

**IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL - Recaudo / ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS**

Las entidades que están obligadas a recaudar el impuesto de previsión social son los establecimientos públicos. Los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional o a cualquier otro Ministerio, están en la obligación de recaudar dicho impuesto. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta no están obligadas a recaudarlo (Concepto de 17 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardozo Durán. Radicación número 316. Publicación autorizada mediante oficio 10544 de 25 de octubre de 1989) (NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido puede consultarse el concepto de 11 de septiembre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 303. Publicación autorizada mediante oficio número 25918 de 6 de octubre de 1989).

107

**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Tarifa**

Con el criterio con que la Sala interpreta el artículo 43 de la Ley 14 de 1983 ha de interpretarse el artículo demandado y si bien con rigor gramatical cuando se habla de "pagos" que deben hacerse "en" se estaría haciendo referencia a la fecha de los pagos, el artículo 99 del Acuerdo 21 de 1983, cuando utilizó la proposición "en", como sinónimo de "por" le dio el mismo alcance que le dio la Ley 14 de 1983, alcance que por lo demás es el que el mismo Distrito Especial de Bogotá le ha dado (Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1878. Actores: Juan Rafael Bravo y Lucy Cruz de Quiñones).

1136

**IMPUESTO DE REMESAS - Liquidación / RETENCION EN LA FUENTE**

La norma demandada (inciso 2º del art. 3º del Decreto 2579 de 1983) no viola la Ley 9ª de 1983, ya que no reglamenta el caso de las utilidades obtenidas en Colombia por sociedades u otras entidades extranjeras, mediante sucursales, a que se refiere dicha ley en el literal a) de su artículo 46 y el literal a) del artículo 2º del Decreto 2579 de 1983, al cual no se le aplica el sistema de retención en la fuente sino

que se determina y paga con la liquidación privada del contribuyente (Sentencia de noviembre 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1689. Actor: Eduardo R. Cárdenas Caballero). 249

*INCORA - Facultades / ADOPCION DE PROGRAMAS / EJECUCION DE PROGRAMAS*

El concepto de adopción de programas obedece a la facultad de identificar necesidades probatorias con que cuentan determinadas entidades públicas, como elementos indispensables del orden para desarrollar sus actividades, y que para el caso concreto del INCORA, se caracteriza en la elaboración de planes anuales o programa anual de actividades. El concepto de ejecución de programas es una figura que se caracteriza por constituir etapa posterior de carácter práctico, tendiente a lograr el cumplimiento de las políticas consagradas en los planes respectivos. SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE la oración del artículo 44, inciso 2º del Decreto 001 de 1988, que dice: "...La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas en los numerales 1, 4, 5 y 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil" (Auto de 24 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1312. Actor: Bernardo Carreño Varela). . . . . 372

*INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO / PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD / PRINCIPIO DE CELERIDAD*

Se abre paso el sendero legal de integrar oficiosamente el contradictorio necesario con la persona sin cuya comparecencia al proceso, no es posible resolver de mérito, por cuanto ha intervenido en los actos acusados, no obstante que el demandante en su libelo no lo mencionó. Fue dentro del trámite admisorio de la demanda donde se incurrió en la falla procesal; por lo tanto y en virtud de los principios de imparcialidad y celeridad que informan las actuaciones administrativas, no son los administrados los que deben sufrir las consecuencias del error del funcionario (Auto de noviembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Unitaria. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4730 (190). Actor: Sociedad Carvajal S. A.). . . . . 526

*INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA / POTESTAD REGLAMENTARIA*

La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de no confundir la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República a fin de ejecutar las leyes, con el ejercicio de la intervención en el banco emisor y en las actividades de las personas que manejan o aprovechan el ahorro privado y la facultad de policía económica de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito (Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Ad-

ministrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1110. Actor: Adriana Herrera Beltrán). ... 617

**INTRA / AUTORIDAD DE TRANSITO / CERTIFICADO DE MOVILIZACION  
/ CONTRAVENCION DE TRANSITO**

Si el decreto demandado tiende a reglamentar una disposición que atribuye una función a las autoridades de tránsito, mal podría, al especificarlas, adscribirselas a un ente que no está en el contexto del mismo decreto considerado como tal. Al crear una nueva contravención de tránsito, el Gobierno está asumiendo una función legislativa constituyendo ello una violación de la norma constitucional. Si bien la revisión periódica de los vehículos es una medida y una exigencia absolutamente legal y ya predeterminada en otras disposiciones en vigencia, no lo es así la multa que, no estando incluida dentro de los casos en que esta sanción se puede aplicar según el Código Nacional de Tránsito Terrestre, resulta arbitraria su exigencia para quienes no presenten el vehículo para la revisión ordenada por la ley. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 15, parágrafo de artículo 20, 25, 28 y 31 del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el Gobierno nacional (Auto de julio 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1212. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales). ... 333

**INSUBSISTENCIA - Desviación de poder / RENUNCIA / ENCARGO**

No existe obligación de aceptar una renuncia ni óbice legal para que se declare insubsistente el nombramiento de un funcionario público por el hecho de que la haya presentado; como no la hay para su destitución o para la declaratoria de vacancia del respectivo cargo, si se dan los presupuestos exigidos por la ley (Sentencia de 18 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 547. Actor: Martín Uribe Arbeláez). ... 783

**J**

**JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES / CHANCE / CONTRATO DE  
CONCESION**

El contrato de concesión con particulares que puedan realizar las loterías o las beneficencias respecto de juegos de apuestas permanentes, no impide que previamente se realice una licitación, puesto que el estatuto contractual permite la licitación o el concurso de méritos cuando la misma ley no dispone la contratación directa (Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 976. Actor: Alberto Montoya Montoya). ... 1049

**JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES - Facultades / RECONOCIMIENTO DEPORTIVO**

El reconocimiento deportivo y la personería jurídica son dos instituciones diferentes. Los preceptos suspendidos se refieren exclusivamente al reconocimiento deportivo y nada reglan sobre personería jurídica. El reconocimiento es una conducta esencialmente administrativa que compete a las juntas administradoras seccionales de deportes en que actúen los clubes deportivos. Teniendo el reconocimiento deportivo un eminente carácter administrativo no resulta irregular ni mucho menos ilegal que se regule de acuerdo con las disposiciones generales relativas a la revocación directa de los actos administrativos. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 9º parcialmente y del párrafo del artículo 11 del Decreto reglamentario número 515 de febrero 17 de 1986, dictado por el Presidente de la República (Auto de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala de Decisión. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1123. Actor: César Castro Perdomo). . . . .

387

**JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor / SENA**

El SENA es una entidad de derecho público que está facultada para hacer efectivos directamente los créditos a su favor por medio de la jurisdicción coactiva, siendo el representante legal del SENA el funcionario competente para hacer efectivas dichas obligaciones (Concepto de agosto 17 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 306. Consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Autorizada la publicación mediante oficio de 30 de agosto de 1989).

62

**L**

**LIQUIDACION DE CONTRATOS - Efectos**

Si el jefe de la entidad contratante intervino en la liquidación y ésta se hizo unilateralmente, no podrá revocarlo con posterioridad si conforma una situación jurídica favorable para el contratista, sin su autorización expresa y escrita. Si intervino tanto el jefe de la entidad contratante como el contratista y hubo acuerdo, el acto es bilateral y no podrá revocarse sino por el mutuo disenso o anularse por el juez del contrato (Sentencia de octubre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5655. Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda.). . . . .

856

**LIQUIDACION DE CONDENA / PERJUICIOS MATERIALES / PERJUICIOS MORALES**

Las sentencias que condenan a las entidades públicas al pago de perjuicios materiales *in genere* y de perjuicios morales en concreto,

quedan sujetas, respecto de los primeros al incidente de liquidación; pero en relación con los segundos deberá aplicarse el artículo 176 del Decreto-ley 01 de 1984. El incidente de liquidación de los perjuicios materiales no puede cambiar la condena de los perjuicios morales (Concepto de 6 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 311. Publicación autorizada mediante oficio 1405 de 14 de noviembre de 1989). . . . .

79

**LOCUCION - Licencia**

La ley exige a los locutores un permiso o licencia para poder "exponer" su trabajo porque en Colombia todos los canales Radioeléctricos son de exclusiva propiedad del Estado (Sentencia de 18 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 962-1002. Actores: Juan Manuel Arboleda Perdomo y Laureano Rosero Ruales). . . . .

243

**M**

**MAYORIA ABSOLUTA / MITAD MAS UNO**

La expresión mitad más uno utilizada por el constituyente de 1968 es la equivalente a la de mayoría absoluta que definió la Ley 85 de 1916. El cambio de expresión mayoría absoluta por la de mitad más uno no obedeció al hecho de cambiar dicho concepto, sino, más bien, al de pretender expresar, con poca fortuna por cierto, una mayor claridad en el asunto. SE REVOCA LA NULIDAD del Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987, dictado por el Consejo Intendencial de Putumayo (Sentencia de septiembre 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 839. Actor: José María Velasco Guerrero). . . . .

1114

**MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE / PRIMA DE VACACIONES / EMPLEADOS PUBLICOS / TRABAJADORES OFICIALES - Reconocimiento / PAGO**

Si en una convención colectiva se establece una prima de vacaciones en cuantía superior a la señalada en el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978, no puede entenderse que se está creando una prestación extralegal, lo que sucede es que se aumenta dicho valor para los trabajadores oficiales, que tendrán derecho a que se les reconozca dicha prima según lo fijado en la convención colectiva de trabajo. El descuento para Prosocial es una contribución obligatoria de carácter legal que no puede estar sujeta a convención. Por lo mismo, a pesar que, el valor de la prima de vacaciones sea determinada por una convención colectiva, el descuento siempre será fijado por el

artículo 27 del Decreto-ley 1045 de 1978 (Concepto de octubre 12 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 318. Autorizada su publicación mediante oficio número 32116 de octubre 19 de 1989). . . . . 102

**MUNICIPIO - Creación / DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION  
- Concepto / ACTO PREPARATORIO**

El concepto del Departamento Nacional de Planeación es un acto preparatorio en el sentido obvio de que en primer lugar ha de rendirse y de manera favorable respecto de las circunstancias del artículo 16 del Decreto 1333 de 1986 y en segundo término, será el instrumento a manera de asesoría técnica que ha de servir a los diputados como elemento de juicio para formarse su opinión y adoptar la decisión a que hubiere lugar. Siendo ello así no procede la acción de nulidad (Auto de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1305. Actor: Alcaldía Municipal de Chiriguaná). . . . . 723

**N**

**NOMBRAMIENTO / CONFIRMACION - Improcedencia**

Sobre hechos concretos se estructuró la convicción de que el demandante no había observado una conducta pública y privada que pudiera ser compatible con la dignidad del cargo de Fiscal, de lo cual se deduce la inhabilidad a que concretamente se refiere uno de los actos acusados (Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2640. Actor: Jesús Libardi Colmenares Sayago). . . . . 578

**P**

**PENSION DE JUBILACION / ASIGNACION DE RETIRO / SUSTITUCION  
PENSIONAL - Beneficiarios / SEPARACION DE BIENES**

El derecho a disfrutar de la asignación de retiro que devengaba el militar fallecido, corresponde a la esposa en la proporción señalada en la ley, por el solo hecho de serlo y sin más condición que la de no contraer nuevas nupcias (Auto de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1883. Actora: Margarita Iriarte de Schroeder). . . . . 550

**PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento / EMPRESAS PUBLICAS  
DE MEDELLIN / ISS**

El hecho de que el demandante estuviera cotizando al ISS por el riesgo de vejez no exonera a la última empresa donde prestó sus

servicios, a las Empresas Públicas de Medellín de reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, a la cual tenía derecho por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la ley. No puede el Concejo Municipal modificar los requisitos que dan derecho a prestaciones sociales ni las bases ni el sistema para fijar su cuantía para los servidores del orden municipal. La competencia es del Congreso o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias (Sentencia de 18 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3052. Actor: Héctor Villa Zea). . . . . 1082

**PERMISOS SINDICALES - Improcedencia / INSTITUTO GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI"**

No existen permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos, ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episódica. SE DECLARA LA NULIDAD de la Resolución número 1126 de 1975 en su artículo 1º; la Resolución 1127 de 1975 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º; la Circular 4646 de 1978 en su numeral 3º, todas ellas expedidas por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1116. Actor: Fernando Ceballos Uriza). . . . . 816

**PERMISOS SINDICALES - Improcedencia / EMPLEADO PUBLICO / MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**

No existen permisos sindicales permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos. Ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que correspondan al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental o episódica (Auto de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3902. Actor: Manuel Enrique González Parra). . . . . 905

**PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION - Reajuste - Reliquidación**

Si a los pensionados que retornan al servicio se les reliquida o reajusta la prestación, también es lógico que se dé el mismo tratamiento a quienes, por disposición de ley, pueden continuar en el empleo pese a

que ya se les reconoció y se les está pagando la pensión jubilatoria (Sentencia de 13 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Le-compte Luna. Expediente número 3994. Actor: Manuel Hernando Navarrete González). . . . .

351

**PERSONAL DOCENTE / COMISION SINDICAL**

Es ilegal e improcedente que la administración otorgue a los docentes oficiales, comisión para desempeñar cargos directivos en las agremiaciones a las cuales pertenecen. Queda en blanco la remisión del artículo 36 del Decreto 2277 de 1979 y concedida en abstracto una facultad de la administración, sin haberse concretado la regulación de su ejercicio en orden a hacer efectivo el derecho del docente oficial a ser comisionado para participar en actividades de carácter sindical (Concepto de junio 21 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 287. Consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional. Autorizada la publicación con oficio número 0809 de julio 6 de 1989).

33

**PERSONAL DOCENTE - Régimen**

El Decreto 1647 de 1967, por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del Estado, es aplicable a todos los empleados oficiales incluso a los educadores oficiales a que se refiere el artículo 3º del Estatuto Docente (Concepto de junio 21 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 281. Consulta formulada por el Ministro de Educación. Autorizada la publicación con oficio número 0810 de julio 6 de 1989).

