



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXX
PRIMERA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1990

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

TERCER TRIMESTRE

1990

Presidente

Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Vicepresidente

Doctora Consuelo Sarria Olcos

Secretaria General

Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Simón Rodríguez Rodríguez

Presidente

Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez

Doctor Rodrigo Viera Puerta

Doctor Pablo J. Cáceres Corrales

(Se retiró el 31 de agosto de 1990.

A partir del 1 de septiembre de 1990

se posesionó la doctora Myriam Guerrero de Escobar)

SECRETARIO

Señor Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Doctora Clara Forero de Castro

Presidente

Doctor Joaquín Barreto Ruiz

Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Doctor Alvaro Lecompte Luna

Doctor Diego Younes Moreno

(Se posesionó el 7 de septiembre de 1990)

SECRETARIO

Doctor Miguel A. Perilla Perilla

SECCION TERCERA

Doctor Carlos Betancur Jaramillo

Presidente

Doctor Gustavo De Greiff Restrepo

(Se retiró el 24 de octubre de 1990.

A partir del 25 de octubre de 1990 se posesionó
el doctor Carlos Ramírez Arcila)

Doctor Julio César Uribe Acosta

Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla

SECRETARIO

Doctor Félix Arturo Mora Villate

SECCION CUARTA

Doctor Guillermo Chahín Lizcano

Presidente

Doctor Jaime Abella Zárate

Doctor Carmelo Martínez Conn

Doctora Consuelo Sarria Olcos

SECRETARIO

Señor Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Miguel González Rodríguez

Presidente

Doctor Jorge Penén Deltieure

Doctor Amado Gutiérrez Velásquez

Doctor Euclides Londoño Cardona

(Se retiró el 23 de agosto de 1990.

A partir del 24 de agosto de 1990 se posesionó
el doctor José Joaquín Camacho pardo)

SECRETARIO

Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Jaime Paredes Tamayo

Presidente

Doctor Jaime Betancur Cuartas

Doctor Javier Henao Hidrón

Doctor Humberto Mora Osejo

SECRETARIA

Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1- Doctor Alvaro León Cajiao

2- Doctora Edne Cohen Daza

3- Doctor Jaime Ossa Arbeláez

4- Doctor Rafael Ballén Molina

5- Doctora María Eugenia Samper Rodríguez

6- Doctora Dolly Pedraza de Arenas

7- Doctora Miren De la Lombana de Magyaroff

- 8- Doctor Jaime Mossos Guarnizo
- 9- Doctora Inés Hurtado Cubides
- 10- Doctor Fernando Ospina Henao

RELATORES

Doctora Sonia Mireya Vivas Pineda
Doctor Danilo Rojas Betancourth

**SALA PLENA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

DEPOSITO FRANCO. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. APLICACION INDEBIDA - Inexistencia

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo, en el "*sub lite*", no efectuó una aplicación indebida del artículo 47 del Decreto 444/67, porque en el Depósito Franco autorizado por el Decreto 1428 de 1981 del gobernador de Nariño se encontraban mercancías extranjeras, de cuyo impuesto de importación quedarían exonerados los viajeros que los adquiriesen para consumirlos fuera del departamento de Nariño. De suerte que tratándose de ventas a viajeros de artículos extranjeros, no cabe duda que la norma aplicable es el artículo 47 del Decreto 444/67 y por ende su reglamentario el número 1366 de 1977 y no otra normatividad.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica

Para que a la transgresión de una norma reglamentaria pueda atribuírsele la virtualidad de configurar causal del recurso extraordinario de anulación, se requiere que la relación entre el reglamento y la norma sustancial que reglamenta sea esencial, a tal punto que a pesar de la existencia formal de dos textos normativos, en su entendimiento constituyan una unidad de naturaleza tal, que lo predicable de uno, necesariamente debe predicarse del otro. No existe un enlace sustancia entre la norma legal del artículo 47 del D. 444/67 y las reglamentarias del artículo 3º del D. 1366 de 1977.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá, D.E., Mayo treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N°. R-021 Recurso Extraordinario de Anulación (Reconstrucción -D.e.3825 de 1985) Actor: César Enrique Riascos Recurrente: Compañía Vinícola Ltda.

En escrito presentado ante la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, el apoderado de la sociedad "Compañía Vinícola Limitada" interpuso, dentro del término de ley, el recurso de anulación contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa Sección el día 19 de abril de 1985, mediante la cual confirmó el fallo de primera instancia de fecha 5 de mayo de 1983, originario del Tribunal Administrativo de Nariño, recaído dentro del proceso instaurado por César Enríquez Riascos, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en esa época en el artículo 67 de la ley 167 de 1941, por medio del cual se declaró la nulidad del decreto 1428 de 29 de diciembre de 1981, expedido por el gobernador del citado Departamento que autorizó a la Compañía impugnadora para establecer en el puerto terrestre de Rumichaca y en el aeropuerto de la ciudad de Pasto, un depósito de licores nacionales y del Grupo Andino, para reexportarlos libres de impuestos departamentales, del Departamento de Nariño, cuyo consumo debía verificarse fuera del territorio de ese Departamento, y se reglamentó el funcionamiento de aquel.

I - EL ACTO ACUSADO.

En la demanda presentada en el Tribunal Administrativo de Nariño, el actor solicitó la declaratoria de nulidad del decreto *1428 de 1981*, de cuya parte resolutive se transcriben los artículos que tienen mayor interés frente al litigio propuesto:

Artículo Primero: Autorízase a la firma COMPAÑIA VINICOLA LTDA., establecer en el puerto terrestre de Rumichaca y en el aeropuerto de la ciudad de Pasto, un depósito de licores nacionales y del Grupo Andino, en tránsito para reexportarlos libres de impuestos departamentales del Departamento de Nariño, y cuyo consumo deberá verificarse solamente fuera del territorio de este Departamento.

Parágrafo: La mencionada firma exportadora, tendrá en el puerto y aeropuertos mencionados, un depósito destinado a la exhibición y embodegamiento de estos productos.

Artículo Segundo: Los artículos destinados a la reexportación, llevarán una etiqueta con la leyenda "PARA EXPORTACION Y CONSUMO FUERA DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO UNICAMENTE".

Artículo Tercero: La Compañía exportadora procederá a constituir a favor del Departamento de Nariño, una garantía por medio de una

Compañía de Seguros, por la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE. (\$100.000.00) para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen en este Departamento sobre licores nacionales y especialmente en lo referente a garantizar su consumo fuera del Departamento de Nariño.

Artículo Cuarto: Los productos que se introduzcan en tránsito por el Departamento de Nariño, serán almacenados en una bodega que para tal efecto mantendrá el introductor o exportador en el puerto terrestre de Rumichaca y en el aeropuerto de la ciudad de Pasto.

Artículo Quinto: Todos los productos introducidos al depósito y local dichos, se entenderán únicamente en calidad de tránsito y deberán ser depositados en las bodegas o bodega especiales que para tal fin tendrá el concesionario en los sitios dichos, las cuales estarán bajo el control de la Secretaría de Hacienda Departamental.

Parágrafo: Para el debido control, la firma COMPAÑIA VINICOLA LTDA., deberá llevar un movimiento diario con copia mensual para la Secretaría de Hacienda Departamental, por listados de computadora, en el cual se registren en forma pormenorizada los artículos introducidos en tránsito a la bodega o bodegas mencionadas, con destino a la reexportación exclusivamente. En dicho registro deberá explicarse el lugar de procedencia, nombre del artículo y marca, debidamente codificados.

Artículo Sexto: Todos los licores y cigarrillos nacionales o importados destinados a las bodegas de reexportación que lleguen en tránsito al Departamento de Nariño, deberán venir acompañados de una tornaguía expedida por las Rentas Departamentales de cada Sección del País, con indicación de que se trata de artículos destinados a dichas bodegas, únicamente para reexportación. Tan pronto como el introductor compruebe el ingreso a las bodegas afianzadas de los artículos detallados en la tornaguía o manifiesto respectivos, la Sección de Rentas e Impuestos Departamentales hará constar el ingreso a la bodega de reexportación correspondientes, con lo cual el exportador cumplirá con las exigencias del Departamento que haya despachado los licores con el fin dicho.

Artículo Séptimo: El introductor o reexportador tendrá en los sitios mencionados un local destinado exclusivamente a la exhibición de los productos destinados a la reexportación, pudiendo tener en dichos locales, en calidad de muestras en vitrinas, con las debidas seguridades, varias unidades de cada artículo o marca. Estas existencias formarán parte de la bodega o bodegas y por consiguiente, deberán mantenerse en cuenta para el control de inventarios."- (fls. 9 y 10 Cdno. del Tribunal).

II SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Nariño consideró que, efectivamente, el Gobernador, al proferir el Decreto 1428 de 29 de diciembre de 1981, usurpó la competencia que en materia de autorización y reglamentación de los Fondos Rotatorios, las normas atribuyen al Gobierno Nacional y a la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Decreto ley 444 de 1967 y el artículo 3° del Decreto Reglamentario No.1366 de 1977.

Además, anotó que el acto acusado era una repetición del decreto 1652 de 1973, proferido por la misma Gobernación, el cual fue anulado por el Tribunal, en decisión fechada el 10 de octubre de 1977 y confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 1978.

Por todo lo anterior, el Tribunal declaró la nulidad del acto acusado, acogiendo al efecto la jurisprudencia de esta Corporación contenida en la sentencia aludida.

III - FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Contra la Sentencia del Tribunal de Nariño, la parte impugnadora interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por la Sección Primera de esta Sala, el 19 de abril de 1985, mediante fallo que la confirmó, en el cual, después de definir que la acción promovida en el caso *sub-lite* es la de nulidad, entonces prevista en el artículo 66 de la ley 167 de 1941, concluyó que el Tribunal acertó en desestimar los planteamientos del apoderado de la Compañía Vinícola Ltda., (parte impugnadora), al sustentar la excepción de caducidad por él propuesta, en razón de que dicha institución es extraña a la acción pública de nulidad, que puede instaurarse en cualquier tiempo.

La Sección Primera encontró también que el fallo de instancia se hallaba legalmente fundamentado en el artículo 47 del decreto 444 de 1967 y en el artículo 3° del decreto 1366 de 1977, según los cuales corresponde al Gobierno Nacional, por medio de la Dirección General de Aduanas, autorizar el funcionamiento de los depósitos francos (in bonds); por consiguiente, confirmó la sentencia apelada.

IV - RECURSO DE ANULACION

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la Compañía Vinícola Ltda. interpuso contra dicha sentencia de la Sección Primera, recurso extraordinario de anulación, el cual, inicialmente, fue declarado desierto, por no contener el respectivo escrito, la expresión de la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutive de la sentencia.

No obstante a que el auto de 9 de octubre de 1985, contentivo de la decisión mencionada quedó ejecutoriado, hoy se decide este recurso en virtud de que el apoderado del recurrente, invocando la causal 5a. del artículo 152 del C. de P.C., propuso un incidente de nulidad de lo actuado en el proceso durante los días 15, 16 y 17 de octubre de 1985, a efecto de que, declarada la nulidad y restituidos los términos, la parte que representaba pudiera interponer el recurso de súplica contra la providencia que declaró desierto el recurso de anulación, lo que efectivamente aconteció.

En atención a que el cuaderno en que se tramitaba el incidente de nulidad, resultó destruido en los trágicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, el apoderado de la Compañía Vinícola Ltda. solicitó su reconstrucción y habiéndose efectuado ésta, por medio de providencia fechada el 13 de diciembre de 1988, se declaró nulo lo actuado en el proceso durante los días 15, 16 y 17 de octubre de 1985 y restituidos los términos referentes a la ejecutoria del auto de Sala Unitaria de 9 de octubre de 1985.

El recurrente interpuso así el recurso de súplica a que se ha hecho mención dentro del término legal y, habiendo prosperado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 12 de junio de 1989, revocó el auto de 9 de octubre de 1985, por medio del cual se había declarado desierto el recurso extraordinario de anulación propuesto contra la sentencia de 19 de abril de 1985, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, y dispuso la continuación del respectivo trámite, con arreglo a los artículos 200 y 204 del C.C.A.

V - MOTIVOS O CAUSALES DE ANULACION

Se invoca como causal o motivo de anulación el artículo 197 del C.C.A., por ser la sentencia violatoria en forma directa de la Constitución Nacional y de la ley sustantiva.

Empero, al concretar los cargos contra la sentencia recurrida, el apoderado señala únicamente que en ésta como en la sentencia de primera instancia, cuyos planteamientos acogió la del Ad-quem, se quebrantaron por aplicación indebida y por interpretación errónea de sus disposiciones, tanto el artículo 47 del decreto 444 de 1967, como los artículos 1º y 3º del decreto(reglamentario) No.1366 de 1977, por cuanto lo autorizado por el Gobernador de Nariño mediante *el decreto 1428 de 1981*, no fue un depósito franco para la venta de mercancías extranjeras sino de mercancías nacionales en tránsito, "que no están sujetas a gravamen alguno, como por ejemplo, el impuesto de consumo, y para esto último, no se le ha dado competencia alguna a la Dirección General de Aduanas, aun cuando -contra texto expreso- sí se le entrega la sentencia recurrida." (fls.67 y 68 Cdno. del recurso de anulación).

Considera el recurrente que sólo analizando aisladamente las disposiciones contenidas en el artículo 47 del decreto 444 de 1967 y en el artículo 3° del decreto reglamentario No.1366 de 1977, pudieron, tanto el Tribunal de Nariño como la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa, concluir que la competencia para autorizar el funcionamiento de depósitos francos, en donde se den al expendio a los viajeros mercancías de las expresamente señaladas en el artículo 1o. del último decreto citado, éste radicada en la Dirección General de Aduanas.

Pero si tales disposiciones se relacionan con las demás que integran el decreto reglamentario No.1366 de 1977 y con las del artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967, se encuentra que la competencia de la Dirección General de Aduanas para autorizar el funcionamiento de Depósitos Francos, hace relación a aquellos donde se expenden a los viajeros mercancías extranjeras y no a aquellos en donde se expenden a los mismos, artículos de producción nacional. En efecto, el artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967 señala que están libres de gravámenes de importación los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados en el momento de su salida del país, y, las mercancías que soportan el impuesto a las importaciones son, obviamente, las extranjeras y no las nacionales.

Y continúa diciendo el recurrente, que el artículo 1°, que debe armonizarse con el 3° del mismo estatuto, define cuáles son los artículos extranjeros que, para los efectos contemplados en el artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967, pueden expender los depósitos francos a los viajeros al exterior para serles entregados en el momento de su salida del país. El artículo 1o. del decreto 1366 de 1977 se refiere pues, a artículos extranjeros, entre ellos licores y bebidas, y no a licores de producción nacional.

Lo anterior, le permite concluir que la competencia de la Dirección General de Aduanas se circunscribe a los depósitos francos (in bonds) en donde se expenden mercancías extranjeras y no a aquellos en donde se expendan artículos de producción nacional. Por consiguiente, como en el depósito franco (in bond) autorizado por el acto acusado, se expenden solamente mercancías nacionales, la Dirección General de Aduanas carece de competencia para autorizar su funcionamiento y proveer a su organización, de ahí que en la sentencia impugnada se configure un quebranto por aplicación indebida y por interpretación errónea de los artículos 47 del decreto-ley 444 de 1967 y 1° y 3° del decreto reglamentario No.1366 de 1977, porque lo que autorizó la Gobernación de Nariño fue un depósito franco para la venta de mercancías nacionales y no de artículos extranjeros.

VI - ALEGATO DE LA PARTE RECURRENTE

Tramitado el proceso de acuerdo a la normatividad aplicable, por providencia de 12 de julio de 1989 se dio traslado a las partes por 10 días para que presentaran sus alegatos por escrito

Únicamente el apoderado del recurrente lo hizo y, en el memorial respectivo, reiteró los planteamientos expuestos en el escrito de interposición del recurso de anulación.

VII - CONCEPTO DEL FISCAL

La Fiscalía Primera del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, estima que al recurrente le asiste razón en sus pedimentos, por cuanto la autorización conferida por la Gobernación de Nariño en el acto acusado, se refiere al establecimiento de un depósito franco de licores nacionales y "A esta clase de depósitos de licores nacionales, mal puede pretender aplicarse el decreto reglamentario 1366 de 1977, el cual al referirse a las funciones adscritas a la Dirección General de Aduanas, habla en sus artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 10º y 13º, siempre de 'mercancía extranjera', o sea, de licores extranjeros".

Y continúa:

"Igual cosa sucede con las normas citadas por el fallo del Tribunal, del decreto ley 444 de 1967, conocido como Estatuto Cambiario y de Comercio Exterior.

En estas circunstancias no encuentra la Fiscalía razón valedera para que la Aduana Nacional intervenga una actividad de comercio nacional interno de licores nacionales que expende a viajeros, dentro de los límites territoriales nacionales." (fl.132 Cdno. Ppal.).

Cumplido el trámite señalado en el Capítulo III, del Título XXIII del C.C.A. sin que se observe motivo que lo invalide, procede la Sala a decidir el recurso interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como es sabido el recurso extraordinario de anulación procede únicamente cuando la sentencia ha violado en forma directa la Constitución o la ley sustantiva. No cabe, pues, pedir la anulación de una sentencia por cuanto contenga una violación de normas procedimentales y reglamentarias a través de las cuales y en ejercicio de la función administrativa se realiza el derecho consagrado en la Constitución o en la ley sustantiva.

Para que a la transgresión de una norma reglamentaria pueda atribuírsele la virtualidad de configurar causal del recurso extraordinario de anulación, se requiere que la relación entre el reglamento y la norma sustancial que reglamenta sea esencial, a tal punto que a pesar de la existencia formal de dos textos normativos, en su entendimiento constituyan una unidad de naturaleza tal, que lo predicable de uno, necesariamente debe predicarse del otro.

Sobre el particular esta Sala en sentencia de 14 de mayo de 1985, Ponente Dr. Gustavo Humberto Rodríguez, dijo:

"La relación existente entre la ley ordinaria y el reglamento es la misma que existe entre la generalidad y el detalle, entre la regla y la reglamentación, entre el derecho y su ejecución, entre la sustancia y el procedimiento. De ello se concluye, para nuestro estudio, que la violación directa de la ley sustancial incluye la de su reglamento, pero sólo cuando el enlace mencionado sea esencial, esto es, que la norma reglamentaria sea indispensable para el entendimiento de la legal, porque en ocasiones aquella aporta elementos nuevos que en nada inciden en esa interpretación.

"Se concluye que no sólo se produce violación directa de la ley sustancial cuando ésta se expresa en la ley ordinaria y en la que tiene jerarquía legal, sino también en ocasiones cuando la regla de derecho sólo puede conocerse cabalmente mediante la integración con el reglamento respectivo, constituyendo una unidad inescindible. Cuando ello ocurre, las diferencias entre la ley y el reglamento son apenas formales."

La Sala debe examinar entonces, si las normas cuyo quebranto por aplicación indebida e interpretación errónea, son de naturaleza sustantiva o siendo reglamentarias su integración con la norma sustantiva es tal, que el conocimiento cabal de ésta, sólo es posible mediante su integración con aquella.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto en el escrito de interposición del recurso, las normas que el apoderado considera violadas son el artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967 y los artículos 1º y 3º del decreto reglamentario 1366 de 1977.

El artículo 47 del decreto ley 444 de 1967, cuyo carácter de norma sustantiva es indubitable, consagra:

"Dentro de los límites y condiciones que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y de consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que le sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior."