26

**PERSONAL DOCENTE - Traslado / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia**

La descentralización administrativa de la educación primaria y secundaria no riñe con el carácter nacional de ésta. El artículo 98 de la Ley 167 de 1941 desapareció del orden jurídico a partir del Acto legislativo número 1 de 1945, que en su artículo 42 suprimió el privilegio que consagraba aquella norma de excluir a priori la suspensión provisional de actos tales como los "referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo". Tal privilegio contrariaba el precepto constitucional que establece la posibilidad de suspensión provisional de toda clase de actos administrativos (art. 193 C. N.) (Auto de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 4026. Actora: Lilia Acosta de Turbay).

987

**PERSONAL DOCENTE / SUBSIDIO FAMILIAR / FER**

El reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo nacionalizado resultó exigible a partir de 22 de enero de

1976, fecha de expedición del Decreto-ley 102 de 1976, cuyo artículo 12 sometió los respectivos cargos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente y a la jurisdicción y autoridad de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional. El subsidio familiar no reclamado por su beneficiario dentro del término de tres años prescribe al cumplirse tal término, contado desde cuando se hizo exigible el respectivo derecho y se interrumpe una vez recibido por el patrono el reclamo escrito del trabajador sobre el derecho o prestación debidamente determinado, volviendo a empezar el conteo, vencido el cual prescribe el derecho (Concepto de junio 12 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 279. Consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional. Autorizada su publicación con oficio 0808 de julio 6 de 1989). ... 14

**PERSONAL DOCENTE / RETIRO POR DERECHO A PENSION / ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / EDAD DE RETIRO FORZOSO**

La administración sólo puede retirar del servicio a los docentes menores de 65 años que no estén inscritos en el escalafón y que estén gozando de la pensión de jubilación, pero no puede hacerlo en los casos de docentes escalafonados y pensionados, sino de conformidad con lo prescrito por el artículo 5º del Decreto-ley 224 de 1972 (Concepto de septiembre 1º de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 304. Autorizada su publicación mediante oficio número 11018 de 31 de octubre de 1989). ... 68

**PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Incompetencia**

En cuanto a situaciones administrativas del personal docente al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. CONFIRMA LA NULIDAD de la Ordenanza número 02 de octubre 16 de 1985, de la Asamblea Departamental de Nariño (Sentencia de septiembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2834. Actor: Cornelio Bastidas Chaves). 950

**PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO / ESCALAFON DOCENTE - Exclusión / ABANDONO DEL CARGO**

En cuanto a situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. El abandono del cargo no requiere adelantamiento de proceso disciplinario, basta con que se compruebe la causal de abandono; al haberse configurado, la universidad podía legalmente, declarar la vacancia del mismo, lo que comportaba necesariamente, la exclusión del escalafón docente (Sentencia de septiembre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso

Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1117. Actor: Rodolfo Noel González Díaz). . . . . 1056

*PERSONAL DOCENTE - Sueldo - Reajuste*

El sobresueldo del cargo de inspector (de educación) se otorgó sobre el sueldo de la actora como maestra y sustituye el que antes tenía como simple docente por razón del curso que para este efecto había realizado (Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1798. Actor: Eduvina Cabillos de Hernández). . . . . 1033

*POLICIA NACIONAL / ASIGNACION DE RETIRO / SERVICIO MILITAR - Reconocimiento*

Si bien es cierto, a la fecha de retiro de la Policía Nacional no existía norma expresa que autorizara computar el tiempo de servicios militares para efecto de prestaciones sociales de los agentes, ya desde la expedición de la Ley 6ª de 1945 se estableció la acumulación de tiempos de servicio al Estado, prestados sucesiva o alternativamente, a fin de poder cumplir uno de los requisitos exigidos para obtener la pensión de jubilación. La falta de norma expresa que autorizara en el año de 1964 la inclusión del servicio militar en la hoja de servicios de un agente de la Policía no es impedimento para que sea computado, pues es un tiempo de servicio al Estado en la actividad militar (Aclaración de voto de la doctora Clara Forero de Castro a la sentencia de 6 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 192. Actora: Hermencia López viuda de León). . . . . 770

*POLICIA NACIONAL / ASIGNACION DE RETIRO - Tiempo doble / SERVICIO MILITAR*

Si conforme al Decreto 981 de marzo 29 de 1946, únicamente se acumularán los periodos trabajados en los cargos a que se refiere el inciso primero del artículo 13, y éste no contempla el servicio militar entre tales cargos, lógico es concluir en la definida y clara exclusión del servicio militar para efecto de las prestaciones. Para los agentes de la Policía, antes de la expedición del Decreto 3187 de diciembre 27 de 1968, no se había contemplado el beneficio del tiempo doble (Sentencia de 6 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 192. Actora: Hermencia López viuda de León. Con aclaración de voto de la doctora Clara Forero de Castro). . . . . 760

*POLICIA NACIONAL - Oficiales - Separación del servicio*

El abstenerse de darle curso a los reclamos formulados por los oficiales se está desconociendo en forma flagrante el derecho del recurrente a

que su situación sea reexaminada y eventualmente a que se le resuelva favorablemente. Es la consagración legal de su derecho fundamental de defensa (Sentencia de septiembre 12 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 599. Actor: Germán Buriticá C.). 293

**POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / ASOCIACIONES DE PENSIONADOS**

Los ministros no están facultados para reglamentar la ley; a lo sumo pueden indicar procedimientos internos que les permiten ejercer sus atribuciones de inspección y vigilancia y delegar en los jefes de las diferentes dependencias su ejercicio. La Ley 43 de 1984 no le confiere al Ministro de Trabajo poder reglamentario, sino la atribución de inspeccionar y vigilar a las asociaciones de pensionados. SE DECLARA LA NULIDAD de la Resolución número 03758 de 30 de octubre de 1985, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social (Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2094. Actores: Milán Díaz García y otros). . . . . 545

**POTESTAD REGLAMENTARIA / REGISTRO MERCANTIL**

Está vedado, so pretexto de hacer uso de la potestad reglamentaria contemplada en el artículo 120, ordinal 3º de la Carta Política, establecer una sanción consistente en eliminar del registro mercantil al que no proceda a la renovación de la matrícula dentro de los tres primeros meses del año. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISORIAL del artículo 2º del Decreto reglamentario número 668 de 5 de abril de 1989 (Auto de julio 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1196. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry). . . . . 337

**PRESIDENTE - Atribución constitucional / CONTRATO DE IMPORTACION**

Lo que en su oportunidad no hizo el estatuto contractual dictado por el Presidente en uso de facultades extraordinarias y en los cuales no aparece clasificado como administrativo el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el decreto demandado, al introducirle a aquél la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la administración. SE DECRETA LA NULIDAD del artículo 2º del Decreto número 886 de 10 de abril de 1984, expedido por el señor Presidente de la República (Sentencia de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 970. Actor: Rafael Bernal Salamanca). . . . . 298

**PRESTACIONES MEDICAS - Improcedencia / ENTIDAD DE PREVISION SOCIAL**

El sistema de la protección social que se brinda y que se otorga a los beneficiarios a través de las denominadas Cajas de Previsión ha de obedecer a unos mecanismos que, tanto los usuarios como dichas entidades han de acatar para que tenga plenos efectos y plena cobertura (Sentencia de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1816 (10740). Actor: José Benjamín Zapata Correa). . . . .

772

**PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION / ORDENADOR DEL GASTO / MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Inexistencia**

Si las Mesas Directivas del Senado y la Cámara, no tienen personería jurídica, carecen de capacidad para celebrar contratos escritos, verbales o los denominados orden de compra o de trabajo; es por lo tanto el Presidente de la República quien debe celebrar estos contratos o el funcionario a quien él determine delegar dicha función (Concepto de julio 10 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 294. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno. Autorizada su publicación mediante oficio número 578 de 28 de septiembre de 1989).  
 NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido puede consultarse el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 22 de noviembre de 1989. Radicación número 346. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. . . . .

44

**PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION - Inembargabilidad**

Las apropiaciones presupuestales, igual que las rentas y los recursos de capital de la Nación, son inembargables, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 38 de 1989. Las apropiaciones y las rentas, son estrictamente correspondientes y las unas son reflejo de las otras, además, las apropiaciones tienen destinación específica que no puede ser variada sin incurrir en infracción de la ley de apropiaciones (Concepto de agosto 11 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 300. Consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Autorizada la publicación mediante oficio número 00684 de 30 de agosto de 1989). . . . .

50

**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL / ADICION PRESUPUESTAL / CREDITO ADICIONAL / GOBERNADOR - Facultades**

Las adiciones presupuestales de los decretos impugnados se acercan más a los créditos adicionales del presupuesto previstos en los artículos 80 y siguientes del Decreto 2407 de 1981, abierto por el Gobernador durante la ejecución del presupuesto y por ser necesario hacerle modificaciones a éste, no obstante se echen de menos varios

requisitos exigidos por la normatividad para su apertura. SE CONFIRMA LA NULIDAD de los Decretos 0881 de 1986 y 793 de 1986, expedidos por el Gobernador de Santander (Sentencia de agosto 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1054. Actor: Hernán Prada Niño). . . . . 970

**PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL**  
- *Prohibición*

Bajo ningún respecto la Contraloría Departamental está facultada para elaborar y adoptar el Presupuesto de Rentas y Gastos de los Departamentos. SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución número 04991 de 15 de diciembre de 1988 de la Contraloría del Departamento de Santander (Auto de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1254. Actor: Carlos Plata Castilla). . . . . 1043

**PRIMA DE ANTIGUEDAD - Reconocimiento y pago / EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL**

El porcentaje que se le había reconocido al actor de prima de antigüedad no podía ser disminuido, sino que de ahí en adelante, conforme a la reglamentación legal vigente, debían hacerse los incrementos porcentuales en la prima, hasta llegar al máximo del 96% autorizado por el Decreto 306 de 1983. Ello no significaba que el reconocimiento teórico de esos porcentajes autorizara para evadir el límite de remuneración fijado en la ley (Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2675. Actor: Luis Alfonso Marín Vásquez). . . . . 429

**PRINCIPIO DE ELECTIVIDAD / PODER - Presentación**

El recurso presentado oportunamente no pierde su eficacia, dado que la falla puramente adjetiva, como fue la de no haber acreditado con documento autenticado el mandato efectivamente conferido, quedó subsanada posteriormente, y se estableció con certeza la existencia del acto administrativo mediante el cual se otorgó dicho poder. En esta materia, el Consejo de Estado, ante omisiones de carácter adjetivo ha preferido la tesis permisiva o favorable más acorde con el principio de efectividad de los derechos sustantivos. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCIÓN, del acto de convocatoria a concurso para el ingreso a carrera de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia con sujeción a las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo número 002 de octubre de 1988 (Auto de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. Con salvamento de voto del Conjuez doctor Pedro Charriá Angulo). 919

**PRINCIPIO DE PRECLUSION / AUTO ADMISORIO - Notificación / RECURSOS - Oportunidad / SUSPENSION PROVISIONAL - Revocatoria / EXENCION TRIBUTARIA**

En el caso del auto que admite la demanda que debe notificarse al o a los demandados y al Ministerio Público, mientras no se notifique a todas las partes, es susceptible de recursos porque es la notificación a todas las partes y su ejecutoria la que precluye dicha etapa procesal. Pese a que la norma demandada agrega un elemento nuevo que no consagra ninguna norma superior, el artículo 3º de la Ley 44 de 1987 autorizó al Gobierno nacional para determinar los mecanismos de control sin fijarle pautas. La etapa de suspensión provisional no permite a la Corporación definir ese aspecto. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la expresión "y entrega material de bienes dentro de dichas zonas", contenida en el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1889 de 1988 (Auto de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 2367. Actor: Francisco Eladio Gómez G.). ... ..

412

**PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO / SANCION DISCIPLINARIA - Destitución**

La destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en el curso del cual el empleado —en ejercicio del legítimo derecho de defensa— haya tenido todas las posibilidades de controvertir los cargos que se le formulan (Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3804. Actor: Ricardo Botero Ochoa). ... ..

813

**PROCESO DISCIPLINARIO / INSUBSISTENCIA - Desvío de poder / DESVIACION DE PODER / PODER DISCRECIONAL**

Si debiéndose adelantar una investigación disciplinaria no se adelanta, o debiéndose continuar el proceso, en medio del mismo, se hace uso de la facultad discrecional mencionada, es posible que el acto que tal cosa decida está afectado del vicio de la desviación de poder, con todas sus consecuencias, si en el juicio respectivo se demuestra la existencia de causalidad entre la falta y la emisión de dicho acto (Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna, a la sentencia de octubre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 1019. Actor: Rafael Bautista Moller). ...

702

**PROCESO DISCIPLINARIO / INSUBSISTENCIA / ABANDONO DEL CARGO**

La existencia de un proceso disciplinario o la obligación de iniciarlo, no limita la competencia que pueda tener la autoridad nominadora para que en aras del buen servicio declare la insubsistencia del nombramiento, sino existe relación de causalidad entre los hechos

imputados y la decisión de retirar al funcionario del servicio. Para que la administración llegue a la conclusión de que el abandono del cargo se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo no se requiere adelantar un proceso disciplinario (Sentencia de octubre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 1019. Actor: Rafael Bautista Moller. Con salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna). . . . . 691

**PRESCRIPCION - Término / CADUCIDAD - Diferencias**

La diferencia esencial entre la caducidad y la prescripción consiste en que la primera atañe a la acción y la segunda a la pretensión; aquella se refiere al término prescrito por la ley para acudir a la jurisdicción, y ésta al necesario para adquirir o extinguir un pretendido derecho. El término de caducidad es de orden público; la prescripción es particular y relativa al fondo de la controversia. En los procesos disciplinarios sólo es posible la caducidad de la acción, comúnmente conocida como prescripción, que se cumple por la terminación del plazo prescrito por la ley para adelantar y definir la investigación disciplinaria (Concepto de octubre 11 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 313. Autorizada su publicación mediante oficio 10521 de 17 de octubre de 1989). . . . . 89

**PROCURADURIA GENERAL / FUNCION FISCALIZADORA - Régimen jurídico**

La Procuraduría General de la Nación en ningún momento de la historia nacional, ha tenido competencia para intervenir en la vigilancia de entidades de pura índole privada. La vigilancia e inspección sobre sociedades mercantiles se atribuyó al Presidente de la República y de acuerdo con la ley se ejerce efectivamente a través de la Superintendencia Bancaria para las entidades de crédito y de la Superintendencia de Sociedades para las personas privadas de índole mercantil. El artículo 4º del Decreto 2898 de 1953, deberá entenderse derogado pues aunque no fue derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 25 de 1974, si lo hizo implícitamente. Decláranse nulas las Resoluciones números 074 y 077 de 1985, expedidas, respectivamente, el día 22 y el 24 de julio por el señor Procurador General de la Nación (Sentencia de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—). . . . . 834

**PROYECTO DE DECRETO / CARRERA ADMINISTRATIVA / INGRESO AL SERVICIO - Proceso de selección**

El proyecto de decreto reglamenta la Ley 29 de 1989, sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de mérito de los empleos de carrera administrativa (Se emitió con-

cepto favorable) (Concepto de 23 de noviembre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 329. Publicación autorizada mediante oficio número 210 de 14 de diciembre de 1989). . . . . 141

**PRUEBA SUMARIA / PLENA PRUEBA**

Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. En el *sub lite* la Sala considera que tal prueba no existe en los términos que exige la ley, es decir, con todos los elementos de convicción necesarios para pronunciar una sentencia en dirección a la condena por perjuicios, si la parte interesada durante el plenario no puede o no quiere controvertir exitosamente la demostración sumaria. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del ordinal 3º del Acta número 740 de junio 19 de 1984; del ordinal 11 del Acta número 770 de diciembre 4 de 1984; y del ordinal 7º del Acta número 777 de febrero 12 de 1985, proferidas por el Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico (Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 258. Actor: Ancízar Gutiérrez B.). . . . . 563

**R**

**REAJUSTES PENSIONALES - Liquidación**

La Ley 4ª de 1976 prevé alternativas para efectuar los reajustes pensionales creados por dicha ley: a) Cuando se haya incrementado el salario mínimo mensual legal más alto y b) Cuando transcurrido el año no se hubiere producido incremento del salario mínimo mensual más alto. En la primera alternativa la liquidación se efectúa sobre una operación aplicada al antiguo y al nuevo salario mínimo mensual más alto. Cuando no se presenta aumento del salario mínimo legal más alto debe efectuarse la liquidación conforme lo indica el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 (Concepto de 9 de octubre de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 269. Publicación autorizada mediante oficio de 30 de noviembre de 1989). . . . . 83

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA**

La presunta errónea interpretación de la ley, mediante la cual se haya proferido una sentencia, constituye, un error o vicio de juzgamiento, que no encaja dentro del marco de los defectos de nulidad originados en la sentencia, los cuales según la Sala Plena serían algunos vicios de procedimiento (Sentencia de 18 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 2724. Actores: Salvador Alfonso Amaya Ruiz y otros). . . . . 789

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / PRUEBA RECOBRADA**

La ley establece como causal de revisión la recuperación de pruebas decisivas con posterioridad a la sentencia, refiriéndose a aquellos medios probatorios respecto de los cuales la parte interesada, sin su culpa, no podía solicitar o aportar oportunamente, pero no aquellos que sin dificultad alguna bien podían obtenerse en su momento. Dicha causal no es una nueva oportunidad para la parte que por negligencia no desplegó su actividad probatoria a tiempo. De ahí que, inequívocamente, la ley emplee el verbo recobrar y no presentar, aducir o allegar (Sentencia de 18 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 2724. Actores: Salvador Alfonso Amaya Ruiz y otros). . . . . 789

**RECURSO DE QUEJA - Improcedencia / CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Pago / CAUCION**

Para admitir el recurso de queja, la apelación debe ser procedente conforme a la ley, es decir, que la providencia sea apelable. En lo atinente a la no necesidad de caución en virtud de que, por disposición legal, el pago de la contribución de valorización podría quedar garantizado con la inscripción de dicho gravamen en la Oficina de Registro, tal aspecto debió ser analizado por el ponente al resolver sobre el ofrecimiento de caución, análisis que no es posible hacerse con oportunidad del recurso de queja, donde sólo se estudia la procedencia o improcedencia de la apelación (Auto de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2595. Actor: Fábrica de Hilazas Vanylon). . . . . 1060

**REGISTRO DE EXPORTADORES DE CAFE / FEDECAFE - Funciones / INCOMEX - Funciones**

El INCOMEX es el ente oficial al cual la ley material le ha encargado en Colombia la atribución propia y singular de reglamentar, el registro de exportadores de café, registro en el cual ha de determinarse los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de los vistos buenos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir, como lo es el de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; "visto bueno" que naturalmente debe ser puesto a posteriori, esto es, que lo dará la Federación después de que el INCOMEX haya elaborado el pertinente reglamento del registro de exportadores de café y se lo haga conocer a la entidad cafetera (Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 445. Actor: Mario López Valencia). . . . . 325

**REMUNERACION EN EL ENCARGO / ENCARGO - Término**

No es lícito que la administración se beneficie de los servicios de un funcionario que ella misma ha colocado en un determinado empleo

a título de encargo, y se niegue a remunerarlo como corresponde porque en razón de su negligencia desconoció disposiciones sobre términos de ese encargo, que sólo a ella le compete cumplir (Sentencia de 21 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3523. Actor: Pedro José Benítez Reina. Con salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz). . . . . 534

S

*SENTENCIA - Aclaración*

Como bien lo anota el señor Fiscal Primero, a pesar de haberse hecho en la sentencia definitiva las consideraciones pertinentes, no se tomó ninguna decisión en la parte resolutive "quedando de esta manera vigente la suspensión provisional de que fue objeto el artículo". Se impone por consiguiente la aclaración de la providencia adicionando la decisión que corresponde sobre dicho artículo (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 595. Actor: Jaime Horta Díaz). . . . . 127

*SENTENCIA - Cumplimiento / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PERSONAL DOCENTE - Traslado*

En razón de que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, forzoso es concluir que en la sentencia al acceder a las súplicas de la demanda, lo hizo en consonancia con el restablecimiento del derecho pedido en el libelo, que por cierto es bien diferente del que se formuló en la segunda demanda de que ahora conoce esta Corporación por vía de apelación de la sentencia del *a quo* (Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 136. Actor: Julio César Patiño Montaña). . . . . 497

*SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / PERSONAS JURIDICAS - Régimen*

La declaratoria de inexecutable del artículo 141 del Decreto 80 de 1980 alcanza a cobijar en sus efectos el literal a) del artículo 7º del Decreto 2799 de ese año en cuanto le transmite los defectos de inconstitucionalidad hallados por la Corte en su sentencia. De otra parte el artículo 12 de la Constitución atribuye al legislador todo lo que tenga que ver con capacidad, reconocimiento y régimen de las sociedades y personas jurídicas. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 7º del Decreto número 2799 de 1980, del Presidente de la República (Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis An-

tonio Alvarado Pantoja. Expediente número 950. Actor: José María del Castillo Abella). . . . . 343

**SERVICIO DE SALUD DE BOGOTA / PRESUPUESTOS PROCESALES / LEGITIMACION PROCESAL**

A la luz de las disposiciones constitucionales y de la doctrina, el Servicio de Salud de Bogotá, no es un establecimiento público. No son válidas por ende las afirmaciones que se hacen en tal sentido en el contrato que lo crea, ni las del funcionario que confirió poder para ser representado en el proceso. Sólo era posible obligar al cumplimiento de la decisión jurisdiccional al Distrito Especial de Bogotá. En ningún caso podría obligarse al Servicio de Salud de Bogotá, por no ser éste un establecimiento público sino una dependencia del Distrito Especial de Bogotá; lo que indica que el Servicio de Salud de Bogotá no tiene "legitimario *ad procesum*", requisito procesal que impide un fallo de fondo sobre las pretensiones del actor (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1211. Actor: Matadero Tunjuelito S. A.). . . . . 1027

**SINDICATOS - Asamblea General / MINISTERIO DE TRABAJO - Competencia**

En el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 no se sustrae del ámbito de competencia del Ministro de Trabajo, la atribución de someter a votación a la Asamblea General para que decida entre declarar la huelga o convocar un tribunal de arbitramento (Sentencia de septiembre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1826. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo). . . . . 483

**SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Circulares**

Por principio, las circulares que expide el Superintendente Bancario no constituyen ejercicio de la facultad presidencial conferida por el ordinal 3 del artículo 120 de la C. N., sino actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones (Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1110. Actora: Adriana Herrera Beltrán). . . . . 617

**SUPERINTENDENTE BANCARIO - Incompetencia / POSESION DIRECTIVOS BANCARIOS**

No podía el Superintendente Bancario, pues no tiene competencia para ello, establecer a su favor funciones como la de abstenerse de dar posesión a quien haya verificado tal diligencia dentro del plazo de tres meses que en la circular demandada se determina, o declarar la vacancia de un cargo cuya provisión compete a personas de derecho privado como son las Juntas Directivas de los establecimientos

bancarios (Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano a la sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1110. Actora: Adriana Herrera Beltrán). . . . . 630

**SUPERINTENDENTE BANCARIO - Facultades / ACTOS DE POLICIA - Abstención de posesionar / SANCION / POSESION DIRECTIVOS BANCARIOS**

La etapa culminante en el proceso de nombramiento de directores de entidades financieras —la posesión—, conlleva una típica facultad discrecional radicada en el Superintendente Bancario y como tal su ejercicio está encuadrado dentro de dicha finalidad y debe ser proporcional a los hechos en que se basa. El llamado "veto" o abstención del Superintendente Bancario para posesionar a un director de entidad financiera, no encaja en ninguna de las categorías o clases del "derecho sancionatorio" según la clasificación de la Corte, porque no se trata de su imposición con carácter o a título de sanción. La abstención de posesionar a un directivo mediante un acto administrativo, constituye un acto típico de policía destinado a prevenir una situación de orden económico que le atribuye la ley, mas no a sancionar a determinada persona (Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1110. Actora: Adriana Herrera Beltrán. Con salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano). . . . . 617

**SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades / POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA / SOBERANIA MONETARIA / ACTIVIDAD BANCARIA - Naturaleza**

Siendo la actividad bancaria un servicio público concedido por el Estado, sometido a un régimen especial y una vigilancia inmediata, es claro que se trata de una actividad limitada a aquellas operaciones expresamente autorizadas y siempre sujetas a posibles restricciones, ya que no se puede alegar derechos adquiridos ni invocar la autonomía privada, ante una relación de derecho público, en la que está de por medio el interés colectivo, como lo es la concesión del servicio público bancario. La ley asignó la vigilancia de quienes realizan la actividad bancaria, ya sean estatales o particulares, a la Superintendencia Bancaria, y es ésta quien en ejercicio de las competencias que le son propias, vigila que dicho servicio público en el cual está en juego el interés colectivo, se preste debidamente, para lo cual cuenta con facultades de policía administrativa económica (Sentencia de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1012. Actor: Banco de Occidente S. A.). . . . . 593

**SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia / IMPUESTO A BILLETES DE LOTERIA**

La simple confrontación de la norma legal que estableció el impuesto a los billetes de lotería y a las boletas de rifas con el texto acusado

permite advertir claramente que existe contradicción manifiesta entre lo que dispone la ley y lo que regula el reglamento. **SUSPENDE PROVISIONALMENTE** los efectos del literal a) del artículo 12 del Decreto reglamentario número 592 de 1976 expedido por el Gobierno nacional (Auto de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2587. Actor: Alvaro Tafur Galvis). ... 349

**SUSPENSION PROVISIONAL - Revocación / INTRA / CONTRAVENCION DE TRANSITO**

En cuanto al aspecto relacionado con que en algunas disposiciones suspendidas se creen o no contravenciones y multas, se ofrecen objeciones en las apreciaciones del auto suplicado, que para dilucidarse, al igual que el punto sobre las potestades del INTRA, es menester adelantar un estudio cuidadoso, propio de la sentencia. **SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 15; párrafo del artículo 20; 25, 28 y 31 del Decreto número 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el señor Presidente de la República (Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1212. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales). ... 402

**SUSPENSION PROVISIONAL / PRUEBA SUMARIA / CINEMATOGRAFIA**

Quien afirma el perjuicio debe demostrarlo, aunque sea en forma sumaria. La carga de la prueba compete a quien alega la ocurrencia del perjuicio. **SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL** de la Resolución 0434, proferida por el Comité de Clasificación de Películas, del Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se prohibió la exhibición pública de la película "La última tentación de Cristo", el día 16 de diciembre de 1988 (Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1170. Actor: Cinema International Corporation Ltda.). ... 931

**SUSPENSION PROVISIONAL / CARRERA JUDICIAL**

Si conforme al precepto del artículo 162 de la C. N. es la ley la que ha de reglamentar los sistemas de concursos y según el artículo 1º del Decreto 0052 de 1987 "la Carrera Judicial tiene por objeto ... asegurar en igualdad de oportunidades el ingreso y ascenso en el servicio", no queda duda de la evidente violación que en la demanda se imputa al acto enjuiciado (Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker al auto de 21 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4039. Actor: Jaime Horta Díaz). ... 744

**SUSPENSION PROVISIONAL / CARRERA JUDICIAL**

Para determinar si la violación de las normas constitucionales y legales que se han indicado aparece diáfana y ostensible, habrá que

medir las acepciones, las tendencias o significados que el ordenamiento de la Carta otorga a los verbos conjugados en futuro del indicativo "establecerá" y "reglamentará", atributivos de la potestad encomendada al legislador en cuanto hace a la "carrera judicial" y a los "sistemas" de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales..." (art. 62 del Acto legislativo número 1 de 1945). Si para llegar a la conclusión que corresponda de tal modo que no quepa duda de la violación, es claro que ésta deja de ser manifiesta, obvia, flagrante (Auto de 20 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4039. Actor: Jaime Horta Díaz. Con salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker). . . . .

737

*SUSPENSION PROVISIONAL - Revocación*

Debe revocarse la suspensión provisional que se decreta cuando el tema sobre que ella se ocupa ofrece interrogantes que no es dable dilucidar a primera vista. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 107, 108, 109 y 110 del Decreto Departamental Extraordinario 1562 de 15 de agosto de 1984 (Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1265. Actor: Alberto Montoya Montoya). . . . .

982

*SUSPENSION PROVISIONAL / GOBERNADOR - Facultades*

En tanto que el decreto demandado de la Gobernadora crea un organismo descentralizado con personería jurídica propia, la ordenanza otorgó facultades para reorganizar la estructura administrativa del departamento, con evidente exceso de facultades. SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 00099 de 7 de julio de 1988, expedido por el Gobernador del Departamento del Cesar (Auto de septiembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1263. Actor: Carlos Quintero Romero). . . . .