Por su parte el artículo 1º del decreto Reglamentario No. 1366 de 1977, establece una de las limitaciones que el artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967 prevé. Es así como taxativamente en lista los artículos extranjeros que pueden adquirir los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de salir del país, libre de gravámenes de importación y de consumo. De suerte que el concepto general de mercancías extranjeras del artículo 47 del decreto 444 de 1967, en virtud del mandato contenido en el artículo 1º del decreto 1366 de 1977, se circunscribe a los

expresamente señalados allí. No se trata de una norma reglamentaria que constituya un todo inescindible con aquella que se reglamenta, que implique que el derecho consagrado en el artículo 47 del decreto citado, esté supeditado indefectiblemente a la conformación de la lista contenida en la norma reglamentaria.

Para la Sala, entonces, el supuesto quebranto del artículo 1º del decreto 1366 de 1977 por la sentencia impugnada, no constituye, de conformidad con lo previsto en el artículo 197 del C.C.A., causal de anulación.

Tampoco la pretendida transgresión por la sentencia impugnada del artículo 3º del decreto 1366 de 1977, que reza: "Corresponde a la Dirección General de Aduanas establecer los requisitos que deben llenar los Depósitos Francos para autorizar su funcionamiento.- La autorización de funcionamiento de Depósitos Francos requiere concepto previo favorable de la Superintendencia de Control de Cambios", en criterio de la Sala y conforme con lo expuesto, deviene en un quebranto de un precepto legal sustantivo, por cuanto el derecho de la exención de gravámenes de importación y consumo prevista en relación con las mercancías que se expenden a viajeros al exterior que se entreguen dentro de la nave en el momento de su salida al exterior, es autónomo e independiente de la entidad gubernamental a la cual se atribuya la facultad de autorizar el funcionamiento de los Depósitos Francos y la de los requisitos que éstos deben llenar.

Por manera que si el artículo 3º del decreto 1366 de 1977, no hubiera asignado a la Dirección General de Aduanas la competencia a que se ha hecho referencia, los depósitos francos existentes para la fecha de su expedición, continuarían funcionando bajo los parámetros de las normas legales y reglamentarias que los regulaban desde tiempo atrás y los depósitos francos a constituirse también deberían ajustarse a aquella preceptividad. Mas esto no habría significado que la liberación del pago del citado impuesto, no hubiera podido aplicarse. No existe un enlace sustancial entre la norma legal del artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967 y las reglamentarias del artículo 3º del decreto 1366 de 1977.

Por tanto, el cargo atinente al quebranto de las normas reglamentarias del decreto 1366 de 1977, no está llamado a prosperar, en virtud de que si la sentencia hubiera incurrido en él, no configuraría una violación de un precepto legal sustantivo.

En cuanto al cargo relacionado con la transgresión por aplicación indebida y por interpretación errónea del artículo 47 del decreto 444 de 1967, para la Sala, contrariamente a lo expresado por el recurrente, la sentencia recurrida no quebranta el citado artículo, por aplicación indebida porque no se trata de una norma impertinente, o sea, que entendida rectamente, ella se hubiera aplicado a un hecho o a una situación no regulada por ella.

Así, conforme al texto del artículo 1º del decreto 1428 de 1981, que dice "Autorízase a la firma COMPAÑIA VINICOLA LTDA., establecer en el puerto terrestre de Rumichaca y en el aeropuerto de la ciudad de Pasto, un depósito de licores nacionales y del Grupo Andino, en tránsito para reexportarlos libres de impuestos departamentales, del Departamento de Nariño, y cuyo consumo deberá verificarse solamente fuera del territorio de este Departamento. Parágrafo: La mencionada firma exportadora, tendrá en el puerto y aeropuertos mencionados, un depósito destinado a la exhibición y embodegamiento de estos productos.", las mercancías a expendirse en el Depósito Franco, para cuyo establecimiento se autorizó a la Compañía Vinícola Ltda., no sólo son licores nacionales, sino licores del Grupo Andino y respecto de éstos se dijo que la finalidad era "reexportarlos".

Sea oportuno señalar que esta expresión (reexportarlos), aun cuando a juicio de la Sala mal empleada, se entiende referida a los licores originarios de los países integrantes del Grupo Andino, los cuales dentro de los señalados en el artículo 1º del decreto impugnado, son los únicos que han sufrido un desplazamiento entre distintos países, y no a los licores nacionales, puesto que éstos no han salido del territorio nacional, ingresando nuevamente a él y por segunda vez en posibilidad de ser exportados.

Del texto mismo del artículo 1º del decreto 1428 de 1981 se desprende que el depósito franco (*in bond*) cuyo funcionamiento fue autorizado por él, se expendían licores extranjeros, circunstancia que determina la procedencia legal de la aplicación al caso *sub-judice* de las normas contenidas en el artículo 47 del decreto-ley 444 de 1967 y en los estatutos que los reglamentan.

Es del caso señalar que para los licores provenientes de los países que integran el Grupo Andino, en el año de 1981 existía una tarifa de impuestos de importación, pues el proceso de desgravación automática previsto por las normas que regulan el régimen del mercado andino, no se había dado en su totalidad. Por manera que los licores, aguardientes y demás bebidas espirituosas, procedentes de esos países, y comprendidos en el Arancel Externo Común, se hallaban pignorados por un impuesto de importación, reducido sí, se le compara con el gravamen vigente para los mismos elementos originarios de países distintos, pero realmente existentes.

De lo anterior se desprende que la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo, en el caso *sub-lite*, no efectuó una aplicación indebida del artículo 47 del decreto 444 de 1967, porque en el *Depósito Franco* autorizado por el decreto 1428 de 1981 se encontraban mercancías extranjeras, de cuyo impuesto de importación quedarían exonerados los viajeros que los adquiriesen para consumirlos fuera del Departamento de Nariño. De suerte que tratándose de ventas a viajeros de artículos extranjeros, no cabe duda que la norma aplicable es el artículo 47 del decreto 444 de 1967 y por ende su reglamentario el número 1366 de 1977 y no otra normatividad.

No existió tampoco interpretación errónea del artículo 47 del decreto 444 de 1967 tantas veces citado, por cuanto al supuesto de hecho, que en este caso sería la clase de mercancía a expenderse en el depósito franco autorizado por el acto acusado, no se le dio un sentido distinto al que realmente tiene, porque del texto del artículo se extrae con nitidez que entre la mercancía que se venderá a los viajeros en el depósito franco, se hallaran artículos extranjeros, a los cuales se les aplica la susodicha norma.

Tampoco la consecuencia jurídica a que se llegó al aplicarla, es incorrecta o equivocada, en razón de que en el establecimiento autorizado se expenderían no sólo mercancías nacionales, para lo cual también están facultados y más exactamente obligados tales depósitos, sino mercancías extranjeras (provenientes del Grupo Andino) respecto de los cuales, como bien lo afirma el recurrente, el artículo 47 del decreto 444 de 1967, tiene plena operancia.

De lo anterior se infiere claramente que el recurso no está llamado a prosperar.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad "Compañía Vinícola Limitada" contra la sentencia de segunda instancia, de diecinueve (19) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

No hay lugar a condenar al recurrente al pago de costas y perjuicios, por no haberse causado.

En consecuencia, se ordena la cancelación de la caución otorgada para garantizar perjuicios.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE A LA SECCION DE ORIGEN.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de mayo de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Presidente; Consuelo Sarria Olcos; Jaime Abella Zárate; Joaquín Barreto Ruiz; Aclara voto, Carlos Betancur Jaramillo; Pablo J. Cáceres Corrales, salva voto; Guillermo Chahín Lizcano; Antonio de J. Irisarri, No asistió; Gustavo de Greiff Restrepo, salva voto; Clara Forero de Castro; Amado Gutiérrez Velásquez; Alvaro Lecompte Luna;

Euclides Londoño Cardona; Carmelo Martínez Conn, aclara voto; Jorge Penén Deltieure; Libardo Rodríguez Rodríguez; Julio César Uribe Acosta, aclara voto; Rodrigo Vieira Puerta; Alfonso Suárez de Castro, Conjuez, salva voto;

Nubia González Cerón, Secretaria General.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Procedencia.
APLICACION INDEBIDA. DEPOSITO FRANCO (Salvamento de voto)**

La sentencia ameritaba ser anulada porque se violaron tanto el artículo 47 del decreto 444 de 1967 como el artículo 3º del decreto 1366/77 por aplicación indebida, porque sus presupuestos de hecho eran y son distintos de los contemplados en el decreto del Gobernador de Nariño. Aquellas normas hacen referencia a Depósitos Francos conocidos como in bond de ciertas mercancías extranjeras y nacionales destinadas a la venta a viajeros al exterior y que les son entregadas a sus compradores dentro de la nave en el momento de su viaje. En cambio, el depósito de licores nacionales y del Grupo Andino mencionados en el decreto en cuestión se refería a esta clase de mercancías que estuvieran en tránsito por el departamento para exportarlas libres de impuestos departamentales y cuyo consumo se verificará solamente fuera del territorio del mismo departamento.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES PABLO J. CACERES
CORRALES Y GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO**

Ref.: Expediente N° R-021

Actor: *César Enrique Riascos*

Para los suscritos ha debido anularse la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera de la Corporación el día 19 de abril de 1985 por cuanto ella decretó la nulidad del decreto 1428 de 29 de diciembre de 1981 expedido por el Gobernador del Departamento de Nariño, con fundamento en que de acuerdo con el artículo 47 del decreto 444 de 1967 y el artículo 3º del decreto 1366 de 1977, era la Dirección General de Aduanas

quien debía autorizar el funcionamiento de los Depósitos Francos de mercancías y no el citado gobernador.

En nuestro concepto la sentencia ameritaba ser anulada porque la sección que la profirió violó tanto el artículo 47 del decreto 444 de 1967 como el artículo 3º del decreto 1366 de 1977 por aplicación indebida, porque sus presupuestos de hecho eran y son distintos de los contemplados en el decreto del Gobernador de Nariño.

En efecto, las normas del decreto 444 de 1967 y del 1366 citadas, hacen referencia a Depósitos Francos conocidos como In-Bond de ciertas mercancías extranjeras y nacionales destinadas a la venta a viajeros al exterior y que les son entregadas a sus compradores dentro de la nave en el momento de su viaje. En cambio, el depósito de licores nacionales y del Grupo Andino que el decreto del Gobernador de Nariño autorizaba a la firma "COMPAÑIA VINICOLA LTDA." se refería a esta clase de mercancías que estuvieran en tránsito por el departamento para exportarlas libres de impuestos departamentales (de Nariño, obviamente, porque era sobre los únicos que presumiblemente podía regular el Gobernador) y cuyo consumo se verificara solamente fuera del territorio del mismo departamento.

Por ninguna parte, por más esfuerzos dialécticos que se hagan, puede pensarse que los hechos regulados por los decretos 444 y 1366 mencionados sean los mismos de los que pretendió regular el decreto 1428 del Gobernador de Nariño.

Como "se vicia la ley de modo directo cuando, sin consideración a las pruebas concernientes a los hechos de la litis, la sentencia omite aplicar a la pretensión controvertida el precepto sustancial que la regula, *o le aplica una disposición que le es ajena* o le da a la norma un sentido que no le corresponde..." (Sentencia 397 del 5 de octubre de 1988, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia) y en el caso presente la segunda de tales especies de violación ocurrió, es lamentable, en nuestra opinión, que no se hubiera acogido las súplicas de la demanda, manteniendo incólume la presunción de legalidad del decreto acusado.

Pablo J. Cáceres Corrales, Gustavo De Greiff Restrepo.

Bogotá, 22 de junio de 1990.

DEPOSITO FRANCO - Inexistencia. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. INDEBIDA APLICACION, INTERPRETACION ERRONEA (Salvamento de Voto)

Si los depósitos autorizados por el decreto 1428/81 del Gobernador de Nariño no son de manera alguna Depósitos Francos, no corresponderá a la Dirección General de Aduanas la competencia para autorizar funcionamiento. Es manifiesta la impertinencia de aplicación y la errónea interpretación de los artículos 47 del decreto-ley 444/67 y su reglamentario 1366/77.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ, DOCTOR ALFONSO SUAREZ DE CASTRO

Referencia: Expediente N°. R-021. Actor : César Enrique Riascos.

Considero que la demanda ha debido prosperar y, por consiguiente, anularse el fallo de segunda instancia pronunciado por el Consejo de Estado, Sección Primera, el 19 de abril de 1985, dado que ese proveído decidió declarar la nulidad del decreto 1428 de 29 de diciembre de 1981 expedido por el Gobernador del Departamento de Nariño, sustentado en el hecho de que conforme a los artículos 47 y 3º de los decretos 444/67 y 1366/77, respectivamente, dizque no era el Gobernador del Departamento de Nariño sino a la Dirección General de Aduanas, a quien competía autorizar el funcionamiento de los *In-Bond* o depósitos francos de mercancías.

Merita el criterio precedente las circunstancias necesariamente conducentes a deber ser fundamentada la sentencia en el quebranto del artículo 47 del Decreto 444/67 y del 3º del 1366/77, por aplicación indebida e interpretación errónea, pues los hechos y argumentos que lo sustentan no se

compadecen con los términos del decreto 1428 de 29 de diciembre de 1981 emanado del Gobernador de Nariño.

Mi concepto disidente lo expongo sucintamente, así, advirtiéndole que en lo transcrito lo subrayado está fuera de texto:

1. El Decreto ley 444/67 regula en su artículo 47 las mercancías liberadas de gravámenes de importación y de consumo "que adquieran *los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave o aeronave en el momento de su salida al exterior*".

2. El art. 1º del Decreto reglamentario 1366/77 enumera los "artículos *extranjeros* que pueden expender los Depósitos Francos, en los *Puertos marítimos y aeropuertos*, a los *viajeros al exterior*, para ser *entregados dentro de la respectiva nave o aeronave en el momento de su salida del país...*".

3. El art. 3º del Decreto reglamentario en cita atribuye a la Dirección General de Aduanas la competencia de "establecer los requisitos que deben llenar los Depósitos Francos para autorizar su funcionamiento".

4. El art. 1º del Reglamento General de Aduanas N°. 329, "por el cual se reglamenta el decreto 1366 de 1977, sobre Depósitos Francos", establece los requisitos que se deben satisfacer ante la Dirección General de Aduanas para el funcionamiento de "Depósitos Francos en puertos marítimos y aeropuertos" internacionales.

5. De la situación fáctica del proceso y del recurso extraordinario de anulación, emergen estas dos aserciones irrefragables:

a) El aeropuerto de Pasto no es internacional, no hay en él viajes al exterior, y

b) El puerto de Rumichaca no es marítimo, sino terrestre, como lo califica el Decreto 1428/81.

6. De parangonar las disposiciones transcritas en los cuatro primeros numerales y la situación fáctica anotada en el 5., se establece sin lugar a hesitación:

I No es Depósito Franco el que autoriza el decreto 1428/81 del Gobernador de Nariño, porque no opera en puerto marítimo ni aeropuerto internacional.

II No hay viajeros al exterior en los vuelos que salen de Pasto y, si hay posibilidad de partir hacia el Ecuador del puerto terrestre de Rumichaca, Rumichaca no es puerto marítimo para organizarse un Depósito Franco.

III No puede en Rumichaca entregarse las mercancías dentro de la "respectiva nave o aeronave", pues estos artefactos de navegación marítima o aérea no parten de allí.

IV No es viable en el aeropuerto de Pasto entregar dentro del avión mercancías a los viajeros al exterior, en el momento de su salida del país, ya que los vuelos que arrancan de Pasto son apenas domésticos.

V. Ni en Rumichaca ni en Pasto puede haber liberación de gravámenes de importación y de consumo para los artículos que adquieran los "viajeros al exterior", dado que no salen de allí viajes al exterior.

VI. Si los depósitos autorizados por el decreto 1428/81 del Gobernador de Nariño no son de manera alguna DEPOSITOS FRANCOS, no corresponderá a la Dirección General de Aduanas la competencia para autorizar su funcionamiento.

7. Entonces, es manifiesta la impertinencia de aplicación y la errónea interpretación de los artículos 47 del Decreto ley 444/67 y reglamentario 1366/77.

Así, pues, por este aspecto o el recurso de anulación propuesto por violación de las normas comentadas, tenía que ser despachado favorablemente.

Empero, también lo sería por otros hechos y fundamentos de derecho, mas para evitar incidir en prolijidad, omito contrastar lo atañadero a los licores extranjeros eximidos de impuestos de importación y de consumo en los Depósitos Francos, y los licores nacionales producidos en el Departamento de Nariño y los del Grupo Andino, en tránsito para reexportación regulados por el decreto 1428/81, contraposición que mostraría las diferencias esenciales que constituyen a estos últimos en objeto extraño a las disposiciones de los artículos 47 del decreto 444/67 y 3º del 1366/77, lo que importa la aplicación indebida y la errónea interpretación de estas normas.

Atentamente.

Alfonso Suárez de Castro, Conjuez.

SUPRESION DEL CARGO, RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

El fallo recurrido se aparta del lineamiento jurisprudencial, conforme al cual "no es procedente ni conveniente exigir que se demande también el acto mediante el cual se había nombrado el reemplazo de quien ha sido retirado del servicio público" (sentencia de julio 25 de 1962, exp. 725, Ponente: doctor Gabriel Rojas Arbeláez), así como aquel que considera que la creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones iguales o análogas, bien lo ocupe un empleado de inamovilidad relativa o de carrera administrativa, si se le destituye en esa forma, es violatorio de la ley por desviación de poder, pues legalmente el empleado ha debido ser mantenido en el nuevo cargo que se creó (sentencia feb. 25/76, exp. 10006, Ponente: doctor Alfonso Castilla Saiz).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-

Bogotá, D.E., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente N^o.S-089 Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de septiembre 13 de 1985 proferida por la Sección Segunda del Consejo del Estado. Fallo.

Actor: José Pioquinto Brand Echeverri

El ingeniero JOSE PIOQUINTO BRAND ECHEVERRI, con cédula de ciudadanía No. 3.470.691 de Envigado (Antioquia) por medio de apoderado, con fundamento en el artículo 2° de la Ley II de 1975 interpone recurso extraordinario de súplica, contra la sentencia de septiembre 13 de 1985 mediante la cual la Sección Segunda de la Corporación negó las peticiones de la demanda.

El proceso de Instancia No. 4848 se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia de Bogotá en noviembre de 1985, por lo cual, previos los trámites del Decreto 3825 de 1985 se ordenó su reconstrucción por auto de 17 de julio de 1987 (fl. 147).

ANTECEDENTES.

El doctor Brand Echeverri prestó sus servicios al Fondo Nacional de Caminos Vecinales del 12 de marzo de 1970 al 18 de junio de 1980. Su desvinculación de la entidad la originó el oficio DG—00-318 de junio 12 de 1980 mediante el cual el Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales le comunicó al Ingeniero que en virtud del decreto 1240 de mayo 26 del mismo año (reestructuración de la planta de personal), el cargo que venía desempeñando como Director Regional, Código 2035, Grado 14, fue reestructurado; que por tal razón no había sido incorporado a la nueva planta de la entidad y le rogaba cesar en sus funciones a partir del día 18 de junio de 1980. (fl. 466).