977

*SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento*

Partiendo de la base de que el acuerdo demandado en lo atinente a la radicación que dispone, es un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter subjetivo, ha debido acreditarse el agotamiento de la vía gubernativa, o que no se dio oportunidad de recurrir o que operó el silencio administrativo. En punto de la suspensión provisional no se demostró el perjuicio, ni acreditó el interés que al accionante le asiste para acudir ante la jurisdicción contenciosa. SE REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Acuerdo número 035 que con fecha 28 de septiembre de 1988 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, en cuanto a la determinación del acto acusado sobre jueces radicados o ambu-

lantes (Auto de agosto 2 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1058. Actor: Jair Gabriel Fonseca). . . . . 1023

**SUSPENSION PROVISIONAL / SUSTRACCION DE MATERIA**

El recurso de súplica se dirige a cuestionar la justicia del auto que se suplica y la prosperidad de aquél implica la censura hacia éste y en verdad que en la ocasión presente ya no era del caso entrar a discutir si la suspensión había sido mal o bien decretada para revocar o confirmar el auto suplicado por cuanto la norma suspendida fue derogada por el legislador con posterioridad al decreto de suspensión (Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano, al auto de septiembre 8 de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2121. Actor: Roberto Mutis Puyana). . . . . 401

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / SUSTRACCION DE MATERIA**

La medida de suspensión provisional se justifica en cuanto la decisión administrativa esté vigente y por lo tanto produzca sus efectos jurídicos, ya que si éstos no se están produciendo o la decisión no es susceptible de producirlos, no tiene operancia la suspensión provisional por sustracción de materia. LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de la frase "cuyo valor anual acumulado sea superior a cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000)" contenida en el inciso primero del Decreto reglamentario 0634 de abril 8 de 1988, la cual había sido decretada por auto de 24 de noviembre de 1988 (Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2121. Actor: Roberto Mutis Puyana. Con salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano). . . . . 397

**SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia**

No es admisible el argumento de la apelante de que para deducir la ostensible contradicción del tribunal hubiera tenido que hacer una interpretación de la norma acusada o un análisis profundo de sus implicaciones, ya que le bastó la sencilla confrontación que exige el artículo 152 del C. C. A. para que sea procedente la suspensión provisional. SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 10 del Acuerdo número 19 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá (Auto de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2521. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones). . . . . 1133

**SUSTITUCION PENSIONAL / PENSION DE JUBILACION**

El artículo 212 del C. S. del T. no regula la sustitución pensional, porque teniendo la pensión de jubilación el carácter periódico, su pago debe efectuarse en plazos sucesivos. Por tanto, no se compadecería con la naturaleza de la prestación, el que por ministerio de la ley se exonerara al obligado del deber de cancelarla a aquellas personas que dentro de los parámetros que la regulan, demostraran tener derecho a recibirla (Sentencia de 25 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2783. Actor: América Isabel Lara Porras). . . . . 866

**SUSTRACCION DE MATERIA / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Funciones / PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL**

No por la sentencia anulatoria de la ordenanza sobre presupuesto que sirvió de base a los actos demandados, existe sustracción de materia y por ello ha de desatarse el recurso interpuesto. No puede admitirse que so capa de hacer que se cumplan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y demás actos administrativos, como alega la impugnadora, se tolere la extralimitación de funciones en que ciertamente se colocó la Contraloría Departamental con la emisión de los actos acusados. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los Oficios 0269 y 508 de la Contraloría General del Departamento del Quindío (Auto de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1253. Actor: Departamento del Quindío). . . . . 1038

**SUSTRACCION DE MATERIA / FOCINE**

Resultaría inane cualquier pronunciamiento sobre los artículos acusados del Decreto reglamentario 131 de 1987 por haber sido derogado por el Decreto 1156 de 14 de junio de 1988, artículo 33. SE LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2º del Decreto número 131 de 1987, del Ministerio de Comunicaciones, que había sido decretada mediante auto de 13 de abril de 1988, en el proceso 746 (Sentencia de 15 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes números 642-736-746. Actores: Guiomar Sanín Posada y Pedro Nel Escorcía Castillo). . . . . 421

**SUSTRACCION DE MATERIA - Norma derogada / ACCION DE NULIDAD / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado, no es menester entrar al pronunciamiento de fondo por cuanto hay sustracción de materia y falta de objeto práctico de la sentencia. Pero en el evento que se haya utilizado la acción de restablecimiento y en que el acto acusado hubiere causado perjuicios, la controversia debe fallarse para

efectos de la reparación (Sentencia de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1062. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo). . . . . 540

*SUSTRACCION DE MATERIA / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS / ACTO ADMINISTRATIVO - Pérdida de fuerza ejecutiva*

No es procedente entrar a dictar fallo de fondo sobre la materia controvertida en razón a que las disposiciones impugnadas han perdido su vigencia. La norma objeto de la acción de nulidad, Decreto 2263 de 1984 ha sido derogada expresamente por el Decreto 1134 de 1989, en su artículo 20. Los actos administrativos pierden su fuerza, ejecutoria, es decir, se hacen no aplicables por la administración, ni sujetos de cumplimiento por los asociados, cuando entre otras taxativas razones, han perdido su vigencia (Sentencia de octubre 12 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 522. Actor: Enrique Márquez Díaz). . . . . 238

**T**

*TELECOM / EMPLEADO PUBLICO - Régimen prestacional*

Las normas vigentes no prevén auxilio de asistencia legal para los empleados públicos que en ejercicio de sus funciones resulten involucrados en procesos judiciales. De manera que si la ley no ha fijado esta clase de prestación debe entenderse que los empleados públicos no tienen derecho a su reconocimiento y pago. Además, ninguna entidad distinta al legislador está autorizada para establecer dicha prestación. La Resolución 3015 de 1965, por medio de la cual se establecieron algunas prestaciones extralegales para los empleados de TELECOM, quedó derogada por la legislación expedida en el año de 1968 (Concepto de junio 15 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 293. Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones. Autorizada la publicación con oficio número 0608 de 5 de julio de 1989). . . . . 20

*TITULO EJECUTIVO - Eficacia*

La eficacia del acto a ejecutarse es aspecto que debe establecerse por el funcionario ejecutor antes de emitir el mandamiento de pago ya que sin las condiciones legales que le permiten al acto administrativo surtir efectos, carece de fuerza ejecutoria y la obligación contenida en él, por lo tanto no es exigible (Auto de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2445. Actor: Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá). . . . . 417

**V**

*VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / CATASTRO - Régimen especial / AVALUO CATASTRAL - Revisión*

El régimen especial de catastro, impone la necesidad de observar estrictamente lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 1º del C. C. A. que solamente permite la aplicación de las normas de dicho código, en aquello que no ha sido previsto por las normas especiales, y obviamente que sean compatibles con ellas. La ley estableció en favor del propietario o poseedor la acción de revisión del avalúo en la oficina de catastro cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio, procediendo contra la decisión que como consecuencia de ella se profiera los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa. Al no haberse dado el agotamiento de la vía gubernativa el fallo no puede ser de fondo (Sentencia de noviembre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1121. Actor: Sociedad García González Inversiones y Construcciones Ltda.). . . . . 1065

**Z**

*ZONA FRANCA - Régimen*

Tomados en su conjunto la Ley 6ª de 1971, la Ley 48 de 1983 y la Ley 109 de 1985, todas leyes-marco dictadas por el Congreso sobre Zonas Francas, con fundamento en el artículo 76, numeral 22 de la Constitución, se puede establecer que por las pautas, temas y orientaciones que ellas suministran, el Gobierno nacional en el Decreto 1471 de 1986 no hace sino reglamentarlas, es decir, desarrollarlas en ejercicio de la facultad del artículo 120, numeral 22 de la C. N. Igual ocurre con el Decreto 1472 de 1986 expedido con fundamento en la misma facultad constitucional para regular la materia de cambios internacionales, comercio exterior y particularmente el régimen de aduanas (dentro del cual se incluyen las zonas francas) (Sentencia de julio 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 388. Actor: Asociación de Comerciantes e Industriales de la Zona Franca de Barranquilla). . . . . 199

## INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

SEGUNDO SEMESTRE 1989

### A

	Págs.
ABANDONO DEL CARGO .....	1056
ABANDONO DEL CARGO .....	691
ACCION DE NULIDAD - Improcedencia .....	1136
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO .....	944
ACCION DISCIPLINARIA .....	89
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO .....	475
ACCION CONTRACTUAL .....	856
ACCION DE NULIDAD .....	540
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO .....	540
ACTIVIDAD BANCARIA - Naturaleza .....	593
ACTO DE CARACTER GENERAL - Procedencia .....	944
ACTO DE ELECCION .....	131
ACTO ADMINISTRATIVO - Pérdida de fuerza ejecutoria .....	238
ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia .....	1136
ACTO DE TRAMITE .....	919
ACTO ADMINISTRATIVO - Determinación .....	452
ACTO DEFINITIVO .....	919
ACTO PREPARATORIO .....	723
ACTO ADMINISTRATIVO - Ejecución .....	475
ACTO COMPLEJO .....	727
ACTO SEPARABLE - Inexistencia .....	447
ACTO ADMINISTRATIVO - Notificación .....	801
ACTO SEPARABLE .....	452

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1205

Págs.

ACTO PREPARATORIO .....	924
ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad .....	809
ACTO POLITICO - Relaciones internacionales .....	479
ACTOS DE POLICIA - Abstención de posesionar .....	617
ADICION PRESUPUESTAL .....	970
ADOPCION DE PROGRAMAS .....	372
ADJUDICACION DE BALDIOS - Revocatoria .....	887
AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR .....	509
AGENTE DIPLOMATICO Y CONSULAR .....	883
AMNISTIA TRIBUTARIA .....	225
ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES .....	124
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades .....	956
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Incompetencia .....	950
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Competencia .....	1013
ASIGNACION DE RETIRO - Tiempo doble .....	760
ASIGNACION DE RETIRO .....	770
ASIGNACION DE RETIRO .....	550
ASOCIACION DE AUTORES - Vigilancia .....	134
ASOCIACION DE AUTORES - Inspección .....	134
ASOCIACIONES DE PENSIONADOS .....	545
AUTO ADMISORIO - Notificación .....	412
AUTORIDAD DE TRANSITO .....	333
AUTORIDADES DE TRANSPORTE .....	365
AUTORIDAD DE TRANSITO .....	365
AVALUO CATASTRAL - Revisión .....	1065
AVIANCA - Naturaleza jurídica .....	834

**B**

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO .....	120
BIENES FISCALES - Enajenación .....	1122
BONOS DE VALOR CONSTANTE PARA SEGURIDAD SOCIAL .....	120
BONOS DE VIVIENDA POPULAR .....	56

## C

CADUCIDAD .....	356
CADUCIDAD .....	387
CADUCIDAD - Término .....	475
CADUCIDAD - Diferencias .....	89
CAJA DE VIVIENDA MILITAR .....	379
CARRERA JUDICIAL - Bases del concurso .....	919
CARRERA JUDICIAL .....	899
CARRERA JUDICIAL .....	910
CARRERA ADMINISTRATIVA .....	141
CARRERA JUDICIAL .....	737
CARRERA ADMINISTRATIVA .....	71
CARRERA JUDICIAL (Salvamento de voto) .....	744
CATASTRO - Régimen especial .....	1065
CAUCION .....	1060
CERTIFICADO DE MOVILIZACION .....	333
CESACION DE PROCEDIMIENTO .....	230
CHANCE .....	1049
CINEMATOGRAFIA .....	931
CIRCULARES - Aduanas .....	705
CLAUSULA DE CADUCIDAD - Efectos .....	992
COADYUVANCIA .....	519
CODIGO DE PETROLEOS - Sanciones .....	437
CODIGO DE POLICIA DEL DISTRITO ESPECIAL .....	39
COMISION DE ESTUDIOS .....	632
COMISION SINDICAL .....	33
COMISION NACIONAL DE VALORES - Facultades .....	642
COMITE DE REGALIAS .....	610
COMPANIA DE ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA ...	131
COMPANIA DE SEGUROS - Inversión .....	56
COMPETENCIA .....	230
COMPETENCIA .....	124

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1207

Págs.