En el expediente aparece copia de la resolución 1035 de julio 23 de 1976 del Departamento Administrativo del Servicio Civil mediante la cual se inscribió el recurrente en el escalafón de la carrera administrativa como INGENIERO VII-29 del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y copia de la comunicación 0228 de 27 de enero de 1978 de la División de Selección del Servicio Civil referente a la actualización del escalafón en el cargo de JEFE REGIONAL VIII-30 de la Regional 2 del Fondo Nacional de Caminos Vecinales. (fl. 30, 351, y 352).

Así mismo, se registra copia de la resolución 1142 de mayo 29 de 1980 por lo cual el Director del Fondo Nacional de Caminos Vecinales nombró en el cargo de Director Regional de Caldas, Código 2035, grado 08, al doctor Jorge Julio Carmona Giraldo; al igual que copia auténtica del memorial de desistimiento de la petición de nulidad de la mencionada resolución, lo cual consta en las páginas 9 y 13 de la sentencia de septiembre 13 de 1985 (fls. 21, 30, 34 y 51).

Sentencia suplicada.

La sección Segunda, luego de rebatir la presunta ineptitud de la demanda planteada tanto por el Fondo Nacional de Caminos Vecinales (porque no se demandó el concepto emitido por el Consejo Superior del Servicio Civil en resolución 001 de agosto 29/80) como por la señora Fiscal Quinto de la Corporación quien consideró debió demandarse también el Decreto 1240 de mayo 26 de 1980 que aprobó la nueva planta de personal, puntualiza que "para la Sala no hay duda de que el cargo en el cual fue nombrado el doctor Carmona Giraldo es el mismo que venía desempeñando el demandante, como conjunto de funciones, diferenciándose únicamente en el sueldo o grado, inferior el nuevo al anterior (\$ 45.914.00 y \$ 33.300.00 folios 5, 14 y 18)".

Y agrega:

"Y precisamente el cargo de Director Regional, Código 3035, Dirección Regional de Caldas, es al cual aspira el demandante ser reintegrado, como quedó transcrito anteriormente.

"En las condiciones anteriores, la Sala concluye que para lograr el reintegro solicitado se requería necesariamente hacer desaparecer de la vida jurídica, a través de su nulidad, la Resolución 1142 que nombró a otra persona en el cargo que venía desempeñando el demandante, sin que tal efecto pueda lograrse como consecuencia lógica de que dicho acto administrativo no es objeto de impugnación en este proceso, como se vió previamente, al haber desistido la parte demandante de la pretensión de nulidad correspondiente." (fl. 37).

"Como se ve, admitiéndose la viabilidad de la acción respecto de los oficios impugnados, al tenerlos como expresión de la voluntad del Fondo Nacional de Caminos Vecinales de no incorporar al actor a la nueva planta de personal, y suponiendo, por cuestión de método, su nulidad se ha estudiado la petición básica del restablecimiento del derecho (reintegro al mismo cargo, a otro de igual o superior categoría). con los resultados negativos que ya se expusieron, los cuales se extienden, consecuentemente, a la petición de indemnización." (fol. 38).

Jurisprudencia contrariada.

El apoderado del actor precisa que la providencia recurrida en súplica, acoge doctrina contraria a la jurisprudencia que contienen las sentencias de febrero 17 de 1942, enero 21 de 1947, julio 25 de 1962 y febrero 25 de 1976, proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Respecto a la sentencia de julio 25 de 1962 exp. No. 725, actor Julio Enrique Santos Forero, Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, destaca las siguientes consideraciones:

"El señor Fiscal Primero del Consejo ha propuesto que este juicio la excepción de inepta demanda, con fundamento en el hecho de que el actor no pidió también la nulidad del decreto por el cual se le nombró su reemplazo, decreto que lleva el número 1139 de abril 20 de 1959..."

"Es cierto que el Consejo dijo en otras ocasiones que el demandante de un acto por el cual se le había retirado del servicio público debía demandar también el acto mediante el cual se había nombrado el reemplazo suyo. Se dió como razón de esta doctrina la de que en caso de solicitud de reintegro al mismo cargo que venía sirviendo, mal se podría ordenar la restitución sin obtener previamente la declaratoria de nulidad del segundo nombramiento, por la presunción de legalidad que amparaba al último.

"Pero es la oportunidad de observar que esa doctrina ofrece algunas dificultades. El acto por el cual se verifica el nombramiento de reemplazo del funcionario destituido, se puede producir después de los cuatro meses que éste tiene para instaurar la demanda, esto es, cuando ya la acción ha prescrito. También mientras la demanda se admite, aquél que entró a reemplazar pudo haber sido reemplazado a su vez, y presentarse esta ocurrencia indefinidamente durante el curso del juicio, de tal manera que cuando se profiera el fallo el acto de nombramiento del titular del empleo no haya sido posible conocerlo oportunamente de autos para hacerlo objeto de la declaración de nulidad solicitada. Este último caso se ha presentado en este juicio.

"Es evidente que sería injusto negar al actor su derecho por la ocurrencia de circunstancias que a él eran incontrolables. Además de que si se privó del empleo a un Agente de la Administración por medio de un acto nulo, no puede resultar válido el acto por el cual se hizo otra nominación. La nulidad del primer acto origina la nulidad de los que le siguen. Así mismo lo estima el tratadista Waline.

"En el presente juicio se da también el caso de que el demandante solicitó alternativamente la reintegración al cargo, o el nombramiento para otro similar o de superior categoría. No se ha pedido el reintegro como una declaración única y forzosa, por todo lo cual es preciso concluir que no habrá lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Fiscal del Consejo." (Anales Segundo semestre 1962, págs 62 y 63).

En cuanto a la nulidad del nombramiento del doctor Carmona Giraldo, el recurrente argumenta además que el antiguo y el nuevo código contencioso

preceptúan que, contra los NOMBRAMIENTOS sólo procede la acción electoral, que es una acción pública, y no la acción de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que es acción privada o particular, precisando que, en la sentencia de febrero 17 de 1942, Consejero ponente Dr. Gonzalo Gaitán, se dijo: "la ley de carrera sólo da a los empleados acciones particulares y no acción pública". (fl. 19). respecto a esta expresión, señala la Relatoría, no aparece de manera taxativa (sic), pero que bien pudo haberse deducido del siguiente aparte de la sentencia mencionada: "Y no debe perderse de vista que las acciones concedidas por la ley 165 de 1938 sólo reconocen derechos de carácter netamente particular para los empleados de la carrera administrativa y que solamente dan origen a la acción privada." (fls. 484 y 485).

De otra parte, el suplicante invoca como contrariada la Jurisprudencia del Consejo de Estado (enero 21 de 1947) según la cual: "La creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones análogas a otro que ocupa un empleado de carrera, al cual se destituye en esa forma, es violatoria de la ley, por desviación de poder, pues, legalmente el empleado ha debido ser mantenido en el nuevo cargo que se creó si para desempeñarlo no se requieren condiciones especiales de que carezca el destituido". La anterior transcripción se toma de la fotocopia autenticada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 489 a 502), de la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de febrero 25 de 1976, expediente No. 10.006, Consejero Ponente doctor Castilla Saiz, y relieves que "la decisión contradice abiertamente dicha jurisprudencia (enero 21 de 1947) y en forma inmotivada, por cuanto la sentencia objeto del presente recurso no se ocupó de estudiar el vicio de desviación de las atribuciones propias del Director General del Fondo Nacional de Caminos Vecinales al dictar los actos acusados, que la demanda precisó y demostró a lo largo del proceso." (fl. 16).

Por último la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de febrero 25 de 1976, dijo:

"En efecto, en el caso de autos se trata de un empleado técnico (Alberto Tapias Rocha). No perteneciente a la carrera administrativa general, sino que está protegido, por una inamovilidad relativa, por una norma especial, el art. 12 de la ley 54 de 1927, que está vigente, norma según la cual no podía ser retirado del servicio "sino por causas de mala conducta o faltas comprobadas de acuerdo con los reglamentos del Gobierno", o lo que es lo mismo que gozaba de una de las garantías otorgadas a los funcionarios inscritos en la carrera administrativa. Y siendo ello así no podía ser retirado del servicio en una forma tan simple, sin cumplir ningún requisito, sin tener competencia para ello, como lo hizo el jefe de personal del Ministerio de Comunicaciones por medio de un oficio, solamente, es lo que se desprende de su texto, porque presumía que el gobierno no incluiría al señor Tapias en el

decreto de nombramiento que necesariamente debía expedir de acuerdo con el decreto reorgánico # 2540 de 1970.

"Ahora bien, de la motivación del fallo de la sección Segunda que se transcribió íntegramente atrás y que le sirvió para revocar la sentencia del Tribunal de Cundinamarca, se puede sacar en claro dos cosas: 1) que el actor no demandó, inexplicablemente, el decreto 2540 de 1970, que creó unos puestos y suprimió otros, de carácter general y abstracto, y 2) que pone en tela de juicio la vigencia el artículo 12 de la ley 54 de 1927. Todo ello para dejar sin piso jurídico la sentencia del Tribunal, cuya motivación central es la de que el decreto que cambió la denominación del empleo que ocupaba el señor Tapias, número 2540 de 1970, no podía utilizarlo el Ministerio como causal de retiro del servicio del mencionado señor, máxime cuando se trataba de un empleado protegido por normas especiales, tesis que la misma sección segunda ha venido sosteniendo de tiempo atrás.

"El fallo suplicado contraría uno del 21 de enero de 1947 en que el Consejo dijo: "La creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones análogas a otro que ocupa un empleado de carrera, al cual se destituye en esta forma, es violatorio de la ley, por desviación de poder, pues, legalmente el empleado ha debido ser mantenido en el nuevo cargo que se creó si para desempeñarlo no se requería condiciones especiales de que carezca el destituido." Tomo 97, folio 278).

"En cuanto al decreto 2540 de 1970, de carácter general y abstracto, que el fallo suplicado considera que ha debido demandarse, contraría una sentencia de 17 de febrero de 1942, anales 311, pág. 115, según la cual "la ley de carrera sólo da a los empleados acciones particulares y no acción pública", porque es indudable que una demanda contra un decreto de esta naturaleza, en acción de plena jurisdicción, sería inocua, pues ciertamente no se ve cómo pueda ser restablecido en su derecho un empleado a quien el decreto acusado no le causa ningún perjuicio, perjuicio que solamente resultaría si posteriormente no es incluido en el decreto de nombramientos." (fls. 498 y 499).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Efectuando el estudio de las sentencias en las cuales el apoderado del actor sustenta el recurso de súplica, la Sala llega a la conclusión de que evidentemente el fallo recurrido se aparta de los lineamientos jurisprudenciales, en primer término, de lo expresado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de julio 25 de 1962 (expediente 725, consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) en la cual se precisa que no es procedente ni conveniente exigir que se demande también el acto mediante el cual se había nombrado el reemplazo de quien ha sido

retirado del servicio público, puesto que "sería injusto negar al actor su derecho por la ocurrencia de circunstancia que a él le eran incontrollables; a más de que" . . . si se privó del empleo a un Agente de la Administración por medio de un acto nulo, no puede resultar válido el acto por el cual se hizo nominación. La nulidad del primer acto origina la nulidad de los que le siguen. Así lo estima el tratadista Walline." (anales 2º semestre pág. 63).

En segundo lugar, el fallo recurrido muestra también contradicción con la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación del 25 de febrero de 1976 (exp. No. 10.006, actor Alberto Tapias Rocha, Consejero ponente Dr. Alfonso Castilla Saiz) que contiene supuestos fácticos y jurídicos semejantes como los siguientes:

1) Que el señor Tapias Rocha tenía una inamovilidad relativa, es decir que mientras no incurriera en causales de mala conducta u otras faltas y se hubiera demostrado plenamente su participación en ellas, no podía ser despedido sino con arreglo a la ley 54 de 1927 por las causales allí enunciadas. Por su parte el Ingeniero Brand Echeverri era empleado inscrito en el escalafón de la carrera administrativa y no podía ser despedido sino con arreglo a las normas que rigen dicha carrera.

2) Que la motivación del oficio acusado (1086 de marzo 5/71) no se refiere en nada a la insubsistencia como sanción o por uso de la facultad de libre nombramiento y remoción. Allí se le comunica al señor Tapias que según la reorganización del Ministerio de Comunicaciones (Decreto 2540 de dic. 23/70), el cargo que desempeñaba (Jefe V-25 de la sección de Frecuencia-División de Radiocomunicaciones), ha sido suprimido y que, por consiguiente, está por fuera del servicio. Existen pruebas que el cargo siguió existiendo con las mismas funciones pero con otra denominación.

La situación del Ingeniero Brand Echeverri es casi idéntica, pues en el oficio demandado DG00318 de junio 12 de 1980 que el cargo de Director Regional Código 2035, grado 14 que venía desempeñando fue reestructurado por el Decreto No. 1240 de mayo 26/80 y por tal razón debía cesar en sus funciones a partir del 18 de junio de dicho año. Existe prueba que el cargo siguió existiendo con las mismas funciones pero con otra denominación (Director Regional, Código 2035, Grado 08, Dirección regional de Caldas, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales).

3) Que la creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones iguales o análogas, bien lo ocupe un empleado de inamovilidad relativa o de carrera administrativa, si se la destituye en esta forma, es violatorio de la ley por desviación de poder, pues legalmente el empleado ha debido ser mantenido en el nuevo cargo que se creó.

En resumen, del contexto de la sentencia de fecha 25 de febrero de 1976 invocada por el suplicante se establece que se trata de un empleado que estaba amparado por un estatuto especial que garantizaba su permanencia en el empleo (inamovilidad relativa) cuyo cargo no fue suprimido dentro de la organización del Ministerio de Comunicaciones, sino simplemente cambiado en su denominación, precisando que el fallo recurrido (marzo 3 de 1975) contrariaba uno del 21 de enero de 1947 en cuanto a que la creación de un empleo con distinto nombre pero con funciones análogas a otro, era violatorio de la ley por desviación de poder; y respecto al criterio de que debía demandarse el Decreto 2540 de 1970, contrariaba también la sentencia de febrero 17 de 1942 en lo atinente a que "la ley de carrera solo da a los empleados acciones particulares y no acción pública." (fl. 499) agregando lo siguiente:

"Como el recurso de súplica no es una tercera instancia para entrar en el fondo del negocio, es inútil la discusión de si el actor ha debido demandar el Decreto 2540 y no el oficio del jefe de personal, acto acusado, y que fue el que lo puso fuera del servicio en forma ilegal y arbitraria varios meses después de expedido el decreto 2540 que para nada lo mencionó." (fl. 499).

Siendo evidente el cambio de jurisprudencia, la Sala habrá de darle prosperidad al recurso impetrado. En consecuencia y como juez de instancia estima que dado que los hechos fueron bien probados y que le asiste la razón al demandante desde el punto de vista jurídico, armónico con la línea jurisprudencial atrás citada y que aquí se reitera, la demanda está llamada a prosperar.

Por lo tanto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º.- **INFIRMASE** la sentencia recurrida.

2º. **DECLARASE** la nulidad de los oficios DG-00276 y DG-00318 de 30 de mayo y 12 de junio de 1980 en su orden, expedidos por el Director General de Caminos Vecinales mediante los cuales dispuso que el doctor JOSE PIOQUINTO BRAND ECHEVERRI cesara en sus funciones en el cargo de Director Regional Código 2035, Grado 14, a partir del 18 de junio de 1980.

3º.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, **REINTEGRESE** al doctor José Pioquinto Brand Echeverri al cargo de Director Regional, Código 2035, Dirección Regional de Caldas, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, o a otro de igual o superior categoría y sueldo.

4º.- Igualmente, ORDENASE al Fondo Nacional de Caminos Vecinales que por medio de su Sección de Pagaduría, cancele al doctor José Pioquinto Brand Echeverri o a quien sus derechos represente, el valor de los sueldos, primas, bonificaciones, etc., que el actor hubiera dejado de percibir por causa de los hechos que dieron lugar a éste proceso, en el cargo que venía desempeñando, y que se considera para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la vinculación del citado funcionario.

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

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

Consuelo Sarria Olcos, Vicepresidente; Jaime Abella Zarate, Guillermo Chahín Lizcano, Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Ausente, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales, Gustavo de Greiff Restrepo, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, María Teresa Garcés; Conjuez,

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CREDITO ADICIONAL. NECESIDAD DEL GASTO

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 Constitución; la expresión "a juicio" utilizada por el constituyente, no puede significar cosa distinta a la posibilidad de discernir, mediar, sopesar, calcular, comparar, cotejar el conjunto de circunstancias que influyen en el manejo de las finanzas del Estado. Como posición conciliadora 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, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible.

Consejo de Estado.- Sala Plena

Bogotá, D.E., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. C-136

CONSULTA DEL GOBIERNO Sobre proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990."

El proyecto incluye créditos adicionales por valor de \$179.718.0 millones, de los cuales \$29.409.7 millones se asignan al presupuesto de gastos de funcionamiento, \$11.0 millones al servicio de la deuda y \$150.297.3 millones al presupuesto de inversión; asimismo, se efectúan traslados presupuestales por valor de \$43.183.8 millones.

El gobierno nacional, por conducto del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, atendiendo lo preceptuado en el art. 66 de la ley 38 de 1989 (Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación) -armónico con el art. 212 de la Constitución Política-, mediante oficio número 00493 calendado a 15 de junio del año en curso dirigido a la señora Secretaria General del Consejo de Estado, ha elevado solicitud de consideración y dictamen acerca del proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990."

DEL EXPEDIENTE

Además del cuaderno principal contentivo del oficio original, recibido a las 5:15 p.m. del viernes 15 de junio, el expediente está integrado por cinco (5) carpetas contentivas de:

- 1- Primera copia del proyecto de decreto adición 1990;
- 2- Segunda copia del proyecto de decreto adición 1990;
- 3- Antecedentes traslados presupuestales 1990;
- 4- Antecedentes adiciones presupuesto gral. de la Nación 1990;
- 5- Antecedentes adición al presupuesto 1990, establecimientos públicos.

Acompaña al mencionado oficio remisorio, la exposición de motivos del proyecto de decreto que se somete a estudio y varios cuadros de análisis dedicados a

- "los costos de la reforma de la justicia (ley 30 de 1987)" cuadro No. 3, folio 2 cuaderno principal;

- los ingresos corrientes, recursos de capital (créditos externos e internos), otros recursos de capital y utilidades de las empresas industriales y comerciales del estado, y a ingresos de establecimientos públicos (corrientes y de capital, con detalles cada uno de ellos acerca de los rubros pertinentes, (cuadro No. 1, fols. 12 y 13, cuaderno principal);

- la adición al presupuesto general de la Nación para la vigencia de 1990, en el que son enumeradas cantidades atinentes al funcionamiento

(servicios personales, gastos generales y transferencias), gastos de operación comercial, deudas de establecimientos públicos, servicio de la deuda externa, servicio de la deuda interna e inversión con columnas correspondientes a lo "central", a "establecimientos", al "total de aportes", a "recursos propios"; a "total estapúblicos" y a los respectivos totales parciales y generales, con sumas a propósito de cada una de esas columnas (cuadro No. 2, fol. 15, cuaderno principal);

- "resumen de los *contracréditos* al presupuesto general de la Nación para la vigencia de 1990" para cada uno de los conceptos anteriores (cuadro No. 3, fol. 22, cuaderno principal), y

- "resumen de los créditos" con anotaciones que se refieren a los rubros ya dichos (cuadro No. 4, fol. 23, cuaderno principal).

DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS

Enuncia el texto de este documento, a manera de introducción, lo que comprenderá la proyectada adición al presupuesto, en cuanto atañe a "ingresos" y "gastos", abarcando aquéllos lo proveniente de "ingresos corrientes", "recursos de capital" e "ingresos de los establecimientos", y éstos, lo atinente a "funcionamiento" e "inversión" con aportes del presupuesto nacional y con ingresos de los establecimientos públicos, así como lo que toca con los "traslados". Hace hincapié en el carácter de imprescindibles y urgentes que tienen los gastos, al asignar los recursos necesarios para atender las erogaciones" hasta el momento en que el próximo gobierno y el Congreso presenten y aprueben un proyecto de ley que permita financiar los faltantes hasta el 31 de diciembre de 1990. " Y aclara que" los ingresos que servirán de base para abrir las apropiaciones, se encuentran certificados por la Contraloría General de la República, de acuerdo con las competencias establecidas en el artículo 44 del decreto 3077 de 1989 o por los jefes de presupuesto y refrendados por el auditor, en el caso de los recursos propios de establecimientos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del mismo decreto."

Seguidamente da cuenta y razón del origen de la adición de ingresos y de gastos por valor de \$ 179.718.000.000.00, pese a que " una parte de la operación presupuestal se limita a reasignar a los establecimientos públicos recursos incluidos en la ley de presupuesto con el único fin de garantizar el adecuado uso de la facultad de ordenación del gasto que exige la existencia de los recursos en el propio presupuesto para su correcta ejecución. " De allí que se adicione este campo -el de los establecimientos públicos- en \$30.710.600.000.00, con "el producto de la incorporación de los recursos provenientes de la distribución de partidas incluidas en el presupuesto del Ministerio de Hacienda, asignando recursos para la cancelación de parte de las deudas de ICEL, CORELCA y la CVC con el FODEX, a través de

aportes de la Nación. El ingreso en el presupuesto de establecimiento público es el producto de la ejecución del gasto en el Ministerio de Hacienda, sin que en realidad se constituya un nuevo recurso. Por tal motivo, - para efectos del análisis de las cifras presupuestales deben descontarse \$ 30.710.6 millones, con lo cual la adición neta es de \$ 149.007.4 millones, la cual representa un incremento del 3.4% en el presupuesto General de la Nación, aprobado por el Congreso en \$ 4.254.853 millones."

Además - agrega-, "dentro del valor neto de la adición se incorporan \$80.549.7 millones con recursos propios de los establecimientos públicos, los que por primera vez son sometidos a aprobación del Congreso o Consejo de Estado, en este caso, - de conformidad con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación."

A continuación relaciona, con detalles, los ingresos no tributarios (ingresos del sector descentralizado), los recursos de capital de la Nación (recursos de crédito externo, \$ 11.263.6 millones; recursos del crédito interno, \$ 19.326.2 millones; otros recursos de capital, \$ 11.009.6 millones, y utilidades de empresas industriales y comerciales del Estado, \$ 3.427.2 millones), para pasar a los ingresos de los establecimientos públicos. Explica, entre otras cosas, que los "otros recursos de capital están conformados por la cancelación de reservas del balance del Tesoro, constituidas en la vigencia fiscal de 1988; la consignación de recursos en la Tesorería General de la República; los recursos no apropiados y el mayor valor recaudado del impuesto CIF a las importaciones."

En cuanto a "las utilidades de las empresas industriales y comerciales de Estado corresponden al valor de la reasignación que el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES- aprobó en su sesión del 8 de junio" y en cuanto a las "rentas propias de los establecimientos públicos", que ellas se originan" en rentas contractuales y en los aportes que se reciben de otras entidades, y donaciones."

En torno de los "recursos de capital de los establecimientos públicos", dice que ellos "proviene de los créditos externos e internos contratados y autorizados, y en la incorporación del superávit del año 1989, con base en lo establecido por el CONPES."

El capítulo destinado al "presupuesto de gastos" y en su parte III, la exposición de motivos sostiene que ha de reasignar" del superávit de los establecimientos públicos", \$3.000 millones para financiar parte de los gastos generales que se adicionan con destino a la Rama Jurisdiccional, trayendo a propósito un análisis detallado de lo que representa la "reforma de la justicia", con especificación del costo de la misma, principalmente en lo que hace a "los nuevos cargos otorgada por la Comisión de la Reforma a la Justicia en diciembre de 1989."— A ellos se agrega" como transferencia del Ministerio

de Hacienda y Crédito Público" \$ 24.326.2 millones con destino al pago de capital, garantía de Granfinanciera por \$9.010.4 millones y Pronta por \$4.526.9 millones; el aporte para la capitalización de la Financiera de Desarrollo Territorial por \$5.788.9 millones con destino al Fondo Interministerial \$5.000 millones para asignar recursos a las entidades del orden nacional que tienen deuda por concepto del pago del servicio de energía a las empresas del sector eléctrico."

Afirma la exposición de motivos que el crédito adicional que ahora se somete al estudio del Consejo de Estado" tiene por objeto cubrir el faltante que se presenta en el presupuesto de inversión en la presente vigencia financiado con recursos del presupuesto nacional, el cual se estimó en \$ 67.600 millones, para cumplir la programación prevista en el Documento 'Programa de Inversión y Reasignación de Rentas de Destinación Específica - 1990' aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social el 28 de junio de 1989." Se busca "contribuir a la solución del problema financiero del sector eléctrico, teniendo en cuenta la expedición de la Ley 25 de 1990 que reestructuró la Financiera Energética Nacional y lo previsto en el artículo 87 de la ley 38 de 1989 que ordena la cancelación del contrato del Fondo de Monedas Extranjeras con el Banco de la República. Para estos propósitos se están adicionando \$ 37.927.2 millones con recursos del presupuesto nacional, provenientes de la reasignación de utilidades de Ecopetrol, representados en títulos de regulación del excedente nacional - TREN - que la empresa entregará al gobierno nacional." Sobre este tópico, anota que "con el propósito de fortalecer financieramente las empresas del sector eléctrico, el gobierno nacional estructuró al Plan de Ajuste Sectorial, mediante el cual se le han impuesto, a las empresas, metas de recuperación de cartera, control y recuperación de pérdidas de energía, control del gasto, programación de las inversiones y mejoras en la capacidad técnica y de gestión. Asimismo, el conjunto de acciones ha incluido refinanciación de algunas deudas y aportes de presupuesto nacional. En consecuencia, los aportes que se realizan forman parte del esquema previsto y se han distribuido de acuerdo con saldos pendientes de pago en el FODEX - Cuenta Banco de la República."

Según la exposición de motivos, a " defensa y seguridad" se destinan \$12.271.9 millones, lo que coincide con los particulares acápite que trae el proyecto de decreto, y que se destinan " al proyecto de construcción y adecuación de cuarteles y mantenimiento mayor de equipos de la Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y Satena"; a "la reparación de la sede central del Departamento Administrativo de Seguridad", y a la "adquisición de equipo de transporte y municiones."

El proyecto adiciona el presupuesto del "sector salud" en \$ 2.993.8 millones que se destinarán "al proyecto de consolidación del Sistema Nacional de Salud y a la dotación de equipos de sistemas del mismo."

Otras adiciones son : para el Fondo Nacional de Calamidades, \$1.000 millones (desastres nacionales que se presenten, en especial los ocasionados por el invierno); para el Instituto Nacional de Radio y Televisión, \$1.800 millones (para apoyar el proyecto de fortalecimiento de las cadenas 1 y 2); para Colciencias, \$ 1.785.0 millones (para apoyar los proyectos de ciencias y tecnología, con énfasis en aquellos dirigidos a la industria), y para la Registraduría Nacional del Estado Civil, \$ 1.391.0 millones (para la adquisición de equipos e implantación del nuevo sistema de identificación ciudadana). Además, para el "Fondo de Proyectos Especiales para la Paz," \$700 millones, para mejorar las condiciones económicas de los municipios afectados por la acción de grupos guerrilleros.

En lo que hace a las adiciones con ingresos de los establecimientos públicos por \$ 80.549.7 millones, el proyecto " financia con \$38.272.5 millones originados en rentas propias \$42.277.2 millones con recursos de capital, los cuales se destinan para atender gastos de funcionamiento por \$2.066.6 millones, servicio de la deuda \$ 11 millones y gastos de inversión por \$ 78.472.1 millones. " Ha de destacarse en este punto la adición en \$671.7 millones para financiar "los gastos de la planta de personal" señalada en el Código del Menor para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; en \$543 millones en Adpostal para atender los faltantes en Caprecom; en \$324.5 millones para el Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro (FONPRENOR), y en \$222.8 millones para el INCOMEX (faltante de funcionamiento y gastos generales originados por el proceso de apertura económica).

Otras asignaciones son: \$42.314.4 millones para las entidades del sector eléctrico (capitalización de la Financiera, reintegros al FODEX (\$7.910.0 millones), adquisición de equipos para el suministro de energía en San Andrés, desarrollo del proyecto Urrá, desarrollo del proyecto de recuperación de unidades técnicas de CORELCA, y terminación de la línea Popayán-Pasto-Subestación y anillo); \$11.238.4 millones para TELECOM (financiamiento del cable submarino Colombia-Puerto Rico-USA-República Dominicana y Jamaica - \$ 7.196.1 millones-) y los gastos de nacionalización de equipos \$4.000 millones-); \$5.602.7 millones para el Fondo Vial Nacional; \$ 4.729.7 millones para el Fondo Rotatorio de Justicia (construcción y dotación de despachos judiciales, adquisición de elementos para seguridad de la rama jurisdiccional y continuación de la construcción del Palacio de Justicia - \$600 millones-); \$3.493 millones en el ICFES para el desarrollo de la capacidad investigativa y el desarrollo del sistema nacional de "educación abierta y a distancia"; \$ 2.545.0 millones para el ICBF (financiación del proyecto "Hogares de Bienestar Infantil" y gastos derivados de la implantación del Código del Menor).

Los traslados presupuestales - solicitud de contra créditos y créditos- ascienden a \$ 43.183.9 millones, de los cuales \$25.830.3. millones

corresponden a aportes del presupuesto nacional y \$ 17.353.6 millones " a recursos propios de los establecimientos públicos". Esos traslados proceden del " Contracrédito del servicio de la deuda externa, del resultado del análisis de la ejecución frente a las apropiaciones, las que contemplaron una estimación más alta de la revaluación de los préstamos con el Banco Mundial, de las amortizaciones y de las tasas de interés prime y libor, y a la cancelación de préstamos considerados en el presupuesto inicial con la Banca Comercial, Multilateral, de Fomento y Proveedores, de una partida sobrante del subsidio de transporte y de los sueldos en el Ministerio de Desarrollo, en el servicio de la deuda externa en la Zona Franca de Cartagena y en el INDERENA, correspondiente al costo de la planta de personal que se traslada al Instituto Nacional de Pesca, recientemente creado."

Ha de destacarse de la exposición de motivos que se ha tratado de sintetizar las partidas que se destinan para 3.100 cargos nuevos en la Justicia, instrucción criminal y policía judicial, lo que asciende a \$ 4.045.9 millones, o sea el 86.9% del total de la adición de dicho numeral; el faltante en la "prima electoral" a que "tienen derecho los funcionarios de la Registraduría Nacional por ser año electoral, la cual es equivalente a 45 días de salario y se deben pagar en el mes de Julio," y el faltante en la Procuraduría General de la Nación" originado en la aplicación de la reforma de la justicia."

Otros rubros que destaca la exposición dirigida al Consejo de Estado, son: a) ICEL, para atender obligaciones contraídas con cargo al servicio de las deudas interna y externa (\$ 8.360.0 millones) y gastos generales (\$ 1.429.0 millones). b) TELECOM, gastos de operación puramente comercial, hay un sobrante de apropiación por \$ 4.000.0 millones con los que "financiará el faltante en el presupuesto de funcionamiento (\$ 2.333.5 millones a servicios personales y \$ 1.666.5 millones a las transferencias). c) Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - CORELCA-, traslada \$ 2.000.0 millones de los gastos de operación comercial a servicios personales, gastos generales y transferencias por \$ 553.6 millones, \$ 1.129.9 millones y \$ 316.5 millones, respectivamente, " los cuales requieren adicionarse para el mantenimiento de las plantas de energía y atender lo pactado en la convención colectiva de trabajo. " d) Fondo Aeronáutico Nacional contracredita el rubro presupuestal de comisiones y gastos de la deuda externa en la suma de \$ 715.0 millones , resultado de la evaluación de la ejecución del servicio de la deuda frente a la apropiación.

Estos recursos se destinan al proyecto " Configuración del Sistema Computacional" cuyo objeto es la adquisición ,instalación y puesta en funcionamiento de la red de sistema de información computarizada. e) Fondo Nacional de Ahorro traslada \$ 410 millones del presupuesto de inversión; \$160 millones van a cubrir la contrapartida del convenio de Asistencia Técnica (COL /82/020) suscrito con el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo del sistema integrado de información; los restantes \$ 250 millones " financian la remodelación y adecuación de la sede principal del FONDO."

Finalmente, el señor Ministro de Hacienda dedica un extenso capítulo a ponderar lo que representa la financiación a la reforma de la justicia ordenada por la ley 30 de 1987 y los decretos que la desarrollaron, no sólo para la Rama Jurisdiccional propiamente dicha, sino para el Ministerio Público, con la correspondiente provisión y dotación programada durante un trienio, que es uno de los fundamentos básicos de la adición presupuestal que se somete ahora al dictamen del Consejo.

La anterior exposición de motivos que se ha resumido para comprender plenamente las consideraciones que ha de hacer la Sala Plena de la Corporación, trae igualmente un "anexo" que se refiere a lo que se destina a la Presidencia de la República (entorno del Palacio de Nariño), al Departamento Administrativo Nacional de Planeación (saneamiento de Tumaco, con préstamo contratado con el Gobierno Holandés; conclusión de los estudios de factibilidad de la hidroeléctrica Calima IV; Corporación para el Desarrollo del Chocó; Corporación Autónoma de Nariño; Corporación de Defensa de la Meseta de Bucaramanga), al Departamento Administrativo de Seguridad; al Departamento Nacional de Estadística; al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (empréstito con el Banco Popular para financiación parcial de la construcción de las bodegas de carga en el muelle internacional de El dorado), al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Relaciones Exteriores (adecuación y dotación del Palacio de San Carlos y sedes adyacentes y adquisición y dotación de sedes de misiones diplomáticas y consulares), a la Policía Nacional (adquisición de vehículos y repuestos, construcción y dotación de cuarteles y otras instalaciones y construcción de vivienda fiscal), al Ministerio de Defensa (compra de material reservado de armamento para el Ejército, adquisición de equipo de transporte y repuestos, material de comunicaciones, cuarteles, mantenimiento y prueba de los submarinos, casas fiscales, Hospital Militar y Satena), al Ministerio de Agricultura (manejo de la "hormiga loca", Instituto Nacional de Pesca, Fondo de Desarrollo Rural, centros indígenas, HIMAT, etc), al Ministerio de Salud Pública (Fondo Nacional Hospitalario, hospitales varios, Instituto Nacional de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), al Ministerio de Desarrollo Económico (desarrollo de la Intendencia de San Andrés, Instituto de Crédito Territorial - reubicación de las familias que se hallen habitando en predios del Parque Nacional Olaya Herrera -, Fondo de Promoción de Exportaciones, Instituto de Fomento Industrial), al Ministerio de Comunicaciones (INRAVISION, TELECOM), al Ministerio de Minas y Energía (CORELCA, Urrá, pago a FODEX, etc.), al Ministerio de Educación Nacional (facultad PRODEMINAS, COLCULTURA, ICFES, COLCIENCIAS, COLDEPORTES, etc., etc.), a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Ministerio de Obras Públicas, al Ministerio de Justicia (\$ 4.729.7 millones con destino al Palacio de Justicia, los tribunales de Ciudad Salitre y los despachos judiciales de Pereira y Sincelejo), al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (SENA).

DEL PROYECTO DE DECRETO

Los apartes considerativos del proyecto de decreto que se somete al dictamen del Consejo, amén de coincidir a grandes rasgos con lo que acaba de presentarse, relata cómo el señor Contralor General de la República ha expedido las certificaciones que amparan las disponibilidades para las incorporaciones en el Presupuesto General de la Nación, igual que la remisión de las refrendaciones de los auditores fiscales respectivos en lo que hace a los ingresos de los establecimientos públicos, ampliamente especificados, lo mismo que lo que hace a lo de los organismos y entidades que también disponen de recursos que se pueden contracreditar por estar libres de afectación. Invoca el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, la autorización del Consejo de Ministros para la apertura de los créditos adicionales y traslados presupuestales y el dictamen previo y favorable del Consejo de Estado que haya de emitirse. Y la parte dispositiva, distribuye la adición y los traslados en forma coincidente con lo que ya se ha señalado en el resumen de la exposición de motivos, con las cifras y guarismos del caso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Los planteamientos arriba propuestos indican que la orientación específica que ha de comunicar la Sala para impartir el dictamen que se solicita, obedece a la atribución supletiva que el art. 212 de la Carta asigna al Consejo de Estado cuando, estando en receso las cámaras legislativas, no habiendo partida votada o siendo ella insuficiente, haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a *juicio del gobierno* por lo que "*podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario.*"

Trátase, por consiguiente, de algo más que de un mero concepto que determine unas ideas acerca de los puntos que se sometan a estudio después de examinar sus circunstancias, porque lo que la Constitución atribuye al Consejo, reunido en Sala Plena, es un *dictamen*, es decir, una opinión que ha de emitirse sobre la necesidad de los gastos imprescindibles y ante la carencia de partida votada o la insuficiencia de la misma.

De manera que la interpretación lógica y jurídica de la norma constitucional, como en tantas oportunidades ha tenido ocasión de decirlo la Sala, concierne a clasificar, respecto al fundamento que aporte el Gobierno, los aspectos susceptibles de entender que estos gastos son ciertamente necesarios y que la insuficiencia o la carencia de partidas justifican la apertura del crédito que ahora el Consejo de Ministros abriendo expediente, presenta para una posterior "legalización" de esos créditos.

Son, pues, cinco los requisitos o condiciones que el art. 212 de la Carta - fundamental - art.91 del acto legislativo No. 1 de 1945 - señala para la

apertura - de créditos suplementales o extraordinarios, por el Consejo de Ministros, a saber :

- a) Que sea necesario hacer un gasto imprescindible *a juicio del Gobierno*;
- b) Que las cámaras legislativas estén en receso;
- c) Que no haya partida votada o que, habiéndola, sea insuficiente;
- d) Que se haya instruido expediente por el Consejo de Ministros, y
- e) Que el Consejo de Estado emita dictamen previo favorable.

Tan importantes son esos requisitos dentro de la dinámica de la hacienda pública en Colombia y dentro de la filosofía del control que distingue en éste punto el Estado de Derecho en esta República, que del art. 213 de la Carta recalca la prohibición de abrir créditos suplementarios y extraordinarios o de hacer traslaciones del presupuesto si no se adoptan " en las condiciones y por los trámites que la ley establezca." Y es algo de vieja data, aunque en su decurso histórico haya sufrido ciertos eclipses; ya desde 1886, en la recopilación original de la Constitución vigente se establecía semejante principio en el art. 208; suprimido el Consejo de Estado por acto legislativo No. 10 de 1905 obviamente desapareció esa función, la que sólo vuelve a aparecer en los arts. 40, 91 y 92 del acto legislativo número 1 de 1945, ya que en las reformas que se hicieron a través de ese lapso, si bien se restableció el Consejo de Estado por el acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914, entre sus atribuciones no se hallaba la que ahora se señala en los arts. 141 (ord. lo., segundo inciso), 212 y 213 de la Ley de Leyes, si bien en los arts. 207 y 208 de la Codificación de 1936 se sientan las bases que hoy rigen la institución, es decir, los ya mencionados arts. 141 (ord. lo., segundo inciso), 212 y 213.