COMPETENCIA .....	120
COMPETENCIA .....	39
COMPETENCIA .....	365
CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTA .....	39
CONCEJOS MUNICIPALES - Atribuciones .....	1122
CONFIRMACION - Improcedencia .....	578
CONSEJO DE ESTADO - Competencia .....	967
CONSEJO DE ESTADO - Competencia .....	184
CONSEJO INTENDENCIAL - Competencia .....	1093
CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Admi- nistración .....	899
CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Admi- nistración .....	910
CONTRALOR MUNICIPAL - Competencia .....	95
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Funciones .....	1038
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades .....	1077
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1110
CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades .....	131
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1103
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Prohibición .....	1043
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1106
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Estabilidad en el cargo .....	944
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1093
CONTRATOS .....	355
CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Régimen aplicable .....	379
CONTRATO COFINANCIADO - Naturaleza .....	379
CONTROL DISCIPLINARIO .....	535
CONTROL JURISDICCIONAL - Acto político .....	479
CONTRATO DE IMPORTACION .....	298
CONTRATO DE FIDUCIA .....	9
CONTRATO DE CONCESION .....	1049
CONTRAVENCION DE TRANSITO .....	333
CONTRAVENCION DE TRANSITO .....	402

	Págs.
CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Pago .....	1060
CONTRIBUCION DE VALORIZACION .....	1098
CONTROL FISCAL .....	131
CONTROL FISCAL .....	95
CONVOCATORIA A CARRERA .....	71
COSA JUZGADA - Procedencia .....	716
CREDITO ADICIONAL .....	970
CREDITOS ADICIONALES - Necesidad del gasto .....	151
CREDITOS ADICIONALES .....	180
CREDITOS ADICIONALES .....	182
CREDITOS ADICIONALES .....	194
CREDITOS ADICIONALES - Base normativa .....	176
CREDITOS ADICIONALES .....	184

## D

DEBIDO PROCESO .....	259
DECAIMIENTO DEL ACTO .....	571
DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos .....	129
DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA .....	632
DECRETO-LEY .....	129
DELEGACION DE FUNCIONES .....	967
DEMANDA - Ineptitud .....	519
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION - Concepto .....	723
DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL - Competencia .....	876
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL - Participación .....	71
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS .....	238
DERECHO INTERNACIONAL - Invitaciones .....	447
DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA .....	967
DESVIACION DE PODER (Salvamento de voto) .....	702
DIRECCION GENERAL DE ADUANAS - Competencia .....	705
DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR - Facultades .....	134

DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS - Facultades	705
DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA	75
DOBLE TRIBUTACION	304
DOBLE TRIBUTACION - Inexistencia (Salvamento de voto)	320

**E**

EDAD DE RETIRO FORZOSO	68
EJERCICIO DE PROFESIONES - Reglamentación	289
EJECUCION DE PROGRAMAS	372
EMPLEADO DE PERIODO	555
EMPLEADO PUBLICO	905
EMPLEADO PUBLICO - Régimen prestacional	20
EMPLEADOS PUBLICOS	102
EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL	429
EMPOCUNDI - Gerente	555
EMPRESA DE DESARROLLO URBANO CIUDADELA REAL DE MINAS LTTDA.	131
EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA	95
EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN	1082
ENCARGO - Término (Salvamento de voto)	538
ENCARGO - Término	534
ENCARGO	783
ENCARGO	220
ENTIDAD DE PREVISION SOCIAL	772
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES	325
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES	131
ENTIDADES DE EDUCACION SUPERIOR - Planta de personal	110
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES	281
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión	1056
ESCALAFON DOCENTE - Exclusión	68
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	124
ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS	107

	Págs.
ESTAMPILLA PRO ELECTRIFICACION RURAL . . . . .	961
ESTATUTO PENAL ADUANERO . . . . .	230
EXENCION TRIBUTARIA . . . . .	412
EXPROPIACION CON INDEMNIZACION . . . . .	259
EXPROPIACION CON INDEMNIZACION . . . . .	268
EXTRADICION . . . . .	571

## F

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL . . . . .	939
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL . . . . .	1013
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL . . . . .	961
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL . . . . .	1136
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL . . . . .	304
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL . . . . .	1098
FEDECAFE - Funciones . . . . .	825
FER . . . . .	14
FIDEICOMISO . . . . .	9
FOCINE . . . . .	421
FONDO EDUCATIVO REGIONAL - Creación . . . . .	75
FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Operaciones . . . . .	355
FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOMBIANO . . . . .	134
FUERZAS ARMADAS - Buen retiro . . . . .	801
FUERZAS ARMADAS - Separación . . . . .	801
FUNCION FISCALIZADORA - Régimen jurídico . . . . .	834
FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Carrera administrativa . . . . .	746
FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Carrera administrativa, escalafonamiento automático . . . . .	754

## G

GARANTIA DE CUMPLIMIENTO - Exigibilidad . . . . .	992
GOBERNADOR - Facultades . . . . .	970
GOBERNADOR - Facultades . . . . .	977
GOBERNADOR - Actos . . . . .	967

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1207

Págs.

COMPETENCIA .....	120
COMPETENCIA .....	39
COMPETENCIA .....	365
CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTA .....	39
CONCEJOS MUNICIPALES - Atribuciones .....	1122
CONFIRMACION - Improcedencia .....	578
CONSEJO DE ESTADO - Competencia .....	967
CONSEJO DE ESTADO - Competencia .....	184
CONSEJO INTENDENCIAL - Competencia .....	1093
CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Admi- nistración .....	899
CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Admi- nistración .....	910
CONTRALOR MUNICIPAL - Competencia .....	95
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Funciones .....	1038
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades .....	1077
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1110
CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades .....	131
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1103
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Prohibición .....	1043
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1106
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Estabilidad en el cargo .....	944
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación .....	1093
CONTRATOS .....	355
CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION - Régimen aplicable .....	379
CONTRATO COFINANCIADO - Naturaleza .....	379
CONTROL DISCIPLINARIO .....	505
CONTROL JURISDICCIONAL - Acto político .....	479
CONTRATO DE IMPORTACION .....	298
CONTRATO DE FIDUCIA .....	9
CONTRATO DE CONCESION .....	1049
CONTRAVENCION DE TRANSITO .....	333
CONTRAVENCION DE TRANSITO .....	402

	Págs.
CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Pago .....	1060
CONTRIBUCION DE VALORIZACION .....	1098
CONTROL FISCAL .....	131
CONTROL FISCAL .....	95
CONVOCATORIA A CARRERA .....	71
COSA JUZGADA - Procedencia .....	716
CREDITO ADICIONAL .....	970
CREDITOS ADICIONALES - Necesidad del gasto .....	151
CREDITOS ADICIONALES .....	180
CREDITOS ADICIONALES .....	182
CREDITOS ADICIONALES .....	194
CREDITOS ADICIONALES - Base normativa .....	176
CREDITOS ADICIONALES .....	184

## D

DEBIDO PROCESO .....	259
DECAIMIENTO DEL ACTO .....	571
DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos .....	129
DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA .....	632
DECRETO-LEY .....	129
DELEGACION DE FUNCIONES .....	967
DEMANDA - Ineptitud .....	519
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION - Concepto .....	723
DEPARTAMENTO DE AERONAUTICA CIVIL - Competencia .....	876
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL - Participación .....	71
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS .....	238
DERECHO INTERNACIONAL - Invitaciones .....	447
DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA .....	967
DESVIACION DE PODER (Salvamento de voto) .....	702
DIRECCION GENERAL DE ADUANAS - Competencia .....	705
DIRECCION NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR - Facultades .....	134

**H**

HOMEOPATIA - Reglamentación .....	716
-----------------------------------	-----

**I**

ISS .....	1082
ICFES .....	716
ICEL - Estatuto de personal .....	727
ICETEX - Facultades .....	9
IMPORTACION DE VEHICULOS - Funcionarios del servicio exterior .....	705
IMPORTACION DE VEHICULOS .....	883
IMPORTACION DE VEHICULOS .....	509
IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS - Sanción por mora .....	1013
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Tarifa .....	1136
IMPUESTO AL TABACO - Improcedencia .....	1013
IMPUESTO DE PREVISION SOCIAL - Recaudo .....	107
IMPUESTO DE REMESAS - Liquidación .....	249
IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS .....	1136
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Anticipo .....	1136
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Base gravable .....	304
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Base gravable .....	320
IMPUESTO A BILLETES DE LOTERIA .....	349
INCOMEX - Funciones .....	825
INCORA - Facultades .....	372
INGRESO AL SERVICIO - Proceso de selección .....	141
INSTITUTO GEOGRAFICO "AGUSTIN CODAZZI" .....	816
INSUBSISTENCIA .....	505
INSUBSISTENCIA - Desviación de poder .....	783
INSUBSISTENCIA - Motivación del acto .....	555
INSUBSISTENCIA .....	691
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO .....	526
INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA .....	642
INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA .....	617

	Págs.
INTRA .....	365
INTRA .....	402
INTRA .....	333
IVA .....	1103
IVA - Presupuesto municipal .....	1106

### J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES .....	1049
JUNTA DIRECTIVA - Conformación .....	131
JUNTA DIRECTIVA - Integración .....	325
JUNTA DIRECTIVA - Integración .....	281
JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES - Facultades .....	387
JURISDICCION ORDINARIA .....	124
JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor .....	62

### L

LEGITIMACION PROCESAL .....	1027
LIQUIDACION DE CONDENA .....	79
LIQUIDACION DE CONTRATOS - Efectos .....	856
LOCUCION - Licencia .....	243
LOCUCION - Reglamentación .....	289

### M

MANUAL AERONAUTICO .....	876
MAYORIA ABSOLUTA .....	1114
MERCADO PUBLICO DE VALORES .....	642
MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO .....	44
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO .....	905
MINISTERIO DE TRABAJO - Competencia .....	483
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE .....	102

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1213

Págs.

MINISTERIO DE DESARROLLO .....	610
MITAD MAS UNO .....	1114
MULTA .....	437
MUNICIPIO - Creación .....	723

**N**

NOMBRAMIENTO .....	131
NOMBRAMIENTO .....	578

**O**

ORDENADOR DEL GASTO .....	44
ORGANIZACION RECAUDADORA - Imprudencia .....	134

**P**

PAGO .....	102
PENSION DE JUBILACION .....	866
PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento .....	1082
PENSION DE JUBILACION .....	550
PENSION DE JUBILACION - Reajuste - Reliquidación .....	851
PERJUICIOS MORALES .....	79
PERJUICIOS MATERIALES .....	79
PERMISOS SINDICALES - Imprudencia .....	816
PERMISOS SINDICALES - Imprudencia .....	905
PERSONAL DOCENTE .....	351
PERSONAL DOCENTE - Traslado .....	987
PERSONAL DOCENTE .....	14
PERSONAL DOCENTE - Traslado .....	497
PERSONAL DOCENTE .....	68
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO .....	950
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO .....	1056

	Págs.
PERSONAL DOCENTE - Sueldo - Reajuste .....	1033
PERSONAL DOCENTE .....	33
PERSONAL DOCENTE - Régimen .....	26
PERSONAS JURIDICAS .....	343
PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia .....	44
PILOTOS EXTRANJEROS - Derechos .....	876
PLACAS - Suministro .....	365
PLENA PRUEBA .....	563
PODER- Presentación .....	919
PODER .....	519
POLICIA NACIONAL .....	760
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA .....	593
POLICIA NACIONAL - Oficiales - Separación del servicio .....	293
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA .....	642
POLICIA NACIONAL .....	770
POLIZA DE VIVIENDA .....	351
POSESION DIRECTIVOS BANCARIOS .....	630
POTESTAD REGLAMENTARIA .....	617
POTESTAD REGLAMENTARIA .....	337
POTESTAD REGLAMENTARIA .....	289
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites .....	545
PRESCRIPCION - Término .....	89
PRESIDENTE - Atribución constitucional .....	298
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Inexistencia .....	44
PRESTACIONES MEDICAS - Improcedencia .....	772
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL .....	1038
PRESUPUESTO ADICIONAL .....	194
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL .....	970
PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO .....	182
PRESUPUESTO COMPLEMENTARIO .....	184
PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION - Inembargabilidad .....	50
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL .....	1043
PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACION .....	44

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1215

	Págs.
PRESUPUESTOS PROCESALES .....	1027
PRIMA DE VACACIONES .....	102
PRIMA DE ANTIGUEDAD - Reconocimiento y pago .....	429
PRINCIPIO DE PRECLUSION .....	412
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD .....	919
PRINCIPIO DE CELERIDAD .....	526
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (Salvamento de voto) .....	812
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD .....	526
PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO .....	813
PROCESO DISCIPLINARIO .....	39
PROCESO DISCIPLINARIO .....	691
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION .....	834
PROYECTO DE DECRETO .....	141
PRUEBA SUMARIA .....	931
PRUEBA SUMARIA .....	563

**R**

REAJUSTES PENSIONALES - Liquidación .....	83
RECONOCIMIENTO DEPORTIVO .....	387
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Prueba recobrada .....	789
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Nulidad originada en la sentencia .....	789
RECURSO DE QUEJA - Improcedencia .....	1060
RECURSOS - Oportunidad .....	412
REFORMAS ESTATUTARIAS .....	131
REFORMA URBANA .....	351
REGISTRO MERCANTIL .....	337
REGISTRO DE EXPORTADORES DE CAFE .....	825
RÉMUNERACION EN EL CARGO .....	534
RENUNCIA .....	783
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO .....	497
RESTITUCION DEL BIEN .....	124

	Págs.
RETENCION EN LA FUENTE .....	249
RETIRO POR DERECHO A PENSION .....	68
<b>S</b>	
SANCION .....	617
SANCION DISCIPLINARIA - Destitución .....	813
SAYCO-ACINPRO .....	134
SECRETARIO DE LA CONTRALORIA - Nombramiento .....	956
SELECCION .....	71
SENA .....	62
SENTENCIA - Aclaración .....	127
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos .....	343
SENTENCIA - Cumplimiento .....	497
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos .....	56
SEPARACION DE BIENES .....	550
SERVICIO MILITAR - Reconocimiento .....	770
SERVICIO DE SALUD DE BOGOTA .....	1027
SERVICIO MILITAR .....	760
SINDICATOS - Asamblea General .....	483
SOBERANIA MONETARIA .....	593
SUBSIDIO FAMILIAR .....	14
SUBSIDIO DE TRANSPORTE .....	129
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades .....	593
SUPERINTENDENTE BANCARIO - Incompetencia (Salvamento de voto) .....	630
SUPERINTENDENTE BANCARIO - Facultades .....	617
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Circulares .....	617
SUPRESION DEL CARGO .....	944
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia .....	987
SUSPENSION PROVISIONAL - Revocación .....	402
SUSPENSION PROVISIONAL - Revocación .....	982
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia .....	1133

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

1217

	Págs.
SUSPENSION PROVISIONAL . . . . .	977
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia . . . . .	1023
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia . . . . .	961
SUSPENSION PROVISIONAL - Revocatoria . . . . .	412
SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCIÓN . . . . .	924
SUSPENSION PROVISIONAL . . . . .	919
SUSPENSION PROVISIONAL . . . . .	401
SUSPENSION PROVISIONAL . . . . .	931
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia . . . . .	397
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia . . . . .	349
SUSPENSION PROVISIONAL . . . . .	737
SUSTITUCIÓN PENSIONAL . . . . .	866
SUSTITUCIÓN PENSIONAL - Beneficiarios . . . . .	550
SUSTRACCIÓN DE MATERIA . . . . .	421
SUSTRACCIÓN DE MATERIA . . . . .	1038
SUSTRACCIÓN DE MATERIA - Norma derogada . . . . .	540
SUSTRACCIÓN DE MATERIA . . . . .	238
SUSTRACCIÓN DE MATERIA . . . . .	56
SUSTRACCIÓN DE MATERIA (Salvamento de voto) . . . . .	401
SUSTRACCIÓN DE MATERIA . . . . .	397

**T**

TARJETA PROFESIONAL DEL ARTISTA - Expedición . . . . .	134
TELECOM . . . . .	20
TÍTULO EJECUTIVO - Eficacia . . . . .	417
TÍTULOS DE AHORRO EDUCATIVO - Captación . . . . .	9
TRABAJADORES OFICIALES . . . . .	110
TRABAJADORES OFICIALES - Reconocimiento . . . . .	102

**U**

URBANIZACIÓN . . . . .	1122
------------------------	------

**V**

VALORIZACION - Finalidad de servicio .....	1122
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento .....	1065
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento .....	1082
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento .....	1023
VIVIENDA POPULAR .....	120

**Z**

ZONA FRANCA - Régimen .....	199
-----------------------------	-----

## INDICE ALFABETICO POR ACTORES

### SEGUNDO SEMESTRE 1989

#### A

	Págs.
ACOSTA DE TURBAY LILIA .....	987
AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. —AVIANCA— .....	834
ALCALDIA MUNICIPAL DE CHIRIGUANA .....	723
AMAYA RUIZ SALVADOR ALFONSO Y OTROS .....	789
ARBOLEDA PERDOMO JUAN MANUEL .....	540
ARBOLEDA PERDOMO JUAN MANUEL .....	289
ASOCIACION DE COMERCIANTES E INDUSTRIALES DE LA ZONA FRAN- CA DE BARRANQUILLA .....	199
ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA DEL INSTITUTO POLITECNICO MUNICIPAL .....	1122

#### B

BANCO DE OCCIDENTE S. A. ....	593
BASTIDAS CHAVES CORNELIO .....	950
PAUTISTA MOLLER RAFAEL .....	691
BENITEZ REINA PEDRO JOSE .....	534
BERNAL SALAMANCA RAFAEL .....	298
BOTERO OCHOA RICARDO .....	813
BOTERO MARINO CATALINA .....	809
BRAVO ARTEAGA JUAN RAFAEL Y LUCY CRUZ DE QUIÑONES .....	1133
BRAVO ARTEAGA JUAN RAFAEL Y LUCY CRUZ DE QUIÑONES .....	304
BRAVO ARTEAGA JUAN RAFAEL Y LUCY CRUZ DE QUIÑONES .....	1136
BRECCI MARTIN EDGAR .....	716
BURITICA GERMAN .....	293

**C**

CACERES CORRALES PABLO J. ....	402
CACERES CORRALES PABLO J. ....	365
CACERES CORRALES PABLO J. ....	333
CAMPILLO PARRA CARLOS ENRIQUE ....	325
CARREÑO VARELA BERNARDO ....	372
CARVAJAL SALCEDO ADALBERTO ....	483
CASTRO PERDOMO CESAR ....	387
CAVELIER GERMAN ....	479
CEBALLOS URIZA FERNANDO ....	316
CERVECERIA AGUILA S. A. ....	961
CINEMA INTERNATIONAL CORPORATION LTDA. ....	931
CIRCULO DE PERIODISTAS DEL HUILA ....	967
CLARO BERNARDO ALONSO ....	505
COLMENARES SAYAGO JESUS LIBARDI ....	578
CONSTRUCTORA DE CARRETERAS Y OBRAS CIVILES LTDA. ....	856
CORREAL TORRES MARIA HILDA ....	230
CUBILLOS DE HERNANDEZ EDUVINA ....	1033

**D**

DEL CASTILLO ABELLA JOSE MARIA ....	343
DEPARTAMENTO DEL QUINDIO ....	1077
DEPARTAMENTO DEL QUINDIO ....	1038
DIAZ GARCIA MILAN Y OTROS ....	545

**E**

EDUARDO R. CARDENAS CABALLERO ....	249
EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA ....	417
ESCOBAR HENRIQUEZ ALVARO ....	447

**F**

FABRICA DE HILAZAS VANYLON .....	1060
FONSECA JAIR GABRIEL .....	1023
FRANCO LOATZA GAMALIEL .....	509

**G**

GALAN GOMEZ JOSE ANTONIO .....	956
GALEANO GUEVARA LEONARDO .....	876
GALINDO NIEVES PABLO SEGUNDO .....	1093
GALINDO NIEVES PABLO SEGUNDO .....	727
GALINDO NIEVES PABLO SEGUNDO .....	379
GALINDO NIEVES PABLO SEGUNDO .....	355
GIL ECHEVERRY JORGE HERNAN .....	337
GOMEZ G. FRANCISCO ELADIO .....	412
GOMEZ CASTAÑO ALFONSO .....	939
GONZALEZ DIAZ RODOLFO NOEL .....	1056
GONZALEZ PARRA MANUEL ENRIQUE .....	905
GUTIERREZ B. ANCIZAR .....	563

**H**

HERNANDEZ DE ALBARRACIN MARGARITA .....	632
HERNANDEZ POLO IGNACIO FIDEL .....	1106
HERRERA BELTRAN ADRIANA .....	618
HORTA DIAZ JAIME .....	127
HORTA DIAZ JAIME .....	737
HORTA DIAZ JAIME .....	919
HURTADO DURAN CLARA INES .....	281

**I**

IRIARTE DE SCHROEDER MARGARITA .....	550
--------------------------------------	-----

**J**

JIMENEZ JAIME ALFONSO .....	899
JIMENEZ JAIME ALFONSO .....	910

**L**

LARA PORRAS AMERICA ISABEL .....	866
LEON LINARES ALVARO .....	801
LLANO RODRIGUEZ FRANCISCO JAVIER .....	1013
LOPEZ VALENCIA MARIO .....	825
LOPEZ VIUDA DE LEON HERMENCIA .....	760

**M**

MARIN VASQUEZ LUIS ALFONSO .....	429
MARQUEZ DIAZ ENRIQUE .....	238
MATADERO TUNJUELITO S. A. ....	1027
MEJIA CAMPELO JOSE ANTONIO .....	887
MIGLIETTA JOSEPH HENRY .....	571
MIRA FERNANDEZ FRANCISCO DE PAULA .....	746
MONROY MESA JOSE FRANCISCO .....	475
MONTOYA MONTOYA ALBERTO .....	1049
MONTOYA MONTOYA ALBERTO .....	982
MUTIS PUYANA ROBERTO .....	397

**N**

NAVARRETE GONZALEZ MANUEL HERNANDO .....	851
--	-----

**P**

PATINO MONTANA JULIO CESAR .....	497
PERNA BLANCO PEDRO H. ....	1110

INDICE ALFABETICO POR ACTORES

1223

Págs.

PERNA BLANCO PEDRO H. ....	1103
PLATA CASTILLA CARLOS ....	1043
PLAZAS VEGA MAURICIO ALFREDO ....	225
PRADA NIÑO HERNAN ....	970
PROMOTORA UNIVERSAL DE INVERSIONES LTDA. ....	642
PUENTES VILLAMIZAR OSCAR ....	944

**Q**

QUINTERO ROMERO CARLOS ....	977
-----------------------------	-----

**R**

RESTREPO GONZALEZ JOSE HUBER Y LUIS MARINO DUQUE GOMEZ	705
RODRIGUEZ RODRIGUEZ EDUARDO ....	555
RODRIGUEZ PIZARRO ANDRES ....	351

**S**

SANCHEZ RAMIREZ GLORIA EDITH ....	1098
SANIN POSADA GUIOMAR Y PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO ....	421
SEGURIDAD NUTIBARA LTDA. ....	519
SEGUROS DEL COMERCIO S. A. ....	992
SHERING CORPORATION ....	610
SOCIEDAD DE PETROLEOS COLOMBIANOS LIMITED ....	437
SOCIEDAD CARVAJAL S. A. ....	526
SOCIEDAD AUTOGERMANA S. A. ....	883
SOCIEDAD GARCIA GONZALEZ INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LTDA. ....	1065

**T**

TAFUR GALVIS ALVARO ....	349
--------------------------	-----

**U**

URIBE ARBELAEZ MARTIN ..... 783

**V**

VALDERRAMA DE YEPES MARTHA ..... 220

VELASCO GUERRERO JOSE MARIA ..... 1114

VILLA ZEA HECTOR ..... 1082

**Z**

ZAPATA CORREA JOSE BENJAMIN ..... 772

ZEA RAMIREZ MARIA CLAUDIA ... 259

**INDICE GENERAL**  
**SEGUNDO SEMESTRE 1989**

**PRIMERA PARTE**

**FUNCION CONSULTIVA**

**CONSULTAS DEL GOBIERNO**

	Págs.
1. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con la Ley 18 de 1988 "por la cual se autoriza al ICETEX, para captar ahorro interno y se crea un título valor de régimen especial". Concepto de 12 de junio de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 278. ....	9
2. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con el reconocimiento del subsidio familiar al personal docente y administrativo nacional. Concepto de junio 12 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 279. ....	14
3. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con el Régimen Prestacional de los Empleados Públicos de TELECOM. Concepto de 15 de junio de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 293. ....	20
4. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con la aplicación del Decreto 1647 de 1967, sobre el régimen del personal docente. Concepto de junio 21 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 281. ....	26
5. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada sobre las Comisiones Sindicales de los Docentes. Concepto de junio 21 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 287. ....	33
6. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la competencia del honorable Concejo de Bogotá para expedir el Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá. Concepto de julio 10 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 297. ...	39
7. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre ordenación del gasto por parte de las mesas directivas del Senado y Cámara. Aplicación del artículo	

- 91 de la Ley 33 de 1989. Concepto de 10 de julio de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 294. ... 44
8. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, sobre rentas y recursos del presupuesto general de la Nación. Concepto de agosto 11 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 300. 50
9. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre "Adquisición de excedentes de las Compañías de Seguros y de Reaseguros de Vida de Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial". Concepto de agosto 17 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 298. ... 56
10. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de los aportes al SENA, establecidos por la Ley 21 de 1982. Concepto de agosto 17 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 306. ... 62
11. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con la facultad discrecional de la administración para retirar del servicio a los docentes pensionados. Concepto de septiembre 1º de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 304. ... 68
12. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta relacionada con el Proyecto de Decreto modificatorio de los artículos 187, 197 y 206 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 —Carrera Administrativa—. Concepto de septiembre 21 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 315. ... 71
13. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con la creación de un FER para el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. Concepto de septiembre 25 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 305. ... 75
14. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con el pago de perjuicios morales separadamente de los materiales que deben pagar las entidades públicas y concretamente el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte COLDEPORTES. Concepto de octubre 6 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 311. ... 79
15. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la liquidación de los reajustes pensionales correspondientes a los años 1976 y 1977. Concepto de octubre 9 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 269. ... 83
16. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta sobre la prescripción de la acción disciplinaria en los procesos

- adelantados por la Procuraduría General de la Nación. Concepto de octubre 11 de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 313. . . . . 89
17. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con el ejercicio de la vigilancia y control fiscal de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá. Concepto de octubre 11 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 310. . . . . 95
18. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta relacionada con el reconocimiento y pago de la prima de vacaciones de los trabajadores oficiales (Decreto 1045 de 1978). Concepto de octubre 12 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 318. . . . . 102
19. Ministerio de Defensa Nacional. Consulta relacionada con la destinación del recaudo del impuesto de previsión social por parte de los establecimientos públicos. Concepto de octubre 17 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 316. . . . . 107
20. Ministerio de Educación Nacional. Consulta relacionada con el régimen de la Planta de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional. Concepto de octubre 17 de 1989. Consejero ponente doctor Hernán Cardoso Durán. Radicación número 312. . . . . 110
21. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con el alcance del Decreto 2377 de 1981, sobre recursos provenientes de los bonos de valor constante para seguridad social y su destinación. Concepto de octubre 11 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación número 314. . . . . 120
22. Departamento Nacional de Planeación. Consulta sobre la aplicabilidad de la cláusula de caducidad respecto de contratos de arrendamiento ya vencidos. Concepto de octubre 26 de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 323. . . . . 124
23. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta relacionada con la vigencia y aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 583 de 22 de marzo de 1989, sobre subsidio al servicio público de transporte colectivo de pasajeros. Concepto de noviembre 21 de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 331. . . . . 129
24. Ministerio de Gobierno. Consulta sobre el control fiscal y conformación de las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales. Concepto de noviembre 23 de 1989. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 327. . . . . 131
25. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la inspección y vigilancia de las asociaciones de autores. Concepto de noviembre 28 de 1989. Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón. Radicación número 322. . . . . 134

26. Ministerio de Educación Nacional y Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta relacionada con el Proyecto de Decreto por el cual se reglamenta la Ley 29 de 1989, sobre el proceso de selección que debe seguirse para la provisión por el sistema de méritos de los empleos de carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Concepto de noviembre 28 de 1989. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación número 329. . . . . 141

## TITULO I

### CAPITULO I

#### CONSULTAS DEL GOBIERNO

##### CREDITOS SUPLEMENTARIOS O EXTRAORDINARIOS

1. Consulta del Gobierno sobre el proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la Nación de la vigencia fiscal de 1989. Sala Plena. Concepto de 17 de julio de 1989. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número C-110. . . . . 151
- Salvamento parcial de voto de los doctores Humberto Mora Osejo y Jaime Paredes Tamayo. . . . . 176
- Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro. . . . . 180
- Salvamento parcial de voto del doctor Jaime Betancur Cuartas. . . . . 182
- Salvamento de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo. . . . . 184
- Salvamento parcial de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. . . . . 194

## SEGUNDA PARTE

### CAPITULO II

#### FUNCION JURISDICCIONAL

##### TITULO I

#### ORDEN NACIONAL

### CAPITULO I

#### DECRETOS DEL GOBIERNO

1. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra los Decretos números 1471 y 1472, proferidos por el Presidente de la República el 6 de mayo

- de 1986. Sentencia de julio 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 388. Actor: Asociación de Comerciantes e Industriales de la Zona Franca de Barranquilla. . . . . 199
2. Decreto ejecutivo. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto 3134 de noviembre 4 de 1982. Sentencia de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 936. Actora: Martha Valderrama de Yepes. . . . . 220
3. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra el Decreto 260 de febrero 6 de 1987, artículo 1º, inciso primero. Sentencia de septiembre 4 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 2015. Actor: Mauricio Alfredo Plazas Vega. . . . . 225
4. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra el Decreto 1201 de 1987 (junio 30). Sentencia de agosto 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 679. Actora: María Hilda Correal Torres. . . . . 230
5. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra algunos artículos del Decreto 2263 de 1984. Sentencia de octubre 12 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 522. Actor: Enrique Márquez Díaz. . . . . 238
6. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra el Decreto 651 de 13 de abril de 1988. Sentencia de octubre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes números 962 y 1002. Actores: Juan Manuel Arboleda Perdomo y Laureano Rosero Ruales. . . . . 243
7. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra el inciso 2º, artículo 3º del Decreto 2579 de 1983. Sentencia de noviembre 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1689. Actor: Eduardo R. Cárdenas Caballero. . . . . 249

## CAPITULO II

### DECRETOS DEL GOBIERNO

#### NULIDADES DECRETADAS

1. Decreto reglamentario número 2477 de 1986. Se declara la nulidad parcial del artículo 232. Sentencia de agosto 8 de 1989. Sala de lo

	Págs.
Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5061. Actora: María Claudia Zea Ramírez. . . . .	259
Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. . . . .	268
2. Decreto reglamentario número 700 de 1987. Se declara la nulidad de los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13. Sentencia de agosto 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 971. Actora: Clara Inés Hurtado Durán. . . . .	281
3. Decreto reglamentario número 2670 de 1984. Se declara la nulidad de los artículos 1º a 15, 19, 20, 21, 22 y 23. Sentencia de septiembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 848. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo. . . . .	289
4. Decreto ejecutivo número 1474 de 16 de junio de 1980. Acción de nulidad contra los artículos 2º y 3º. Sentencia de septiembre 12 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 599. Actor: Germán Buriticá C. . . . .	293
5. Decreto reglamentario número 886 de 1984. Se declara la nulidad del artículo 2º. Sentencia de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 970. Actor: Rafael Bernal Salamanca. . . . .	298
6. Decreto reglamentario número 3070 de 1983. Se declara la nulidad del inciso 2º del artículo 1º. Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0082. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y otro. . . . .	304
Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. . . . .	320
7. Decreto reglamentario número 700 de 1987. Se declara la nulidad parcial de los artículos 14 y 28. Sentencia de noviembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 641. Actor: Carlos Enrique Campillo Parra. . . . .	325

### CAPITULO III

#### SUSENSIONES PROVISIONALES DECRETADAS

1. Decreto reglamentario número 460 de 1988. Suspensión provisional de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 15, párrafo artículo 20, 25, 28 y 31. Auto

INDICE GENERAL

1231

Págs.