El principio fundamental es desarrollado actualmente por el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación contenido en la Ley 38 de 1989, según el cual esos requisitos o condiciones y esos trámites a que se refiere el nombrado art. 213, se complementan con el "concepto previo del Consejo de Ministros", con el establecimiento, de manera clara y precisa, de los recursos que han de servir de fundamento para la apertura del crédito, salvo que se trate de recursos abiertos mediante contracréditos a la Ley de apropiaciones y con la circunstancia de que si trata del mayor valor del recaudo de rentas, globalmente estimadas sobre el promedio de los cómputos presupuestales, esa estimación se haga *después del mes de mayo* de la correspondiente vigencia fiscal, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y certificado por el Contralor acerca de la vigencia anterior, caso en el cual el mayor recaudo de rentas se destinará, en primer lugar a cancelarla. Una condición más se agrega a las acabadas de mencionar, que es la de que

en el presupuesto básico o adicional exista partida apropiada para la efectividad de las condenas contra entidades públicas (art. 177, C.C.A., decreto ley 1 de 1984).

Ahora bien, en el caso que se examina aparece suficientemente claro, sin necesidad de mayores disquisiciones, el requisito indicado arriba con el literal b), es decir, el de que las cámaras legislativas están en receso, puesto que sus reuniones ordinarias tendrán lugar a partir del próximo 20 de julio (art. 68, C.N.) y no hay noticias de que hayan sido convocadas a sesiones extraordinarias; igualmente, de la lectura cuidadosa del extenso legajo de documentos allegados, comparados sus rubros con los demarcados en la — ley 64 de 30 de noviembre de 1989 ("Sobre el Presupuesto General de la Nación para la vigencia del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1990 "), se desprende que las partidas existentes son insuficientes; por último, en la primera hoja del cuaderno llamado " Antecedentes Adiciones Presupuesto Gral. de la Nación 1990 ", se halla el oficio SCM No. 1092, de fecha 15 de junio de este año, dirigido al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público por el Secretario del Consejo de Ministros, con copia a la señora Directora del Presupuesto Nacional, en la que comunica que el "H. Consejo de Ministros", en su sesión del 14 de los corrientes, *aprobó*, luego de analizar detenidamente los rubros que los conforman y por considerar que todos los gastos en él contemplados son imprescindibles, el proyecto de decreto' Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990', el cual contempla créditos adicionales por valor de \$ 179.718.0 millones y traslados presupuestales por valor de \$ 43.183.8 millones."

En cuanto a si son *necesarios e imprescindibles* los gastos que contempla y detalla el proyecto, es de reiterar la posición adoptada en 29 de junio de 1988 (radicado No. C-064) y en 17 de junio de 1989 (radicado No. C-110), acerca de cuál es el sentido de la expresión "*a juicio del gobierno*" que usa la Carta fundamental : " La Sala entiende - se dijo en esas ocasiones - que del contexto de la normatividad constitucional 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 - que es donde se hallan los art. 212 y 213 -, 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 hacer 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 cuarta del art. 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 convenio que celebren el Presidente de la República en los cuales tenga interés la Nación, cuando alguna de sus estipulaciones no estuvieren ajustadas a la respectiva (sic) ley de autorizaciones art. 76, atribución décimo (sic) sexta y vigésimo (sic)]; 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).

Y continúa la cita de aquel dictamen del 29 de junio de 1988 que se ha venido haciendo : " A su vez, al Presidente de la República corresponde en esta 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 art. 76 citado y al comienzo de cada legislatura dar un informe detallado del cuadro de la *ejecución* de esos planes y programas (art. 118 Nums. 3º y 4º, C.N.); organizar el crédito 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* "

"Por su parte - sigue la transcripción dicha -, 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 art. 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 arts. 50., 28., 120 num. 10º, 121 y 122, y emitir dictamen en el caso del artículo 212 sobre créditos adicionales."

Y concluye así la tesis del Consejo que ahora se reitera : " 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, mediar, sopesar, calcular, comparar, cotejar el conjunto de circunstancias que influyeren en el manejo de la finanzas del Estado. Por esta razón, en la ejecución del presupuesto nacional, y en función del desarrollo de las actividades de las autoridades gubernamentales y 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 conciliadora 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 la consultas del art. 212 de la Constitución Nacional, llevar a cabo la comprobación de la verosimilitud de los factores que han permitido al Gobierno encontrar a su juicio la necesidad de hacer un gasto imprescindible."

Infiérese entonces de lo visto que, objetivamente hablando, están cumplidas cuatro de las cinco condiciones- o requisitos - arriba enumeradas al tenor del art. 212, faltando por examinar si es posible dar o emitir el dictamen previo *favorable* que también exige la norma, ponderada por la ley 39 de 1989, como pasa a hacerse seguidamente.

Ha sido difícil y dispendioso, en verdad, dado lo voluminoso del expediente y dada la metodología empleada para legajar la documentación, el examen que ha debido hacerse por la Sala acerca de cada una de las partidas o rubros que integran el proyecto, tanto en lo que atañe a los créditos adicionales en sí considerados, como en lo que hace a los gastos de funcionamiento, servicio de la deuda, presupuesto de inversión y traslados presupuestales. Sin embargo, superados esos obstáculos, de la relectura de los cuadros, de la exposición de motivos, de las consideraciones del proyecto de decreto y de los requerimientos que las diversas dependencias, ministerios, establecimientos públicos y demás organismos que aparecen en las carpetas anexas, si bien no permiten analizar esas partidas o rubros con la minuciosidad que sería deseable, se colige que en general, todos los aspectos referentes al crédito adicional en el campo central de la administración y en lo atinente a los establecimientos públicos, amen de los factores que los determinan, hallan su justificación y su verosimilitud en lo que se relaciona con la puesta en marcha progresiva de la administración de justicia en sus diversos ramos, el incremento del salario del sector público, las necesidades de salud pública y de la educación, así como la urgencia de reconstruir edificios destruidos por fuerzas extrañas al desenvolvimiento normal de la República, a lo que aúna la implementación de las fuerzas armadas y de policía, los programas de política económica y social, y aún para ir enjugando la fatal operancia del FODEX que a la vista de un año ha de desaparecer, máxime después de haber escuchado de viva voz los criterios expuestos por los señores Ministros y demás funcionarios de la administración que asistieron a los estudios y debates que han dado origen a esta ponencia final.

El Consejo de Estado quiere llamar la atención de las autoridades que tienen que ver con esta clase de asuntos, que en el próximo futuro en que se presente la necesidad de acudir a los mecanismos precisados en los arts. 212 y 213, de la Constitución, se sigan lineamientos y métodos que permitan la facilidad de una máxima coherencia y coordinación para el examen, el análisis y el estudio detallado de cada uno de los rubros, de tal manera que todo lo que a ello concierna, o sea, a los créditos adicionales, a los gastos de

funcionamiento, a la inversión, al servicio de la deuda, a los traslados, etc., satisfaga de modo pleno las exigencias de las disposiciones constitucionales y legales más adecuadamente.

Las razones anteriores llevan al Consejo a rendir dictamen favorable a la solicitud que el Gobierno, por conducto del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, ha dirigido en tal sentido a la Corporación, teniendo en cuenta igualmente lo preceptuado por los art. 66,67,68 y 69 de la Ley 38 de 1989, así como lo que exige, como se advirtió, el art. 177 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, reunido en Sala Plena,

RESUELVE:

Emítase dictamen favorable a la consulta elevada por el Gobierno Nacional, a través del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, sobre el proyecto de decreto " por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990."

COPIESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVA.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala Plena en sesión celebrada el día 11 de julio de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedeker; Presidente, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zarate; Ausente, Carlos Gustavo Arrieta Padilla (Aclaración de voto), Joaquín Barreto Ruiz (Salvó voto), Carlos Betancur Jaramillo; Ausente, Jaime Betancur Cuartas; Ausente, Pablo J. Cáceres Corrales; Salva Voto, Guillermo Chahín Lizcano; Aclara Voto, Gustavo de Greiff Restrepo; Con aclaración de voto, Clara Forero de Castro; Ausente, Miguel González Rodríguez , Amado Gutiérrez Velasquez, Javier Henao Hidrón, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona; Aclara el Voto, Carmelo Martínez Conn; Salva voto, Humberto Mora Osejo; Salva Voto, Jaime Paredes Tamayo; Ausente, Jorge Penén Deltiure, Libardo Rodríguez Rodríguez; Aclara Voto, Simón Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta; Ausente, Rodríguez Vieira Puerta; Ausente,

Nubia González Ceron; Secretaria General.

CREDITO ADICIONAL. NECESIDAD DEL GASTO (Aclaración de Voto)

El acuerdo con el dictamen favorable, expresado por el suscrito, fue producto de la posición adoptada finalmente por la Sala Plena en el sentido de que dicho dictamen debía ser sobre el conjunto del proyecto y no en relación con cada una de la partidas. Como el suscrito consideró que las partidas más representativas económicamente eran imprescindibles, emitió su concepto favorable global, pues no consideró justo, ni conveniente, ni jurídico votar negativamente el conjunto por la circunstancia de no encontrar justificada la urgencia e imprescindibilidad de algunas partidas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-

Bogotá, D.E., Veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o. C-136 : *Consulta del Gobierno*

El suscrito Consejero de Estado, se permite aclarar el voto afirmativo expresado para aprobar la ponencia que permitió emitir dictamen favorable a la consulta elevada por el Gobierno Nacional, sobre el proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990".

La aclaración de voto tiene por objeto manifestar que el acuerdo con el dictamen favorable, expresado por el suscrito, fue producto de la posición

adoptada finalmente por la Sala Plena en el sentido de que dicho dictamen debía ser sobre el conjunto del proyecto y no en relación con cada una de las partidas.

De tal manera que como el suscrito Consejero consideró que las partidas más representativas económicamente eran imprescindibles, emitió su concepto favorable global, pues no consideró justo, ni conveniente, ni jurídico votar negativamente el conjunto por la circunstancia de no encontrar justificada la urgencia e imprescindibilidad de algunas partidas.

Lo anterior se traduce en que en términos generales, el suscrito comparte las aclaraciones expresadas por los H.H. Consejeros Carlos Gustavo Arrieta Padilla y Gustavo De Greiff Restrepo, a las cuales se permite adicionar las siguientes precisiones o aclaraciones :

1a.- La Sala Plena del Consejo, en una de las sesiones de discusión del proyecto de ponencia, aprobó expresa y formalmente, como criterio para hacer el análisis respectivo, que el art. 212 de la Constitución implica la verificación de la imprescindibilidad del gasto manifestada por el Gobierno, frente a cada uno de los gastos propuestos. Esta decisión finalmente no fue aplicada por la Sala, al precipitarse la votación en relación con el proyecto de decreto en su conjunto y no partida por partida como se aprobó hacerlo inicialmente.

2a.- Los criterios para calificar la imprescindibilidad de cada gasto deben tomarse de la solicitud de concepto presentada por el gobierno, de la exposición de motivos del proyecto de decreto, de los documentos anexos a la solicitud y de las intervenciones de los funcionarios del gobierno ante la Sala Plena de la Corporación.

3a.- En el caso concreto del dictamen de la referencia, con la sola documentación del expediente y las intervenciones de los funcionarios, existía imposibilidad de analizar la imprescindibilidad de todas y cada una de las partidas. Por lo tanto, sería necesario, y así debe tenerse en cuenta por el gobierno para ocasiones futuras, que la justificación fuera más sistemática para permitir en mejor forma al Consejo de Estado la verificación de la mencionada imprescindibilidad.

Libardo Rodríguez Rodríguez

Bogotá D. E., Veintinueve de Agosto de mil novecientos noventa

CREDITO ADICIONAL. NECESIDAD DEL GASTO (Aclaración de Voto)

Quiso el constituyente que estando en receso las cámaras, tuviese el ejecutivo que compartir con el Consejo de Estado la responsabilidad política que implica el tener que realizar gastos no previstos en la Ley de apropiaciones, o que no pudiesen ser cubiertos por las partidas previstas. Dicha responsabilidad implica necesariamente el participar en la decisión sobre la imprescindibilidad, la necesidad, la oportunidad o la conveniencia de cada gasto, para lo cual el Consejo de Estado podrá analizar y cuestionar los elementos de juicio que tuvo el gobierno al proponer la apertura del crédito. Ello conlleva la facultad de aportar criterios propios, que pueden coincidir o no coincidir con los del gobierno, y en consecuencia puede el Consejo aprobar algunas partidas, improbar otras y sugerir la incorporación de nuevos conceptos de gasto en el crédito de que se trate.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-

Referencia: Expediente N^o.C-136 radicación

ACLARACION DE VOTO

Los suscritos Consejeros, si bien estamos de acuerdo con la parte resolutive del dictamen favorable emitido por el Consejo de Estado con respecto al proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia de 1990" (Expediente C-136) hemos considerado necesario hacer algunas precisiones sobre el alcance de la función que los artículos 141 y 212 de la Constitución asignan a esta entidad.

La obligación de dar dictamen en estos eventos, así como en aquellos otros consagrados en el numeral 1o. del artículo 141 de la Carta, constituye una clara función administrativa del Consejo de Estado, que proviene de su concepción original como entidad consultora y co-administrativa del ejecutivo, y que le fuere asignada por el Constituyente aún antes que la de desempeñarse como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Tales funciones consultivas se refieren a asuntos de naturaleza política, relacionados con situaciones de excepción, de aquellas que por virtud de circunstancias especiales del momento, y por autorización expresa de la Carta, pueden implicar acciones que se alejan de ciertos principios básicos de nuestro estado de derecho. Tal es el caso del concepto que debe darse para la detención preventiva autorizada por el artículo 28, o de los dictámenes previos para efectos de la aplicación de mecanismos que, como ocurre con los artículos 121 y 122, trasladan competencias legislativas hacia el ejecutivo. En tales eventos, el dictamen previo del Consejo de Estado se refiere a conceptos políticos que por los mismo implican juicios de valor, de oportunidad, de necesidad o de conveniencia.

Y así ocurre también con el dictamen a que se refiere el artículo 212 de la Carta, con la única, pero fundamental diferencia, de que éste debe ser favorable para que el Consejo de Ministros pueda abrir el crédito suplemental o extraordinario. Quiso el constituyente que, estando en receso las cámaras, tuviese el ejecutivo que compartir con el Consejo de Estado la responsabilidad política que implica el tener que realizar gastos no previstos en la Ley de Aprobaciones, o que no pudiesen ser cubiertos por la partidas previstas. Dicha responsabilidad implica necesariamente el participar en la decisión sobre la imprescindibilidad, la necesidad, la oportunidad o la conveniencia de cada gasto, para lo cual el Consejo de Estado podrá analizar y cuestionar los elementos de juicio que tuvo el gobierno al proponer la apertura del crédito. Ello conlleva la facultad de aportar criterios propios, que pueden coincidir o no coincidir con los del gobierno, y en consecuencia puede el Consejo aprobar algunas partidas, improbar otras y sugerir la incorporación de nuevos conceptos de gasto en el crédito de que se trate.

Porque es responsabilidad del Consejo como co-administrador en este caso en particular, velar por el cumplimiento de lo dispuesto por el inciso final del artículo 210 de la Carta, y por lo que él implica en términos de la buena marcha de la administración pública. No se limita su función a la simple "comprobación de la verosimilitud de los factores *que han permitido al gobierno encontrar a su juicio* la necesidad de hacer un gasto imprescindible", como lo afirma la parte motiva del dictamen, sino por el contrario, ella conlleva la posibilidad de ser tan activo y participante en el proceso decisorio como el Consejo quiera, pues así debe entenderse la responsabilidad a que se refiere el artículo 212 de la Constitución.

La expresión " a juicio del gobierno " no puede entenderse, entonces, en el sentido de que es el gobierno el único competente para determinar la necesidad de cada gasto. Ella se refiere al hecho de que, estando en receso las cámaras, es el gobierno quien debe iniciar el proceso que eventualmente puede llevar a la apertura de un crédito adicional, interpretación por demás lógica, pues es el gobierno quien, por su naturaleza, está en mejores condiciones de determinar cuándo puede ser necesario realizar un gasto. Pero una vez iniciado el trámite, puede el Consejo de Estado participar en el proceso político, decisorio, con plena competencia administrativa para opinar y decidir sobre la mejor forma de cumplir con aquellas obligaciones o funciones del estado que se desarrollan a través del gasto.

FECHA UT SUPRA

Atentamente

Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo de Greiff Restrepo

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-

Referencia: Expediente N^o.C-136 *Consulta del Gobierno.*

El suscrito Consejero comparte la decisión adoptada por la mayoría pero estima conveniente formular algunas precisiones acerca de las consideraciones expuestas por el Ponente.

No obstante, como encuentra que dichas precisiones coinciden con las que aparecen magistralmente expuestas en la aclaración de voto suscrita por los Honorables Consejeros Carlos Gustavo Arrieta Padilla y Gustavo de Greiff Restrepo, a folios 224 a 226, en gracia a la brevedad las acoge como suyas con el debido respeto a los colegas mencionados.

Guillermo Chahín Lizcano

Fecha: ut supra.

CREDITO ADICIONAL NECESIDAD DEL GASTO - (Salvamento de Voto)

Examinadas las partidas para conocer el juicio del Gobierno que dio lugar a la propuesta de adición de manera extraordinaria, se observa que en algunas de esas partidas la justificación se encuentra en documentos del Gobierno, pero en ningún caso en decisiones auténticas del mismo tomadas expresamente para los efectos de esta adición. Es decir, la urgencia del gasto se hace manifiesta en la documentación aportada y no en la certificación del Secretario del Consejo (de Ministros) o en la insuficiente y desordenada exposición de motivos presentada al Consejo de Estado. Las consideraciones de conveniencia y de política económica y social pueden ser suficientes para motivar ante el Congreso la aprobación de partidas en un presupuesto adicional, mas no alcanzan a satisfacer las exigentes condiciones del artículo 212 en cuanto a la naturaleza imprescindible del gasto que promueve esta manera de modificación de la ley general del presupuesto.

Consejo de Estado.- Sala Plena

Consejero Ponente : *Doctor Pablo J. Cáceres Corrales*

Referencia: Expediente N^o. C-136

Naturaleza del negocio: Consulta del Gobierno Nacional sobre una adición al presupuesto general de la Nación de la vigencia fiscal de 1990.

Las razones expuestas a continuación fundamentan mi salvamento de voto parcial en este asunto, dentro del cual únicamente las partidas que al final aparecen relacionadas tienen justificación por parte del Gobierno Nacional y pueden, por ser de necesidad imperiosa, configurar un presupuesto adicional en los términos del artículo 212 de la Constitución Política de Colombia. Las restantes partidas deben ser, en el criterio de este Despacho, enviadas al Congreso de la República para que sean discutidas y aprobadas o rechazadas, según su sabiduría, en el trámite propio de los créditos adicionales. (Art. 212, inciso final).

Las reflexiones que hace este Despacho se refieren, inicialmente, al origen, naturaleza y alcance de la figura constitucional que aparece en el artículo 212 fundamental y, posteriormente, al examen de los documentos que conforman el expediente enviado al Consejo de Estado para respaldar su petición de concepto favorable al crédito adicional al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1990.