- de julio 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1212. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. . . . . 333
2. Decreto reglamentario número 668 de 1989 (abril 5). Suspensión provisional del artículo 2º. Auto de julio 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1196. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry. . . . . 337
3. Decreto reglamentario número 2799 de 1980. Suspensión provisional del artículo 7º. Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 950. Actor: José María del Castillo Abella. . . . . 343
4. Decreto reglamentario número 592 de 1976. Suspensión provisional del literal a) del artículo 12. Auto de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2587. Actor: Alvaro Tafur Galvis. . . . . 349
5. Decreto reglamentario número 0093 de 1989 (enero 11). Suspensión provisional del artículo 2º. Auto de agosto 2 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1128. Actor: Andrés Rodríguez Pizarro. . . . . 351
6. Decreto reglamentario número 1059 de 1988. Suspensión provisional del artículo 3º. Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1132. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. . . . . 355
7. Decreto reglamentario número 1147 de 1971. Suspensión provisional del artículo 1º literales a), b), c), e), f), g), h), i) y j); inciso primero y parágrafo 2º del artículo 2º y el artículo 3º del Decreto reglamentario 2199 de 25 de octubre de 1988; y Resoluciones números 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989 dictadas por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, ambas en su totalidad. Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1274. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. . . . . 365
8. Decreto reglamentario número 2107 de 1988 Suspensión provisional de la oración del artículo 44, inciso 2º. Auto de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1312. Actor: Bernardo Carreño Varela. . . . . 372

9. Decreto reglamentario número 1988 de 19 de julio de 1985. Suspensión provisional. Auto de diciembre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1337. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. ... .. 379

## CAPITULO IV

### SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS

1. Decreto reglamentario número 515 de 1986. Se revoca la suspensión provisional del artículo 9º parcialmente, y parágrafo del artículo 11. Auto de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1123. Actor: César Castro Perdomo. ... .. 387
2. Decreto reglamentario número 0634 de 1988. Se revoca la suspensión provisional de la frase del inciso 1º. Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2121. Actor: Roberto Mutis Puyana. ... .. 397
- Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano. ... .. 401
3. Decreto reglamentario número 460 de 1988. Se revoca la suspensión provisional de los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 15; parágrafo del artículo 20; 25, 28 y 31. Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1212. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. ... .. 402
4. Decreto reglamentario número 1889 de 1988. Se revoca la suspensión provisional del artículo 6 parcialmente. Auto de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 2367. Actor: Francisco Eladio Gómez G. ... .. 412
5. Decreto reglamentario número 131 de 1987. Se revoca la suspensión provisional del artículo 2º. Sentencia de diciembre 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes números 642, 736 y 746. Actores: Guiomar Sanín Posada y Pedro Nel Escorcía Castillo. ... .. 421

## CAPITULO V

### RESOLUCIONES Y OTROS ACTOS MINISTERIALES

1. Ministerio de Justicia. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 5580 de 5 de septiembre de 1984, 8078 de 27 de noviembre de 1984 y 1067 y 1068 de marzo 28 de 1985, todas ellas

- firmadas por la Viceministra de Justicia y la Jefe de División de Asistencia Rama Jurisdiccional. Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2675. Actor: Luis Alfonso Marín Vásquez. . . . . 429
2. Ministerio de Minas y Energía. Acción de nulidad contra la Resolución 525 de 1986 (agosto 4). Sentencia de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 822. Actor: Sociedad Petróleos Colombianos Limited. . . . . 437
3. Ministerio de Relaciones Exteriores. Acción de nulidad contra unas invitaciones hechas a algunos países para que formularan propuestas en orden a la recuperación del Galeón San José. Auto de agosto 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1020. Actor: Alvaro Escobar Enríquez. . . . . 447
- Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. . . . . 452
4. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 230 de 1988 —25 de enero— y 1242 de 1988 —8 de abril—. Auto de septiembre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4481. Actor: José Francisco Monroy Mesa. . . . . 475
5. Ministerio de Relaciones Exteriores. Acción de nulidad contra la Nota número 747 de 29 de marzo de 1979. Auto de septiembre 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1144. Actor: Germán Cavellier. . . . . 479
6. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acción de nulidad contra la Resolución 01192 de 1986 —18 de abril—. Sentencia de septiembre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1326. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo. . . . . 483
7. Ministerio de Educación Nacional. Acción de nulidad contra la Resolución número 7288 de 12 de junio de 1981. Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 136. Actor: Julio César Patiño Montaña. . . . . 497
8. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 01114 de 22 de marzo de 1982. Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1008. Actor: Bernardo Alonso Claro. . . . . 505

9. Ministerio de Relaciones Exteriores. Acción de restablecimiento del derecho contra las comunicaciones número J-00105 de 10 de enero de 1983 y del Jefe de Personal del Ministerio número AP-05379 de 8 de noviembre de 1982. Sentencia de octubre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1673. Actor: Gamaliel Franco Loaiza. . . . . 509
10. Ministerio de Defensa Nacional. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 6875 de diciembre 10 de 1985 y 1368 de marzo 10 de 1987. Sentencia de octubre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 771. Actor: Seguridad Nutibara Ltda. . . . . 519
11. Ministerio de Minas y Energía. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 1669 de 8 de agosto de 1984 y 0205 de 19 de febrero de 1985. Auto de noviembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4730 (190). Actor: Sociedad Carvajal S. A. . . . . 526
12. Ministerio de Relaciones Exteriores. SILENCIO ADMINISTRATIVO. Sentencia de noviembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3523. Actor: Pedro José Benítez Reina. 534
- Salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz. . . . . 538
13. Ministerio de Relaciones Exteriores. Acción de nulidad contra la Resolución número 0993 de 19 de mayo de 1988. Sentencia de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1062. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo. . . . . 540

## CAPITULO VI

### NULIDAD DE RESOLUCIONES MINISTERIALES

1. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acción de nulidad contra la Resolución número 3758 de 30 de octubre de 1985. Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2094. Actores: Milán Díaz García y otros. . . . . 545
2. Ministerio de Defensa Nacional. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 1875 de 13 de septiembre de 1979. Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1883. Actora: Margarita Iriarte de Schroeder. . . . . 550

3. Ministerio de Salud Pública. Acción de nulidad contra las Resoluciones 13421 y 14469 de fecha 12 y 30 de noviembre de 1982. Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1814. Actor: Eduardo Rodríguez Rodríguez. . . . . 555

## CAPITULO VII

### SUSPENSIONES REVOCADAS DE RESOLUCIONES MINISTERIALES

1. Ministerio de Desarrollo. Acción de nulidad contra Resoluciones del Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo Económico. Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 258. Actor: Ancizar Gutiérrez B. . . . . 563

## CAPITULO VIII

### RESOLUCIONES DEL GOBIERNO

1. Presidencia de la República. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 204 de 1987 y 73 de 1985. Auto de julio 7 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 949. Actor: Joseph Henry Miglietta. . . . . 571
2. Presidencia de la República. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 259 y 297 de 19 de septiembre y de 25 de octubre de 1985. Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2640. Actor: Jesús Libardi Colmenares Sayago. . . . . 578

## CAPITULO IX

### ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. Superintendencia Bancaria. Acción de nulidad contra los Oficios D.Rev 39419 de 17 de octubre de 1983 y DB 3268-32282 de 13 de agosto de 1984. Sentencia de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1012. Actor: Banco de Occidente S. A. . . . . 593
2. Comité de Regalías del Ministerio de Desarrollo. Acción de nulidad contra el Acta número 820 de 1986 y la comunicación 3.22 CRS 190 de 17 de marzo de 1986. Sentencia de julio 31 de 1989. Sala de lo Conten-

- cioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 593. Actor: Shering Corporation. . . . . 610
3. Superintendencia Bancaria. Acción de nulidad contra la Circular Externa PD 055 expedida el 26 de junio de 1984. Sentencia de agosto 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárata. Expediente número 1110. Actora: Adriana Herrera Beltrán. . . . . 617
- Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano. . . . . 630
4. Procuraduría General de la Nación. Acción de nulidad contra el Decreto número 219 de 4 de julio de 1983. Sentencia de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1419. Actora: Margarita Hernández de Albarracín. . . . . 632
5. Comisión Nacional de Valores. Acción de plena jurisdicción contra los oficios de fecha 14 de septiembre y 20 de septiembre de 1982. Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 0477. Actor: Promotora Universal de Inversiones Ltda. . . . . 642
6. Caja Nacional de Previsión Social. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 0435. Sentencia de octubre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 1019. Actor: Rafael Bautista Moller. . . . . 691
- Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. . . . . 702
7. Dirección General de Aduanas. Acción de nulidad contra la Resolución (sic) 910 de 12 de noviembre de 1986. Sentencia de octubre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expedientes números 832 y 2164. Actores: José Huber Restrepo González y Luis Marino Duque Gómez. . . . . 705
8. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES—. Acción de nulidad contra el Acuerdo número 050 de marzo de 1980, expedido por la Junta Directiva de este organismo. Sentencia de noviembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 635. Actor: Edgar Brecci Martín. . . . . 716
9. Departamento Nacional de Planeación. Acción de nulidad contra el Oficio número J-114 de 22 de noviembre de 1988. Auto de noviembre 16 de 1989, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1305. Actor: Alcaldía Municipal de Chiriguaná. . . . . 723

10. Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL—. Acción de nulidad contra un aparte del artículo 84 del Acuerdo número 020 de 3 de octubre de 1972. Sentencia de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2371. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. . . . . 727
11. Corte Suprema de Justicia. Acción de nulidad contra el Acuerdo número 002 de 13 de octubre de 1988 “por el cual se señalan las bases, fechas y modalidades para la convocatoria del concurso a carrera de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial”. Auto de noviembre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4039. Actor: Jaime Horta Díaz. . . . . 737
- Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. . . . . 744
12. Instituto de los Seguros Sociales. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 03928 de 13 de agosto de 1984. Sentencia de noviembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3010. Actor: Francisco de Paula Mira Fernández. . . . . 746
- Salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna. . . . . 754
13. Dirección General de la Policía. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 0547 y 849 de 18 de febrero y 13 de abril de 1982. Sentencia de diciembre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 192. Actora: Hermencia López viuda de León. . . . . 760
- Aclaración de voto de la doctora Clara Forero de Castro. . . . . 770
14. Superintendencia Bancaria. Acción de nulidad contra la decisión contenida en el Acta número 006 de julio 8 de 1983 y la Resolución 966 de 1983 —19 de septiembre—. Sentencia de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 1816 (10740). Actor: José Benjamín Zapata Correa. . . . . 772
15. Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de nulidad contra las Resoluciones números 0399 de 20 de marzo de 1980 y 0529 de 22 de abril del mismo año. Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 547. Actor: Martín Uribe Arbeláez. . . . . 783
16. Comisión de la Mesa del Senado de la República. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 125 de 19

de octubre de 1982. Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 2724. Actores: Salvador Alfonso Amaya Ruiz y otros. . . . . 789

## CAPITULO X

### NULIDAD DE ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. Club Militar de Oficiales. Se declara la nulidad de la comunicación 251/CM-SD.93-c de fecha 28 de agosto de 1984 y contra el acta de fecha 20 de enero de 1975. Sentencia de agosto 23 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 1030. Actor: Alvaro León Linares. . . . . 801
2. Superintendencia de Control de Cambios. Se declara la nulidad de la Resolución número 00990 de 8 de noviembre de 1984, artículo 28. Sentencia de septiembre 4 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1493. Actora: Catalina Botero Marino. . . . . 809  
Aciaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. . . . . 812
3. Instituto Nacional de Salud. Se declara la nulidad de la Resolución 1963 de septiembre 11 de 1984. Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 3804. Actor: Ricardo Botero Ochoa. . . . . 813
4. Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Se declara la nulidad de la Resolución número 1126 de 1975, artículo 1º, y de la Resolución número 1127 de 1975, artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º y la Circular 4646 de 1978, numeral 3. Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1116. Actor: Fernando Ceballos Uriza. . . . . 816
5. Comité Nacional de Cafeteros de Colombia. Se declara la nulidad de la Resolución número 9 de fecha 8 de noviembre de 1984. Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 445. Actor: Mario López Valencia. . . . . 825
6. Procuraduría General de la Nación. Se declara la nulidad de las Resoluciones números 074 y 077 de 22 y 24 de julio de 1985. Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia —AVIANCA S. A.— . . . . . 834

7. Caja Nacional de Previsión Social. Se declara la nulidad de las Resoluciones 02746 de 27 de febrero de 1985, 08557 de 2 de agosto de 1985 y 4025 de 27 de septiembre de 1985. Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 3994. Actor: Manuel Hernando Navarrete González. . . . . 851
8. Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Se declara la nulidad de la Resolución número 8550 de 20 de noviembre de 1984. Sentencia de octubre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5655. Actor: Constructora de Carreteras y Obras Civiles Ltda. . . . . 856
9. Caja Nacional de Previsión Social. Se declara la nulidad parcial de la Resolución número 5921 de 1980 y la nulidad total de las Resoluciones números 7964 de 1981, 3159 y 2615 de 1983. Sentencia de octubre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 2783. Actora: América Isabel Lara Porras. . . . . 866
10. Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Se declara la nulidad del acápite 2.2.9.1. hoy marcado con el 2.2.9.4. de la Sección Segunda del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado por la Resolución 2450 de 19 de diciembre de 1974. Sentencia de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 695. Actor: Leonardo Galeano Guevara. . . . . 876
11. Dirección General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se declara la nulidad de las Circulares números P/C 410 de 2 de octubre de 1986 y P/C 246 de 12 de julio de 1987. Sentencia de diciembre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 898. Actor: Sociedad Autogermana S. A. . . . . 883
12. Instituto Colombiano para la Reforma Agraria. Se declara la nulidad parcial de la Resolución 2402 de 11 de mayo de 1981, dictada por el subgerente jurídico del INCORA. Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3408. Actor: José Antonio Mejía Campelo. . . . . 887

CAPITULO XI

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DE OTRAS  
AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

1. Procuraduría General de la Nación. Se suspenden provisionalmente los artículos 2º a 6º de la Resolución número 124 de diciembre 6 de 1988. Auto de agosto 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo.

- Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker. Expediente número 4232. Actor: Jaime Alfonso Jiménez. ... 899
2. Secretaría General del Ministerio de Hacienda. Se decreta la suspensión provisional de la Resolución número 489 de enero 25 de 1978. Auto de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker. Expediente número 3902. Actor: Manuel Enrique González Parra. ... 905
3. Procuraduría General de la Nación. Se decreta la suspensión provisional de los artículos 1º y su parágrafo, 2º y su parágrafo, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y su parágrafo transitorio, 9º y 10 de la Resolución número 150 de 26 de julio de 1989. Auto de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala Unitaria. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 4671. Actor: Jaime Alfonso Jiménez. ... 910

**CARTULO XII**

**SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS DE ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL**

1. Consejo Superior de la Administración de Justicia. Se revoca la suspensión provisional del acto de convocatoria a concurso para el ingreso a carrera de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Auto de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 4038. Actor: Jaime Horta Díaz. ... 919
- Salvamento de voto del Conjuéz doctor Pedro Charria Angulo. ... 924
2. Comité de Clasificación de Películas. Se revoca la suspensión provisional de la Resolución 0434 de diciembre 16 de 1988. Auto de septiembre 21 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1170. Actor: Cinema International Corporation Ltda. ... 931

**TITULO II**

**ORDEN DEPARTAMENTAL**

**CAPITULO I**

**ACTOS DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES**

1. Asamblea Departamental de Santander. Confirma la nulidad de la Ordenanza número 21 de 1983. Sentencia de julio 7 de 1989. Sala de

- lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2161. Actor: Alfonso Gómez Castaño. . . . . 939
2. Asamblea Departamental de Santander. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 07 de 25 de octubre de 1985. Sentencia de julio 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2844. Actor: Oscar Puentes Villamizar. . . . . 944
3. Asamblea Departamental de Nariño. Declara la nulidad de la Ordenanza número 02 de octubre 16 de 1985. Sentencia de septiembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2834. Actor: Cornelio Bastidas Chávez. . . . . 950
- Aclaración de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. . . . . 955
4. Asamblea Departamental de Boyacá. Confirma la suspensión provisional de la Ordenanza número 01 de 1985, artículo 2º. Auto de diciembre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1316. Actor: José Antonio Galán Gómez. . . . . 956
5. Asamblea Departamental de Bolívar. Revoca la suspensión provisional del artículo 4º de la Ordenanza número 11 de 1987 (diciembre 10). Auto de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2698. Actor: Cervecería Aguila S. A. . . . . 961

## CAPITULO II

## ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. Gobernación del Huila. Demanda de nulidad contra las Resoluciones números 289 de abril 6 de 1988 y 445 de mayo 11 del mismo año. Auto de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1192. Actor: Círculo de Periodistas del Huila. . . . . 967
2. Gobernación de Santander. Confirma la nulidad de los Decretos 0881 y 793 de 1986. Sentencia de agosto 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1054. Actor: Hernán Prada Niño. 970
3. Gobernación del Cesar. Confirma la suspensión provisional del Decreto número 00099 de 7 de julio de 1988. Auto de septiembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1263. Actor: Carlos Quintero Romero. . . . . 977

4. Gobernación de Antioquia. Revoca la suspensión provisional del Decreto Departamental número 1562 de 15 de agosto de 1984, artículos 107, 108, 109 y 110. Auto de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1265. Actor: Alberto Montoya Montoya. . . . . 982
5. Gobernación del Atlántico. Confirma la suspensión provisional del Decreto 357 de 30 de junio de 1987. Auto de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 4026. Actora: Lilia Acosta de Turbay. . . . . 987
6. Gobernación de Córdoba. Declara la nulidad parcial del artículo 2º de la Resolución 000822 de 24 de abril de 1985, confirmada por la 0001512 de 26 de julio del mismo año. Sentencia de noviembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 5253-5298. Actor: Seguros del Comercio S. A. . . . . 992
7. Gobernación de Santander. Revoca la suspensión provisional del artículo 67, inciso 2º del artículo 160 y artículo 159 del Decreto 457 de 29 de septiembre de 1988. Auto de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1280. Actor: Francisco Javier Llano Rodríguez. . . . . 1013

### CAPITULO III

#### ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Revoca la suspensión provisional del Acuerdo 035 de 28 de septiembre de 1988. Auto de agosto 2 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1058. Actor: Jair Gabriel Fonseca. . . . . 1023
2. Servicio de Salud de Bogotá. Acción de nulidad contra la Resolución número 017 de 10 de diciembre de 1982. Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago. Hurtado. Expediente número 1211. Actor: Matadero Tunjuelito S. A. . . . . 1027
3. Gobernación de Cundinamarca. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto 0193 de enero 22 de 1979. Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 1798. Actora: Eduvina Cubillos de Hernández. . . . . 1033

4. Contraloría General del Quindío. Confirma la suspensión provisional de los Oficios 0269 y 508 de enero 24 de 1989 y marzo 27 de 1989. Auto de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1253. Actor: Departamento del Quindío. ... 1038
5. Contraloría General de Santander. Confirma la suspensión provisional de los artículos 1º y 2º de la Resolución número 004994 de 15 de diciembre de 1988. Auto de septiembre 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1254. Actor: Carlos Plata Castilla. ... 1043
6. Beneficencia del Valle del Cauca. Acción de nulidad contra los artículos 1º, 3º y 6º del Acuerdo 032 de 1985. Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 976. Actor: Alberto Montoya Montoya. ... 1049
7. Universidad Francisco de Paula Santander. Acción de nulidad contra la Resolución 1011 de 5 de junio de 1981, proferida por el Rector. Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 1117. Actor: Rodolfo Noel González Díaz. 1056
8. Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Barranquilla. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 034 y 065 de 1968. Auto de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2595. Actor: Fábrica de Hilazas Vanylon. 1060
9. Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 25-000-0043-84 de 28 de diciembre de 1984. Sentencia de noviembre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1121. Actor: Sociedad García González Inversiones y Construcciones Ltda. ... 1065
10. Contraloría General del Quindío. Se suspende provisionalmente el Oficio número 0861 de 24 de julio de 1989. Auto de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 1340. Actor: Departamento del Quindío. ... 1077
11. Empresas Públicas Municipales de Medellín. Acción de restablecimiento del derecho contra el oficio número 040934 de mayo 6 de 1981. Sentencia de diciembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente número 3052. Actor: Héctor Villa Zea. ... 1082

## TITULO III

## ORDEN MUNICIPAL

## CAPITULO I

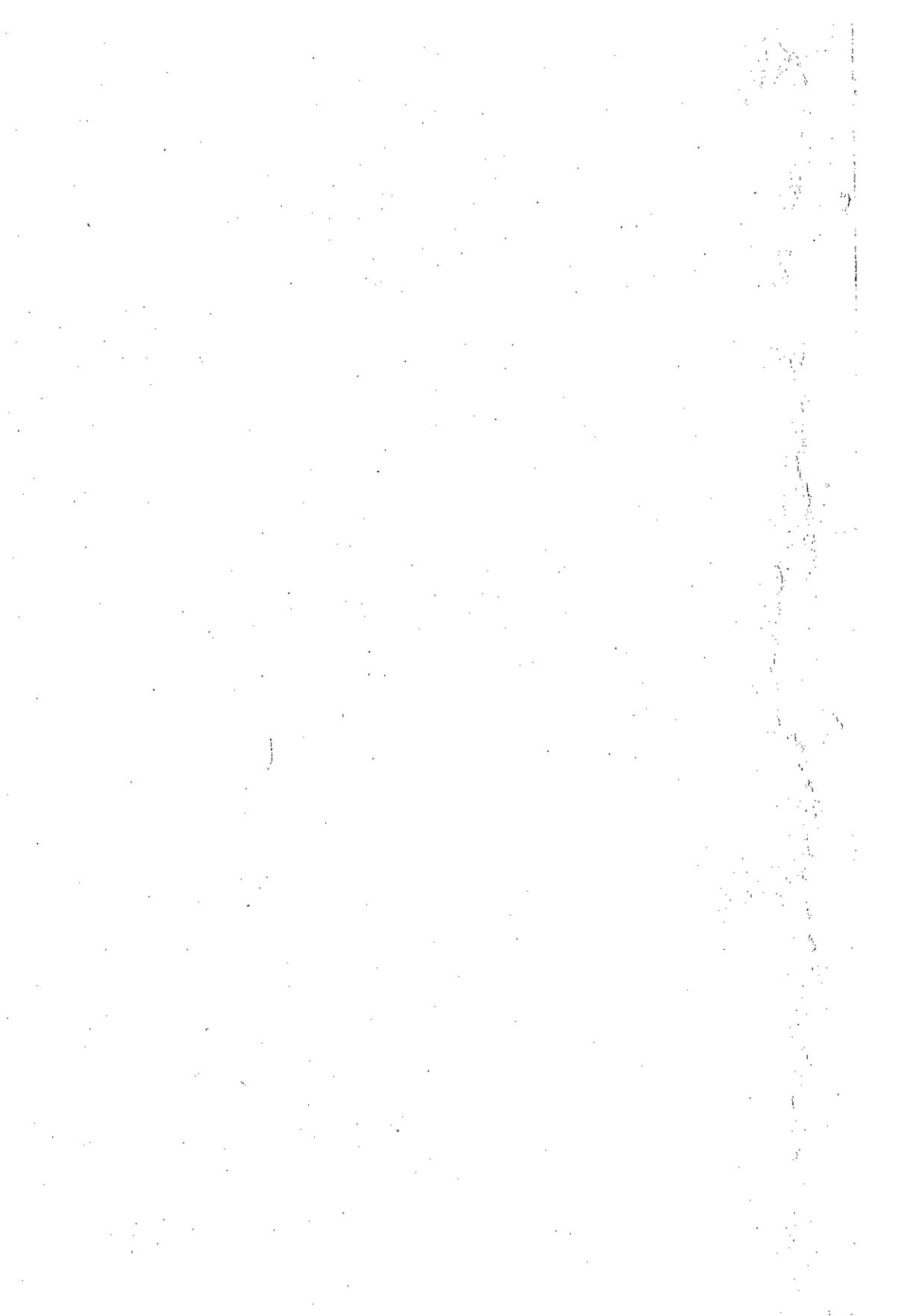
## CONCEJOS MUNICIPALES

1. Consejo Intendencial de Arauca. Confirma la suspensión provisional del Acuerdo número 032 de 27 de octubre de 1988. Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1201. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. . . . . 1093
2. Concejo Municipal de Pereira. Revoca la nulidad del literal e) del artículo 49 del Acuerdo número 3 de 1978. Sentencia de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1587. Actora: Gloria Edith Sánchez Ramírez. . . . . 1098
3. Concejo Municipal de Sampedo. Suspende provisionalmente el Acuerdo número 021 de 23 de noviembre de 1988. Auto de agosto 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1216. Actor: Pedro H. Perna Blanco. . . . . 1103
4. Concejo Municipal de San Benito Abad (Sucre). Suspende provisionalmente el Acuerdo número 004 de noviembre de 1988. Auto de agosto 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1223. Actor: Ignacio Fidel Hernández Polo. . . . . 1106
5. Concejo Municipal de Ovejas (Sucre). Suspende provisionalmente el Acuerdo Municipal número 018 de 9 de noviembre de 1988. Auto de agosto 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1224. Actor: Pedro H. Perna Blanco). . . . . 1110
6. Consejo Intendencial del Putumayo. Revoca la nulidad del Acuerdo número 001 de 6 de agosto de 1987. Sentencia de septiembre 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 839. Actor: José María Velasco Guerrero. . . . . 1114
7. Concejo Municipal de Cali. Se confirma la nulidad del Acuerdo número 20 de 15 de mayo de 1985. Sentencia de octubre 12 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 958. Actor: Asociación de Padres de Familia del Instituto Politécnico Municipal. 1122

## CAPITULO II

## ACTOS DEL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

1. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Se confirma la suspensión provisional del artículo 10 del Acuerdo 19 de 9 de diciembre de 1987. Auto de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2521. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. . . . . 1133
  
2. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Revoca la nulidad del Acuerdo 21 de 1983, artículos 40 y 99, 101 y 102, parcialmente. Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1878. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. . . . . 1136



**INSTITUTO NACIONAL  
PENITENCIARIO Y CARCELARIO  
-- I N P E C --**

Esta obra se terminó de imprimir en el Taller  
de Imprenta, en el mes de septiembre de 1994.

Penicentral de Colombia, Santafé de Bogotá, D. C.