I. - LA MODIFICACION EXCEPCIONAL DEL PRESUPUESTO POR EL EJECUTIVO

Uno de los principios básicos de la organización del aparato estatal liberal clásico, en sus etapas finales ante la gran crisis de 1929, consistió en una separación de poderes que le atribuyera al parlamento un nivel jerárquico superior al ejecutivo, gracias a su indiscutida legitimidad como único representante de la Nación y órgano vocero exclusivo de la voluntad del pueblo de ciudadanos titular de la soberanía. En tal sentido sus pronunciamientos eran racionalmente inatacables e infalibles. Por ello la ley recibió una definición puramente orgánica y formal. En los términos de R. CARRE DE MALBERG " para que una regla sea legislativa, es indispensable, y también suficiente, que ella sea una obra del poder legislativo, es decir, del órgano en quien reside, de una manera exclusiva ese poder. La noción de ley es, pues, independiente de los contenidos del acto legislativo..." "es una noción que solo está condicionada por el origen del acto, por la calidad de su actor y por la forma de su adopción". (Cfr. R. CARRE DE MALBERG. *Confrontation de la théorie de la formation du droit; Contribution a la théorie general du droit y La loi expression de la volonté générale.* París. Sirey: 1922).

Estos postulados de corte enteramente político y propios del parlamentarismo absoluto que distinguió la Tercera República francesa implicaban, por lo tanto, que la ley tenía un dominio ilimitado que podía, inclusive, entrar a definir y regular situaciones particulares. Ante semejante potestad las decisiones administrativas y las jurisdiccionales solo tenían validez "conforme a la ley". Ninguna atribución tenía el reglamento de actuar por fuera de los límites legales. La potestad reglamentaria, consolidada institucionalmente en Francia a raíz de la Constitución del Año VII (art. 44),

se ajustó exactamente a esa definición puesto que ella se ejercía, al servicio de la ley, para dar instrucciones en el interior de la administración y, si se trataba de complementar o aclarar la ley con un alcance distinto que incluyera las situaciones de las personas, se requería que la Ley señalara exactamente el propósito del reglamento a expedir. (Cfr. Ch. DURAND y A. LANZA. *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental aux XIXe. Siecle.* Aix-Marseille. P. U., D'Aix-Marseille. 1976. p. 33). La potestad reglamentaria, como tal no evolucionó hacia su independencia. Fue necesario que el constituyente creara otras formas de reglamentos distintos a la potestad comentada para atribuir al ejecutivo de la potestad de expedir normas generales, abstractas y creadoras de situaciones generales (Ej. reglamentos autónomos, actos que expiden la normativa en cumplimiento de las leyes cuadros, deslegalización de materias y otros de igual naturaleza.)

Esas nuevas posibilidades del reglamento aparecen en el momento de la transformación de la estructura clásica liberal del Estado en los años finales del s. XIX y los primeros del s. XX y responden a la necesidad de atender mediante actos del ejecutivo las dificultades de las crisis del sistema político sitiado entonces por guerras, depresiones económicas, inflaciones crecientes, etc. El atribuirle al ejecutivo la responsabilidad de la dirección del Estado y a éste la tarea de intervenir en la economía, en los conocidos términos que planteó KEYNES, implicaba: a) superar y ampliar sus anteriores y elementales funciones restringidas a las materias de obras públicas, educación y seguridad que proclamaban las escuelas clásicas de la economía; b) dotarlo de eficientes mecanismos jurídicos de acción y, c) redefinir las competencias en el aparato estatal modificando las antiguas jerarquías entre los poderes. En adelante será posible que nuevas formas reglamentarias se ocupen en la definición de situaciones jurídicas generales, aunque se mantenga, para los casos clásicos, la potestad reglamentaria.

En ese momento la Ley pierde su indiscutida y absoluta jerarquía y se coloca, en varias oportunidades a la par del reglamento (ej. reglamentos autónomos) y en otras abandona su competencia para tratar ciertos asuntos. De manera general conservó su rango en las materias atinentes al régimen de derechos y libertades, la regulación de los procesos, la aprobación de los presupuestos y otros asuntos que cada constitución ha definido utilizando el criterio material para definirla o atenuando la llamada cláusula general de competencia.

Uno de los temas que ha permanecido en la reserva de la ley es el presupuesto de la Nación. Pero debido a su influencia en el comportamiento de la economía, las constituciones y, en su caso, leyes fundamentales, han venido introduciendo mecanismos excepcionales que le facilitan a los gobiernos adoptar medidas urgentes sobre gasto público que modifican ciertamente el presupuesto adoptado por una ley del legislador ordinario. Casi siempre ellos han tenido recepción en los sistemas constitucionales que mantienen un

esquema predominante clásico y no han incorporado los criterios materiales en la delimitación de los dominios de la ley y el reglamento. Uno de los métodos precursores en este aspecto fue el decretado en Francia, durante la IIIa República, mediante la Ley del 14 de diciembre de 1879 que dispuso en su artículo 5o. lo siguiente:

"En caso de receso de las Cámaras, tal como está determinado en el No. 1 de la ley constitucional del 16 de julio de 1875, los créditos suplementarios y extraordinarios podrán ser abiertos provisionalmente por decretos pronunciados en el Consejo de Estado, después de haber sido deliberados y aprobados en Consejo de Ministros: ellos indicarán los recursos que serán afectados por los créditos solicitados. Estos decretos deberán ser sometidos a la sanción de las Cámaras en sus próximas sesiones".

Como explica J. SOUBEYROL (*Les décrets-lois sous la Quatrième République. Bordeaux. Samie. 1955. p. 22*) la ley de 1879 es un claro antecedente de los que en el futuro se denominarán en Francia decretos-leyes, expedidos con base en ley especial que habilita al ejecutivo para el ejercicio de esa potestad legislativa. Esta atribución es una verdadera facultad legislativa porque mediante decretos el Consejo de Ministros, con la intervención del Consejo de Estado, puede modificar la ley del presupuesto nacional. Observemos que el cuerpo competente para la modificación es el Consejo de Ministros, o sea, un organismo colegiado propio del parlamentarismo. Los constituyentes de 1886 trasladaron sin depuración alguna la solución francesa y, sin reparar en las consecuencias estructurales del presidencialismo que habían aprobado, incluyeron en nuestra normativa fundamental el Consejo de Ministros de que hablaba la ley francesa que seguramente inspiró el hoy artículo 212. Por esto en la Constitución colombiana solo aparece el Consejo de Ministros en ese artículo y no en otro distinto.

Lo anterior sirve para indicar que la adopción por decreto de créditos adicionales o suplementales (es decir, créditos para gastos nuevos o créditos que complementen las partidas agotadas), es producto de un verdadero *proceso de revisión de la ley* hecho por el ejecutivo gracias a una expresa autorización constitucional. De ahí que las instancias y etapas de ese trámite y que tienen por fin introducir una modificación a la ley deban tener el carácter mismo del proceso legislador, con dos diferencias sobresalientes, entre otras: el órgano que dictará la norma no ejerce la representación popular ni esa disposición es el producto de la deliberación y el debate parlamentarios, sino del análisis de la necesidad del gasto y de la imprevisión presupuestal que causó el déficit a resolver con los créditos adicionales o suplementales.

El Sr. José María SAMPER, delegatario en el Consejo Nacional Constituyente, comentó así el artículo 212:

"No obstante la regla general establecida por el artículo anterior, el presente permite adoptar, con muy severas condiciones, ciertas medidas sobre créditos insuficientes y no previstos o votados, conformes, no solo a una razón de necesidad imperiosa, sino también a las prácticas de los gobiernos bien organizados. Por una parte, ocurren a todos los gobiernos ciertos gastos imprevistos, ya por imperiosa necesidad política (como en el caso de perturbación del orden público o de conflicto en las relaciones exteriores); ya por urgente precisión de comprar algunos objetos para el servicio público o de hacer reparaciones en edificios nacionales; ya por alguna otra causa; y si no está apropiada la cantidad necesaria o es insuficiente la apropiada, puede la nación sufrir muy grave perjuicio, caso de no hacerse el gasto requerido..." (Cfr. *Derecho público interno*. Bogotá. Temis. 1982. reimpresión. p. 623)

El carácter excepcional del mecanismo del artículo 212 hace en extremo riguroso el análisis de la necesidad imperiosa del gasto y de su justificación. Por eso la actuación del Consejo de Estado que se expresará en su concepto favorable o no, debe examinar en detalle los elementos materiales y conceptuales que documentaron el juicio del gobierno sobre el carácter de *imprescindible del gasto*. Los elementos materiales están contenidos en la disponibilidad de los recursos, la legalidad de su destinación, el objeto y necesidad de la obra pública, del programa o de la actividad concreta que deba financiarse y pagarse. Los conceptuales están referidos, primordialmente, al modelo teórico consignado en el plan de desarrollo económico y social, en el plan financiero y en los demás que, como los anteriores, racionalicen las inversiones y los gastos del Estado y precisen sus prioridades.

En ese sentido, más que un control, el examen del Consejo de Estado hace parte del mismo proceso excepcional que conduce a una modificación legal por lo cual su esfuerzo epistemológico y crítico no puede estar ausente de los aspectos políticos, sociales, económicos, de seguridad, etc. que conformaron la causa eficiente del juicio del gobierno y de su determinación de solicitar el crédito adicional para que sea decretado por el Consejo de Ministros. La actuación del Consejo de Estado conduce a un concepto, favorable o desfavorable, *obligatorio para el gobierno*. (Art. 141, No. 1. Constitución Política de Colombia). La Constitución se ha preocupado, pues, debido a lo grave y excepcional de la medida que reforma nada menos que una ley del Congreso, de condicionar la aprobación de tales créditos y de dar a cada una de las instancias del trámite un valor y efecto especial sobre la decisión final del Consejo de Ministros. La Ley General del Presupuesto ha regulado detalladamente esos aspectos que vale la pena tener en cuenta para expedir un concepto sobre la petición del gobierno y para que se entienda muy claramente que el proceso de formación de las leyes y el ejercicio de la potestad legislativa del Congreso de la República no pueden ser sustituidos por el simple afán de gastar los dineros que sobren en el ejercicio presupuestal o en la ejecución de los créditos nacionales o extranjeros.

II.- CARACTER GENERAL DE LA ADICION

La solicitud del Gobierno tiene estas características formales y de contenido:

A.- Valor del presupuesto adicional:

- 1.- Créditos adicionales: \$ 179.718.000.000,00.
- 2.- Traslados presupuestales: \$ 43.186.300.000,00

B.- Objetivo de la adición:

1.- El proyecto, en su gran mayoría de partidas, aplica dineros no incorporados al presupuesto de 1990 de conformidad con el balance de recursos hecho con apoyo en el artículo 68 de la Ley 38 de 1989 que dice:

"El mayor valor del recaudo de las rentas sobre el promedio de los cómputos presupuestados no podrá servir de recurso para la apertura de créditos adicionales".

"No obstante, si después del mes de mayo de cada año el recaudo de las rentas globalmente consideradas permite establecer que éste excederá al calculado en el Presupuesto inicial, ese mayor valor, estimado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá ser certificado como un excedente en el presupuesto de Rentas por el Contralor General de la República, y servir para la apertura de créditos adicionales. En caso de que existiere déficit fiscal en la vigencia anterior, el mayor recaudo de rentas se destinará, en primer lugar, a cancelarlo".

2.- Obra en el expediente el Oficio No. SCM del 15 de junio de 1990 dirigido por el Secretario del Consejo de Ministros al Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público en el cual indica que:

"...me permito comunicarle que el H. Consejo de Ministros, en su sesión del 14 de los corrientes, aprobó, luego de analizar detenidamente los rubros que lo conforman y por considerar que todos los gastos en él contemplados son imprescindibles, el proyecto de decreto "Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación y se efectúan unos traslados presupuestales para la vigencia fiscal de 1990..."

3.- Solamente en algunos casos aparecen observaciones del Gobierno sobre el carácter de imprescindible del gasto o acerca de la insuficiencia de la partida votada en la ley general del presupuesto. En otros figura la solicitud del jefe, director o representante del organismo o de la entidad oficial para que le sea adicionado el presupuesto respectivo. Pero, en casi todas la

justificación consiste en informar sobre la existencia de recursos sobrantes no incorporados y la necesidad o conveniencia de adelantar los proyectos sugeridos. En estos casos no hay constancia de la urgencia de los nuevos proyectos ni del análisis del Consejo de Ministros en los términos del artículo 212 de la Constitución Política.

4.- El expediente es un archivo que contiene estos tipos de documentos:

a) La solicitud del organismo o de la entidad para que le sea adicionado el presupuesto. En las peticiones que están en el expediente se encuentran las razones económicas que justifican el gasto.

b) El concepto favorable de Planeación Nacional sobre el nuevo crédito o el traslado. En estos oficios no se explica la conveniencia ni la urgencia del gasto.

c) Los certificados de disponibilidad expedidos por la Contraloría General de la República donde se precisa la cuantía de los recursos no incorporados presupuesto y la posibilidad legal y contable de ser aplicados a los programas que indique el Gobierno.

d) Los decretos mediante los cuales se autorizó a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional a contratar empréstitos dentro del Plan de Emergencia adoptado, desde antes, por el Consejo de Ministros.

e) Los contratos de algunas entidades que se van a ejecutar con la adición presupuestal.

f) La copia del Plan Financiero 1990 (Documento M. H. 0007 D.G.P.) estudiado por el Consejo Superior de Política Fiscal el cual expone las proyecciones del sector público para 1990. Sus explicaciones se refieren a las "metas de inversión programadas por el gobierno..., la política fiscal, los requerimientos de financiación y su impacto sobre la disponibilidad cambiaría y de crédito al sector privado". El documento no se elaboró con el fin de demostrar el carácter de imprescindible de los gastos del proyecto de presupuesto adicional sino para "coordinar la política fiscal y de financiación del sector público con los demás objetivos de política económica".

El Plan Financiero introduce el criterio del ahorro en el sector público como elemento fundamental de su estructura y define que las prioridades del gasto en 1990 son "los pagos de inversión y funcionamiento necesarios para concluir las obras definidas como prioritarias en el Plan de Economía Social". El modelo teórico del cual parte y sus propuestas concretas fundamentan el Presupuesto Nacional y la política legislativa que en él se consigna para la citada anualidad.

5.- No aparecen en el expediente:

a) Las consideraciones específicas que tuvo el Gobierno para autorizar, el Consejo de Ministros, las numerosas adiciones presupuestales, salvo en los casos en que se han expedido decretos al respecto y que el crédito o el traslado es un desarrollo de la política o el programa de emergencia adoptado.

b) La organización documental de cada partida en donde se pueda apreciar fácilmente de donde se tomaron los recursos, la resolución de la Contraloría, el agotamiento de la partida o su inexistencia. En síntesis, la documentación probatoria de cada gasto sobre su urgencia y su procedencia fiscal y contable. Esto dificulta en extremo el control numérico legal de los créditos y traslados.

Es de anotar que, por lo dicho, el expediente es muy desordenado, con fotocopias ilegibles, repetidas o de documentos inútiles para el examen del Consejo de Estado.

c) La explicación, en el caso de los créditos externos, la utilización de diferentes tasas de cambio (el MOPT liquida con un tipo de \$636.60, nivel a lo cual no se ha llegado históricamente, lo cual supone la incorporación de unos recursos al presupuesto por un valor objetivamente superior al necesario. Por su parte los organismos del sector eléctrico usan otro tipo de cambio inferior al que actualmente existe en el mercado. Por lo menos no hay unidad de criterio en este asunto).

II.- PARTIDAS JUSTIFICADAS CON EL CARACTER DE IMPRESCINDIBLE DEL GASTO Y EL AGOTAMIENTO O LA INEXISTENCIA DE LA PARTIDA

Como quiera que la Constitución establece que el mecanismo excepcional del artículo 212 opera siempre y cuando el gasto sea *imprescindible* y, no exista el recurso incorporado al presupuesto para atenderlo, hemos examinado cada una de las partidas para conocer el juicio del Gobierno que dio lugar a la propuesta de adición de manera extraordinaria.

En algunas de esas partidas la justificación se encuentra en documentos del Gobierno (contratos, decretos, etc.) pero en ningún caso en decisiones auténticas del mismo tomadas expresamente para los efectos de esta adición. Es decir, la urgencia del gasto se hace manifiesta en la documentación aportada y no en la certificación del Secretario del Consejo o en la insuficiente y desordenada exposición de motivos que el Ministro de Hacienda presentó al Consejo de Estado en este caso.

Por lo tanto, a continuación se relacionan las partidas que cuentan con esa forma de explicación. Se excluyen todas las partidas que no cuentan con este tipo de justificación y aquellas que se fundamentan en el hecho de existir recursos sobrantes del presupuesto y en una apreciación muy general sobre la conveniencia pública del proyecto cuya financiación se persigue con el decreto. Es evidente, a la luz de la Constitución, que las consideraciones de conveniencia y de política económica y social pueden ser suficientes para motivar ante el Congreso de la República la aprobación de las partidas en un presupuesto adicional, mas no alcanzan a satisfacer las exigentes condiciones del artículo 212 en cuanto a la naturaleza imprescindible del gasto que promueve esta manera de modificación de la ley general del presupuesto.

LISTA DE LAS PARTIDAS JUSTIFICADAS

1.- MINISTERIOS, ORGANISMOS Y ENTIDADES: *Presupuesto de funcionamiento*. Consideramos que dada la naturaleza de los gastos de funcionamiento, de los cuales depende la marcha del Estado y de sus instituciones, es apenas lógico que sean gastos imprescindibles todos los relacionados con el pago de sueldos, prestaciones, servicios de personal, etc. No será necesario, pues, analizar cada partida en estos casos. El valor total de la adición para el presupuesto de funcionamiento es de: \$ 29.409.7 millones.

Sin embargo, no se incluyen en esa calificación de imprescindibles los gastos imputables al presupuesto de funcionamiento que consistan en contrataciones de asesorías externas por fuera de la planta de personal de cada institución que por definición debe operar normalmente con sus propios recursos humanos. Las asesorías externas tendrán que ser examinadas, en cuanto a su conveniencia, por el legislador ordinario.

2.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE INTENDENCIAS Y COMISARIAS.

Programa 3201. Atención al medio. Subprograma 09: Protección y conservación integral: Proyecto: 001 Canalización de caños en el municipio de Leticia. 15.0

Justificación: La necesidad inaplazable de continuar con la campaña contra la reproducción del mosquito transmisor del dengue hemorrágico.

3.- INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA -ICEL.

a) SERVICIO DE LA DEUDA EXTERNA por 9.789.000.000.00

Justificación: Los compromisos del ICEL con los bancos de exterior para el pago de la deuda cuyas partidas están agotadas. Estos cumplimientos

son condición para que la banca internacional efectúe los desembolsos de los nuevos préstamos.

Nota: Los documentos no identifican el programa y el subprograma de esa partida.

b) Programa: 3602. TRANSMISION DE ENERGIA ELECTRICA. Subprograma 02. Proyecto: 0002: LINEA POPAYAN PASTO SUBESTACION Y ANILLO.

Justificación: Es la utilización de un crédito interno (Banco del Estado) para continuar con esa obra pública. La partida es insuficiente para los requerimientos del proyecto.

4.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL

Programa: 1202. INFRAESTRUCTURA FISICA Y EQUIPAMIENTO. Subprograma 02. Proyecto: 0002 CONFIGURACION DEL SISTEMA COMPUTACIONAL.

Justificación: Las exigencias de la seguridad aeronáutica nacional que depende de la red de sistema de información computarizada. La partida votada por 430.000.000,00 es insuficiente para este proyecto.

5.- EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

Programa: 4101. SERVICIO DE LA DEUDA. APOORTE E INVERSIONES FINANCIERAS. Subprograma: 03. Proyecto: 410103 001 90 APORTES DE CAPITAL A INTELSAT.

Justificación: El pago de los compromisos adquiridos por concepto de la participación de inversión que el Convenio Operativo INTELSAT exige para la vinculación de Colombia a ese sistema de comunicaciones.

6.- CORPORACION AUTONOMA REGIONAL PARA EL DESARROLLO DE NARIÑO CORPONARIÑO.

Programa: 3805. PLAN VIAL NACIONAL - NAVEGACION FLUVIAL Y OBRAS HIDRAULICAS. Subprograma 05. Proyectos: 0001 CONSTRUCCION DE OBRAS DE ADECUACION PORTUARIA EN BOCAS DE SATINGA Y MOSQUERA Y 0002 CONSTRUCCION DE OBRAS DE MANTENIMIENTO DEL RIO TAPAJE.

Justificación: Se trata de dos obras públicas de urgencia por cuanto: a) la primera en Bocas de Satinga, municipio de Olaya Herrera, es la construcción

del muelle de acceso del río Sanquiaga, única vía de comunicación de esa población. El control del río con las obras proyectadas es necesario para evitar que las variaciones del cauce del río y las mareas continúen inundando el sector y aislando la población. b) la segunda persigue evitar la erosión que causa el río en El Charco y que amenaza destruirla. Los pobladores ya han perdido viviendas, cultivos y calles de la localidad.

7.- INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA

Programa: 1401. Subprograma: 01. Proyectos: 0001 AISLAMIENTO Y CULTIVO DE FOLICULOS TIROIDEOS HUMANOS. y 0002 PRODUCCION DE ANTICUERPOS NONOCLONALES ANTIGENOS ASOCIADOS AL CANCER.

Justificación: Son proyectos financiados y contratados con COLCIENCIAS cuyo fin es el de producir elementos indispensables en el tratamiento del cáncer. Es la utilización presupuestal de la financiación no reembolsable que otorgó COLCIENCIAS.

8.- INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR ICFES.

Programa: 1401 INVESTIGACION Y DIVULGACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA. Programa 01. Proyecto 0001 PROGRAMA DE DESARROLLO DE LA CAPACIDAD INVESTIGATIVA. CONTRAPARTIDA BID 110 IC-CO.

Justificación: El Banco Interamericano de Desarrollo con el cual se suscribió el contrato de empréstito externo No. 110/IC-CO , otorgó un plazo de 6 meses a partir de Mayo para ejecutar los saldos pendientes. Es la incorporación al presupuesto de ese crédito restante para utilizarlo , de lo contrario el recurso se pierde.

9.- MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - FONDO VIAL NACIONAL

El Ministerio sostiene en la justificación de dos partidas por \$70.051.528,00 y \$1.494.202.314,00 provenientes del crédito BIRF 2890-CO que se requieren para cancelar saldos pendientes de pago a proveedores porque las partidas originales se encuentran agotadas. En el presupuesto de gastos (Programa 3801) no se especifican, sin embargo, a cuales proyectos corresponden los saldos pendientes.

10.- LA REFORMA DE LA JUSTICIA. Las partidas en esta materia están diseminadas en varios proyectos. La exposición de motivos del Ministro de Hacienda es prolija en las razones de urgencia de los distintos créditos.

Sin embargo, en cuanto a los créditos y contracréditos para la construcciones tan solo aparecen justificados los destinados al Palacio de Justicia. El resto de construcciones no están contratadas, y según las explicaciones que el Consejo le hizo a la Gerente del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, apenas son proyectos que no han recibido la aprobación definitiva de las instancias gubernamentales competentes.

11.- LAS NECESIDADES DE LA DEFENSA NACIONAL Y DEL ORDEN PUBLICO

Los decretos de estado de sitio y otros reglamentarios del Plan de Emergencia son documentos que sustentan las partidas con destino a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional para adquisición de equipo y demás elementos materiales indispensables en el ejercicio de sus funciones. No aparece bien sustentada la urgencia de la construcción de casas fiscales y su relación inmediata con la política del gobierno en materia de defensa nacional y orden público.

Las demás partidas no tienen justificación y contradicen las exigencias constitucionales y legales por lo cual expreso mi desacuerdo con la ponencia. Especialmente las del Instituto Nacional de Transporte que se refieren a contrataciones de asesores externos, a la celebración de seminarios ya hechos y a la vinculación de asesores especiales para redactar un decreto que ya expidió el Gobierno sobre transporte. Igualmente las del INDERENA para adquirir tecnología para el cultivo de peces ornamentales y aquellas que el H. Consejero Dr. JOAQUIN BARRETO R. plantea en su salvamento de voto.

Pablo J. Cáceres Corrales.

Bogotá D. E. seis de agosto de mil novecientos noventa.

CREDITO ADICIONAL. NECESIDAD DEL GASTO - (Salvamento de voto)

El Consejo de Estado puede emitir dictamen favorable únicamente respecto a aquellos gastos que realmente sean imprescindibles, sin que le sea dado tener como factores determinantes razones políticas o de conveniencia. Siendo ello así, no encuentro que tal imprescindibilidad está dada en algunas de las partidas que se han incluido en la adición presupuestal sometida a estudio del Consejo en esta oportunidad.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Bogotá D.E., Julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa (1990)

Ref: Expediente No. C-136 *CONSULTA DEL GOBIERNO*

Como se ha tenido oportunidad de precisar, los créditos suplementales y extraordinarios que el artículo 212 de la Constitución Política autoriza tramitar ante esta Corporación, son aquellos que tienen por finalidad atender gastos "imprescindibles"; concepto éste que de suyo no permite incluir aquellas erogaciones no indispensables o que siéndolo, no son imprescindibles y en consecuencia pueden diferirse para cuando el Congreso Nacional esté reunido. Es suficientemente claro que la competencia que le asigna al Consejo de Estado el precepto mencionado, tiene un marco jurídico diferente al que regula la actividad del Congreso en estas materias, el Consejo puede emitir dictamen favorable únicamente respecto a aquellos gastos que realmente sean imprescindibles, sin que le sea dado tener como factores determinantes razones políticas o de conveniencia.

Siendo ello así, no encuentro que tal imprescindibilidad esté dada en algunas de las partidas que se han incluido en la adición presupuestal sometida a estudio del Consejo en esta oportunidad. Son ellas, las que tienen por finalidad girar dineros para financiar actividades como la construcción o remodelación de sedes, el mejoramiento de edificios, o la erección de monumentos con ocasión de onomásticos o efemérides, de personas de derecho privado, que no obstante tener sustento en leyes especiales de honores, no por ello son imprescindibles en momentos como el actual, en que las limitaciones presupuestales no le permiten al Estado atender en forma adecuada y oportuna sus obligaciones más urgentes. Sin desconocer la importancia que puedan tener estas asignaciones, considero que no son prioritarias frente a necesidades apremiantes como las propias de la asistencia pública, por ejemplo, que tradicionalmente carece de recursos suficientes para que el Estado pueda cumplir con la obligación constitucional de prestarla "a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirlo a otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar" (art. 19 de la Carta); o que cuando se asignan dichos recursos en la última adición presupuestal de la respectiva vigencia, por la rigidez propia de los estatutos presupuestal y contractual de la administración pública, no hay tiempo suficiente para dar trámite a los contratos o adquisiciones necesarios, perdiéndose así los dineros asignados.

En consecuencia, en mi opinión debió posponerse para una próxima adición presupuestal tramitada ante las cámaras, la inclusión de las partidas a que me he referido, sin que tal decisión pueda traducirse en un incumplimiento de la ley que las decretó.

Por las razones expuestas, el voto favorable que he emitido en apoyo de la ponencia aprobada por la Corporación, no comprende las partidas mencionadas.

Joaquín Barreto Ruiz

CREDITO ADICIONAL. NECESIDAD DEL GASTO - (Salvamento de voto)

Se venía considerando que el Consejo de Estado tenía competencia para aprobar parcialmente algunas partidas y negar otras, pero en el caso en el cual me separo, se votó todo el proyecto de decreto a pesar de que hay muchas partidas que no tienen respaldo en ninguna norma legal que lo hubiere autorizado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D.E., Agosto quince (15) de mil novecientos noventa (1990)

Ref : Expediente No. C-136

Me permito consignar a continuación, y con todo respeto por la opinión de la mayoría de la Sala, las razones que me llevaron a salvar el voto en este caso. Son las siguientes:

Me aparto de la opinión mayoritaria consignada en la decisión de 17 de julio del año que cursa, por cuanto estimo que ella contiene un retroceso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el tema de la competencia de la Corporación al emitir el concepto sobre los créditos extraordinarios abiertos al presupuesto Nacional en receso del Congreso de la República.-

En efecto, la tesis que inicialmente sostenía la Corporación, era la de que su competencia se limitaba a un mero control de carácter jurídico y contable; posteriormente se abrió paso la idea de que como el Consejo de

Estado en esta función reemplaza al Congreso de la República, tiene las mismas competencias de éste y que por lo mismo, podía examinar la urgencia del crédito y la necesidad imprescindible del gasto, y fué así como en el Gobierno del doctor Belisario Betancur la Corporación emitió concepto desfavorable a un crédito extraordinario abierto por el Gobierno al Presupuesto Nacional. Se consideró entonces, que el Consejo de Estado, tenía competencia para aprobar parcialmente algunas partidas y negar otras, como se hizo en alguna oportunidad, pero en el caso en el cual me separo, se votó todo el proyecto de decreto a pesar de que hay muchas partidas que no tienen respaldo en ninguna norma legal que lo hubiere autorizado, como son las partidas cuantiosas para cumplirle al M-19, cuando hay muchas regiones tanto en el interior del País, como la Costa en general y del Sinú en particular, en donde las clases campesinas carecen de los necesarios servicios de salud, educación y de control de las inundaciones que son periódicas.

Estas son a grandes rasgos y para no indicar partida por partida, porque sería muy dispendioso y el tiempo es poco, las razones que me llevan a salvar el voto.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn

CONFLICTO DE COMPETENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Teniendo en cuenta que el accidente del camión oficial donde quedó herido el soldado, quien posteriormente falleció, fue un hecho que tuvo ocurrencia en jurisdicción correspondiente al tribunal administrativo del Magdalena, según las nítidas voces del inciso segundo del numeral 10 del artículo 131 del C.C.A., subrogado por el artículo 2º del D.L. 597/88, resulta indubitable que este tribunal es el competente para conocer de la demanda indicada "*ab initio*".

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

Bogotá, D.E., Julio veintitrés (23) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Euclides Londoño Cardona*

Referencia : Expediente N°. C-134. Conflicto de competencia (tribunales administrativos del Magdalena y del Atlántico).

Procede la Sala a resolver el conflicto negativo de competencia surgido entre los tribunales administrativos del Magdalena y del Atlántico con ocasión de la demanda de reparación directa y cumplimiento presentada por el señor Felipe Moisés Daza Oñate.

- I -

ANTECEDENTES

1 - El señor Felipe Moisés Daza Oñate, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento demandó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional -, como responsable del deceso del soldado Roberto Enrique Daza Peralta, ocurrido el 22 de marzo de 1.988 en la Clínica General del Norte de la ciudad de Barranquilla como consecuencia del accidente acaecido en un camión militar el 5 de marzo de 1.988, en el sitio denominado el Puente Aguja, localizado sobre el río del mismo nombre, ubicado en la carretera nacional, entre los municipios de Fundación y Ciénaga, en el Departamento del Magdalena.

2- El tribunal administrativo del Magdalena, en auto de Sala Unitaria calendado el 27 de marzo de 1.990 (folios 17 y 18) estima que la competencia para conocer de la referida demanda corresponde al tribunal administrativo del Atlántico. Para llegar a esta conclusión se apoya en el razonamiento siguiente :

a) " Si se considera como hecho causante del perjuicio el accidente de tránsito como lo certifica el Oficial de Personal del Batallón La Popa (folio 13)- y como lugar del mismo hecho el sitio Puente La Aguja en la Carretera Fundación-Ciénaga, de esta jurisdicción, en sana lógica habría que concluir que como fecha de este hecho debe tomarse la de la ocurrencia del accidente, esto es, el 5 de marzo de 1989. Si fuere así, la acción estaría caducada, puesto que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho (art. 136 C.C.A.), y la demanda fue introducida por el señor apoderado del actor el día 22 de marzo de 1.990.-".

b) " Si, en cambio, se estima como hecho perjudicial la muerte del joven soldado ROBERTO ENRIQUE DAZA PERALTA salta a la vista que ese hecho ocurrió en la Clínica del Norte de la ciudad de Barranquilla, el día 22 de marzo de 1.988(folio 15), sólo en cuyo caso no estaría caducada la acción.-".

c) " Por favorabilidad este Tribunal admite que esta última opción es la mas (sic) equitativa, no obstante constituir un premio a la desidia del señor apoderado, quien asumió el poder desde el 10 de abril de 1.989 y sólo al filo del vencimiento del plazo vino a presentar la demanda. En este evento la competencia quedaría atribuida, por razón territorial (artículo 131 numeral 10 C.C.A.) al Tribunal Administrativo del Atlántico.-".

3 - Por su parte, el tribunal administrativo del Atlántico, en auto de Sala proferido el 16 de mayo de 1.990 (folios 22 y 23) se declara incompetente para conocer la demanda y remite el expediente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para que dirima el conflicto de competencia. El soporte motivo de su decisión es el siguiente :

a) " Como se deduce del estudio de la demanda, el hecho generador de la muerte del soldado ROBERT (sic) ENRIQUE DAZA PERALTA fue el accidente que ocurrió en el puente de "La Aguja", ubicado entre las poblaciones de Ciénaga y Fundación en el Departamento del Magdalena. En cambio, las consecuencias sufridas por la víctima en el accidente se prolongaron en el tiempo: desde el día del accidente 5 de marzo de 1.988 en que sufrió lesiones, hasta el 22 del mismo mes en que ocurrió su muerte en la ciudad de Barranquilla. ".

b) " Ahora bien, según lo prevé el numeral 10 del Art. 131 del C.C.A., en los procesos de Reparación Directa contra la Nación, la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se realizó el hecho generador de los perjuicios, en este caso, aquel en que ocurrió el accidente de tránsito del camión oficial, puesto que la muerte de la víctima es sólo una consecuencia del mismo. Además, la mencionada norma estatuye que si el hecho comprendiere varios departamentos será competente, a prevención, el Tribunal escogido por el demandante, que en el presente asunto fue el del Magdalena (sic) ".

c) " Como en el caso que nos ocupa se dan plenamente las situaciones fácticas que establece la norma, es lógico concluir que el Tribunal competente para el conocimiento de la presente demanda lo es el Administrativo del vecino departamento. ".

- II -

SE CONSIDERA

1 - Como puede apreciarse, el razonamiento del tribunal del Magdalena plantea dos hipótesis : la primera, que comporta el correcto entendimiento de la norma reguladora de la competencia - art. 131-10, inciso segundo del C.C.A. - respecto del supuesto fáctico que la determina, cual es, en el evento de ejercitarse la acción de reparación directa y cumplimiento, por razón del territorio, el lugar donde se realizó el hecho, vale decir, para el caso objeto de examen, el accidente; la segunda - que es la que acoge -, parte de un supuesto que no contempla el texto precitado : el daño, " hecho perjudicial " según la denominación que el Tribunal da a la muerte de Daza Peralta, desconociendo que este elemento de la responsabilidad extracontractual no es otro que el efecto del hecho - el accidente - constitutivo de causa eficiente de aquel.

En ambas hipótesis el tribunal ubica los supuestos fácticos - como aparece en autos - en el momento de su ocurrencia : el accidente el 5 de marzo de 1.988 y la muerte el 22 de los mismos mes y año, para desprender de allí el criterio de que, como sólo en el segundo caso la acción no estaría caducada, " Por favorabilidad ", esta opción es la llamada a ser escogida, como en efecto lo hizo.

2 - No entendió así el tribunal administrativo del Atlántico el punto de controversia. Por el contrario, lo concibió en los claros términos del precepto, como lo consignó en el auto mencionado, que en lo sustancial se transcribe en esta providencia.

Ciertamente, teniendo en cuenta que el accidente del camión oficial donde quedó herido el soldado Daza Peralta - quien posteriormente falleció - fue un hecho que tuvo ocurrencia en jurisdicción correspondiente al tribunal administrativo del Magdalena, según las nítidas voces del inciso segundo del numeral 10) del artículo 131 del C.C.A., subrogado por el artículo 2º del Decreto - Ley 597 de 1.988, resulta indubitable que este tribunal es el competente para conocer de la demanda indicada ab initio.

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

RESUELVE

PRIMERO : Por ser competente, envíese al expediente al Tribunal Administrativo del Magdalena para que asuma el conocimiento de la demanda de reparación directa y cumplimiento instaurada por el señor Felipe Moisés Daza Oñate a través de apoderado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa (1.990).

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Presidente, (Ausente); Jaime Abella Zárate; Joaquín Barreto Ruiz (Ausente); Carlos Betancur Jaramillo; Pablo Cáceres Corrales; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, (Ausente); Guillermo Chahín Lizcano; Gustavo de Greiff Restrepo; Clara Forero de Castro, (Ausente); Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velásquez; Alvaro Lecompte Luna; Euclides Londoño Cardona; Carmelo Martínez Conn; Jorge Penén Deltieure, (Ausente); Simón Rodríguez Rodríguez, (Ausente); Libardo Rodríguez Rodríguez; Consuelo Sarria Olcos; Julio César Uribe Acosta; Rodrigo Vieira Puerta;

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica. NORMA SUSTANTIVA - Inexistencia. OBLIGACION CIVIL

El carácter puramente descriptivo y de ninguna manera atributivo o declarativo de derecho del artículo 1527 del Código Civil invocado es indudable, pues se relaciona exclusivamente con las enunciaciones que hace de las calidades y características de las obligaciones civiles y naturales, sin que se pueda de ello inferir consecuencia decisoria alguna de derecho. La alegación gira alrededor de situaciones eminentemente fácticas para cuya dilucidación es menester analizar hechos y pruebas, razón por la cual se está en verdad frente a una violación indirecta, vedada en el ámbito del presente recurso de anulación.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica. CONTRATO ADICIONAL. CONTRATO A PRECIO UNITARIO. CONTRATO DE OBRA PUBLICA

Respecto de los artículos 45 y 78 del Decreto-ley 150/76, el recurrente se extiende en consideraciones que le dan a su escrito un carácter incuestionable de alegato de instancia en que campea una compleja relación de hechos que no sería dable desentrañar sin apelar al examen del recaudo probatorio en que necesariamente descansan y están respaldados. Nuevamente, la única causal de violación directa de la ley sustantiva que se permite en tratándose del recurso de anulación, impide a esta Corporación entrar al análisis de los cargos.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá, D.E., Junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. A-058, Recurso Extraordinario de Anulación.
Demandante : Fondo Vial Nacional *Objeto de Anulación* : Sentencia de la Sección 3a. del Consejo de Estado, de fecha agosto 6 de 1987 en proceso 3886 del Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., antes CONIC LTDA. contra FONDO VIAL NACIONAL.

El Fondo Vial Nacional, establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 64 de 1967, por apoderado judicial, intenta ante esta Corporación recurso extraordinario de anulación, regulado por el capítulo III del título 23 del C.C.A., artículo 194 y siguientes (hoy suprimidos), contra la sentencia de agosto 6 de 1987, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso 3886 (antigua radicación), seguido por la sociedad Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., antes CONIC LTDA., contra el Fondo Vial Nacional. A fin de proceder en forma ordenada al examen de los argumentos del recurrente, previamente a la decisión jurisdiccional que corresponda, se pasa al estudio de los elementos de juicio, como enseguida se hace.

I. HECHOS DE LA DEMANDA DE INSTANCIA

a) La Sociedad CONIC S.A. y el Fondo Vial Nacional celebraron el Contrato 491 de 1977 para ejecutar los trabajos de resellar 20 kilómetros y reconstruir 19 kilómetros de la carretera Bucaramanga-Barrancabermeja; el valor se pactó por la modalidad de precios unitarios fijos: *para efectos fiscales y presupuestales*, el contrato se estimó en la suma de \$56'997.808.35, resultante de multiplicar las cantidades de obra estimadas por su correspondiente precio unitario. El párrafo de la cláusula cuarta preveía la posibilidad de celebración de contratos adicionales, caso en el cual el contratista debería aceptar los mismos precios unitarios pactados inicialmente.

En la cláusula novena se determina como forma de remuneración al contratista lo que resultara de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por su precio unitario, más lo ajustes a que hubiere lugar, según los términos de la cláusula octava. Al contrato se le agregaron dos adicionales, el 276 de 1978 y el 189 de 1979 por aumento del valor y del plazo, expirando éste definitivamente el día 31 de diciembre de 1979.

b) El Fondo Vial Nacional exigió del contratista la ejecución cabal de las obras contratadas; en desarrollo del contrato fue evidente que las cantidades previstas diferían por insuficientes de las que efectivamente ejecutó el contratista para darle cumplimiento al objeto contractual.

c) A pesar de recibir el Fondo Vial Nacional las obras a entera satisfacción, previa revisión de la Interventoría y aprobación del funcionario competente del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no hubo pago de varias actas de obra y de ajuste, con el pretexto de que su valor superaba el previsto en el contrato, pero se ofrecía al contratista tramitar ante el Congreso Nacional un proyecto de ley para legalizar los mayores valores de numerosos casos contractuales para los cuales el Ministerio no tenía la correspondiente disponibilidad presupuestal.

d) Con base en la iniciativa gubernamental, el Congreso de la República dictó la ley 18 de 1982 (enero 20), "por la cual se autorizan reconocimientos", y en que fue incluido el contrato en cuestión;

e) La vida de la mentada Ley 18 fue afímera ya que el día 21 de octubre del mismo año fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia; ella determinó que en ninguno de los eventos previstos por la ley cabía ejercicio legal alguno del Congreso, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales que regulan las funciones contractuales del ente legislador;

f) En la demanda de CONIC se reclamaba además la actualización de los valores dejados de pagar a fin de compensar al contratista por los efectos nocivos de la inflación, durante el período del incumplimiento de la Administración, debido a la mora en el pago de las obras ejecutadas y recibidas a satisfacción de ésta;

g) Expirado el término del contrato el día 31 de diciembre de 1979, el Fondo Vial Nacional se abstuvo de liquidarlo, situación en que persistió el Fondo, primero, con el pretexto de la expedición de la ley de reconocimiento y luego por la declaración de su inconstitucionalidad;

h) Dentro del concepto de la violación el actor de instancia alegaba desconocimiento de la Administración respecto de la Constitución Nacional, norma suprema que determina los deberes de las autoridades de la República, y cuyo desconocimiento conduce al enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento consiguiente de un particular, contrasentido si se tiene en cuenta la obligación de las autoridades de proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes (art. 16). En segundo término la demanda señalaba el quebrantamiento de los preceptos del Código Civil, particularmente en lo relativo a las prestaciones contractuales, partiendo de que el contrato es ley para las partes.

Para ello mencionó la Ley 153 de 1887, artículo 8o, fundamento de la teoría del enriquecimiento sin causa, y que ha sido considerada también fuente de obligaciones.

El actor mencionó además el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976, por indebida aplicación, en cuanto el Fondo Vial Nacional persistía en la opinión de que las mayores cantidades de obra debían legalizarse en un contrato adicional, que no celebró por exceder los límites señalados por la norma. A tales argumentos el demandante replicó que la naturaleza de los contratos de obra pública por la modalidad de precios unitarios fijos es precisamente hacer determinable la cuantía final del contrato.

Por último, como norma violada el actor mencionó el Contrato 491 de 1977, fuente de las obligaciones de las partes y en virtud del cual había ejecutado las obras allí previstas.

2. HISTORIA DE LA LEY 18 DE 1982.

Al decidir la Corte Suprema de Justicia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 18 de 1982 estimó que en ninguna de las previsiones de la norma había respaldo constitucional; la Ley distinguió tres situaciones:

1. Obras ejecutadas vencido el plazo contractual;
2. Obras ejecutadas por mayor valor del previsto;
3. Obras sin contrato.

Del punto 1. afirma que se trata sólo de incumplimiento contractual para lo cual el Congreso carece de facultades para determinar efectos; la ejecución de obras vencido el plazo del contrato no es tema de regulación legislativa sino de la competencia exclusiva de los jueces de la República.

En el punto 2. tampoco halla la Corte justificación de la ley que trata de subsanar el mayor valor de los contratos, en exceso de la correspondiente apropiación presupuestal.

El último punto, relativo a obras ejecutadas sin contrato, tampoco tiene defensa constitucional y no se analiza por cuanto no viene al caso de autos.

En la instancia se analizó muy cuidadosamente la incidencia de la ley en el contrato.

Para su consideración se observa la situación contractual teniendo en cuenta la ocurrencia de los siguientes momentos importantes:

1. Celebración del contrato.
2. Ejecución de las obras en cantidades superiores a las previstas;

3. Falta de pago de actas de obra y de ajuste por parte del Fondo Vial Nacional por alegar que carece de facultades para reconocer el mayor valor.

4. Para el Fondo la controversia será subsanada por la Ley 18 de 1982, dictada para legalizar el reconocimiento por el exceso.

5. Se promulga la ley y la relación FONDO-CONIC permanece inalterada, salvo que el Ministerio expide la Resolución 6629, de julio 21 de 1982, para el reconocimiento de la obligación económica del Fondo, resolución que carece de eficacia tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 18.

Y para ajustarse a esta nueva situación, dicho Ministerio expidió la Resolución N° 11.116 de 9 de diciembre del mismo año por la cual dejó sin efectos jurídicos la antedicha Resolución 6629.

6. Ni antes ni después de la declaración de inconstitucionalidad, el Fondo liquida el contrato.

3. CULMINACION DEL PROCESO DE INSTANCIA

A petición del actor se reconstruyó el proceso, desaparecido en los sucesos ingratos del Palacio de Justicia.

Descorrido el traslado de ley del proceso, la señora Fiscal es del concepto de que hay lugar al enriquecimiento en favor del Fondo y en contra de los intereses del actor por la suma de \$62'112.342.05, valor señalado por la Resolución 6629 de 1982, dictada en virtud de la Ley 18; además estima que deben negarse las demás pretensiones de la demanda.

Con el acervo procesal recaudado, la Sección Tercera de la Sala Contencioso administrativa, con ponencia del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo dicta sentencia el día 6 de agosto de 1987.

Respecto de los distintos puntos formulados, la Sala decide:

1. El actor acertó en la acción escogida pues la relación existente entre las partes era claramente contractual; aceptado lo anterior, hubo incumplimiento contractual del Fondo tanto por el no pago de las actas de obra y de ajuste como por la falta de liquidación de la relación contractual. Para la Sala es evidente que tal tipo de controversia compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según el Decreto 528 de 1964, modificatorio de la Ley 167 de 1941 que excluía expresamente tales controversias de su conocimiento.

2. No tiene asidero legal la excepción de caducidad de la acción propuesta por el Fondo pues, según doctrina reiterada del propio Consejo, las

controversias contractuales anteriores al Decreto-Ley 01 de 1984, se rigen por lo que dispone el Código Civil, artículo 2536, esto es, el término de veinte (20) años. La caducidad del artículo 28 del Decreto 528 de 1964 se aplicaba sólo a controversias por reparación directa y responsabilidad extracontractual.

3. El cargo de inepta demanda tampoco procede; aunque el demandado no precisa su fundamento, el Consejo supone que sea el no haber acusado el actor la Resolución de reconocimiento No. 6629 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. La Sala asevera que la excepción no sólo carece de fundamento sino de seriedad pues el propio representante del Fondo la dejó sin efecto debido a la inexequibilidad de la Ley 18 de 1982. Agrega que los daños denunciados por el actor tuvieron origen en el incumplimiento contractual del Fondo "y no en la vida efímera de una resolución de reconocimiento que trató de comprenderlos y que la misma entidad pública declaró sin validez alguna" (fl. 305 cdno. 1).

4. Para la Sala es evidente que el contratista ejecutó el objeto contractual.

La obligación del contratista, afirma la Sección Tercera, era de resultado pues debía ejecutar las obras necesarias para la construcción de la carretera. Y advierte enseguida: "De allí que el manejo de este tipo de contrato debe ser especialmente cuidadoso para la Administración, porque el valor final no tiene las limitaciones cuantitativas que se contemplan para los adicionales" (fl. 311 Cdno.1) Y en otra parte agrega: "Entre otras razones porque todas ellas (las actas de obra y de ajuste no pagadas) tienen su aprobación.". (fl. 320 Cdno. 1).

5. La Sala decide que ha habido incumplimiento del Fondo además al no liquidar el contrato.

6. Acepta las objeciones del Fondo en la forma como se liquidó la condena, pues los peritos tuvieron en cuenta los intereses comerciales simples o de mora más la actualización del total de la suma. Según el criterio del Consejo "los intereses comerciales llevan en su seno la corrección monetaria" (fl. 320 Cdno. 1).

7. En consecuencia, condena al Fondo Vial Nacional a pagar al contratista la suma de \$134.849.355.00 que deberá ser debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al por mayor y con aplicación de la fórmula señalada en la parte motiva de la sentencia.

A título de lucro cesante el demandado deberá pagar al contratista intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual sobre el valor de la indemnización sin actualizar; y a la sentencia se le dará cumplimiento legal, sobre la cantidad líquida que resultare, efectuadas las operaciones indicadas

se pagarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de tal término.

4. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Por apoderado especial, el Fondo Vial Nacional interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de agosto 6 de 1987; a la petición se le dio el curso que correspondía y una vez perfeccionado el procedimiento, entra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a decidir como en efecto lo hace.

Para un examen cuidadoso y puntual del recurso se transcribe textualmente el escrito en lo que a formulación de los cargos se trata:

**"FORMULACION DE LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA,
EXPRESION DE LA INCIDENCIA DE LA VIOLACION DE LA
NORMA LEGAL CONCRETA EN LA PARTE RESOLUTIVA.**

"CARGO N° UNO (1)

Violación del artículo 1527 del Código Civil.

La sentencia acusada es violatoria del art. 1527 del C.C., por haber ignorado la existencia de la obligación que había definido la situación jurídica y económica existente entre las partes y que fue motivo del debate procesal correspondiente. En efecto, se ha violado el citado precepto en cuanto que él dice que son obligaciones civiles aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

En el caso que ahora nos ocupa existe una obligación civil a cargo del Fondo Vial Nacional que da derecho para exigir su cumplimiento, por la suma única e inmodificable de \$62'112.342.05. Lo expuesto anteriormente está ampliamente demostrado en el proceso, pero a continuación se hace un análisis sobre el mismo asunto para dar una mayor claridad en este aspecto, así.:

a) El Fondo Vial Nacional, como ya se ha explicado, al encontrar que la firma Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas "CONIC LTDA." había ejecutado obras sin base contractual, es decir por encima del valor del contrato, o por vía de hecho, tomó esta situación y la unió a otras similares para presentar al Congreso de la República un proyecto de ley que permitiera solucionar esos casos. Fue así como se dictó la Ley 18 de 1982 (enero 20), en la cual se dispuso, previas las condiciones allí establecidas, permitir el reconocimiento y pago a favor del Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas "Conic Ltda." *hasta* las sumas de \$82'644.484.00 y \$25'627.912.00.

- b) El artículo 1º de la citada ley es muy claro al establecer que el valor que se reconozca se calculaba teniendo en cuenta *exclusivamente* los valores invertidos en el momento de la ejecución, sin que en ningún caso se pueda exceder los montos allí indicados.
- c) La comisión creada por el art. 3º de la ley 18 de 1982 para la comprobación de la veracidad en la ejecución y la cuantía de las obligaciones por reconocer, cumplió su obligación por medio del Acta que suscribió el 19 de diciembre de 1982. En este documento aquella comisión recomendó pagar las actas de obras Nos. 13 a 17 por valor de \$62'112.342.05 a la firma tantas veces aquí mencionada.
- d) Así las cosas, se dictó la resolución 6629 de julio 21/82 disponiendo el reconocimiento y pago en favor de varias personas de los respectivos valores y dentro de ellos la suma de \$62'112.342.05 al Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas "CONIC LTDA." (Anexo No. 4 folios 6 y siguientes del proceso).
- e) Con oficio No. 10773 del 22 de septiembre/82, visible al folio 75 del cuaderno principal, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte le comunicó al hoy demandante la expedición de la resolución 6629 de julio 21/82 y le solicitó que su representante legal se presentara a la oficina 444 del mismo ministerio con el objeto de la notificación personal de tal acto administrativo.
- f) La firma Consorcio Nacional de ingenieros Contratistas "Conic Ltda." con fecha 26 de octubre/82 envió al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el oficio que obra en el anexo No. 4, folio 2 del proceso, dándose por notificada la resolución 6629 de julio 21/82 y manifestando además que no se interponía recurso contra ella.
- g) Lo anterior demuestra que en favor del acto se constituyó una obligación expresa, clara y exigible a la luz del derecho y que por lo mismo se definió la situación presentada con CONIC LTDA. Con ocasión de las obras que le ejecutó al Fondo Vial Nacional y que por lo tanto no cabía, no era procedente acción judicial alguna para definir nuevamente la controversia, a menos que esa acción judicial fuera la ejecutiva.
- h) Es verdad que la Ley 18 de 1982 fue declarada inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia el 21 de octubre/82, pero también lo es que las situaciones jurídicas que cursaron estado bajo su vigencia no pueden ser desconocidas por esa declaración de inexecutable.

La Ley 18/82 tuvo plena vigencia y dentro de ella se solucionó el caso "a CONIC LTDA.", situación que no puede ser desconocida aunque se haya producido su inexecutable con posterioridad.

i) Es igualmente cierto que la resolución 11.116 del 9 de diciembre/82 declaró sin efectos jurídicos la resolución 6629 de julio 21/82, pero este acto administrativo, lo mismo que la providencia que declaró la inexecutable de la Ley 18/82 sólo tienen efectos futuros pero jamás retroactivos, lo que quiere decir que la obligación reconocida a CONIC LTDA. por la resolución 6629 aquí citada tiene hoy plena existencia.

j) Cuando se hablaba de la ineptitud de la demanda a nivel de excepción en el alegato de conclusión presentado para este caso por el Fondo Vial Nacional, entre otras cosas, lo que se estaba diciendo era que CONIC LTDA. tenía definida su situación jurídica y económica en la Administración frente al caso que constituye la demanda. En otras palabras, que CONIC LTDA. no tenía fundamento para demandar porque su caso ya estaba definido, en el cual, solamente cabría un proceso ejecutivo, si el pago no se hacía directamente en la vía gubernativa.

Por todas estas explicaciones es que considero que la sentencia atacada violó directamente el artículo 1527 del C.C. en cuanto que al hablar de que las obligaciones son civiles o meramente naturales, establece: "Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento".

Cabe agregar además, que el trámite dado al caso de CONIC LTDA. en relación con la situación narrada está o quedó tipificado también en el art. 488 del C.P.C. dadas sus características de exigibilidad.

Se tiene entonces que hubo falta de aplicación de la norma jurídica contenida en el art. 1527 del C.C.

La incidencia de la violación de la norma legal, art. 1527 del C.C., en la parte resolutive de la sentencia, es evidente en virtud de que no se tuvo en cuenta la obligación descrita en favor del demandante y se procedió a aceptar una acción contractual.

"CARGO N° DOS (2)

"Violación directa artículo 45 Decreto 150 de 1976.

La providencia acusada viola directamente el art. 45 del decreto 150/76, norma aplicable a la contratación celebrada entre el Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas "CONIC LTDA." y el FONDO VIAL NACIONAL. Para este caso se considera que hubo una interpretación indebida del art. 45 en referencia, al considerar el H. Consejo de Estado -Sección Tercera- que para el caso de las obras cobradas en la demanda no se requería contrato adicional y que por lo tanto la situación quedaba comprendida dentro de la contratación firmada entre las partes, aceptando así la acción contractual para resolver el

litigio, declarando como se declaró el incumplimiento contractual por parte del Fondo Vial Nacional.

Para analizar a fondo el problema y demostrar que las obras cobradas por Conic Ltda. no formen parte del contrato 491 de 1977 y sus adicionales y llegar finalmente a la conclusión de que efectivamente dichos valores no forman parte de tal contratación y que por lo tanto no podía el Consejo de Estado declarar el incumplimiento contractual tal como lo hizo, se hace el siguiente estudio:

A. El Contrato 491 de 1977 y sus adicionales, fueron celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley 150 de 1976 y en consecuencia su desenvolvimiento y ejecución se deben mirar y analizar bajo sus preceptos según los términos del art. 1602 del Código Civil, el cual dice que el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y el art. 38 de la Ley 153 de 1887 que prescribe que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

B. El contrato 491 de 1977 en la cláusula cuarta establece lo siguiente en su párrafo, luego de fijar el valor del convenido desde el punto de vista de los efectos fiscales y legales en la suma de \$56'997.908.35: "Las partes contratantes declaran que cuando quiera que por razones de cambio de especificaciones, variación en las cantidades de obra u otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o el plazo del presente contrato, celebrarán un contrato adicional de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Los precios unitarios del contrato adicional deberán ser los mismos del contrato principal, con excepción de lo expuesto en las normas que reglamentan la materia".

De manera que quedó establecido y convenido en forma expresa por las partes contratantes tal como se aprecia en el párrafo del contrato 491 de 1977 antes transcrito, que cuando se presentara VARIACION en las cantidades de obra u otras causas imprevistas, era necesario **CELEBRAR UN CONTRATO ADICIONAL** conforme a las disposiciones vigentes. Estas disposiciones vigentes son el art. 45 del decreto 150/76 y las demás, concordantes y complementarias del mismo estatuto de contratación, esto es, las relacionadas con aspectos fiscales, limitaciones en el aumento del valor original del contrato, ampliación de garantías, publicación en el Diario Oficial, reserva presupuestal, aprobación de cambio de cantidades de obra, aceptación de nuevos ítems, etc.

Las actas de obra ejecutada cobradas en el proceso por CONIC LTDA. y que hacen parte de las pretensiones generales de la demanda, no corresponden a los reajustes de los precios previstos en el art. 45 que ahora se comenta y por lo tanto de acuerdo con las exigencias de ese mismo artículo, se necesita la celebración de un contrato adicional que

absorbiera o contemplara los valores relacionados con esas actas de obra y ajustes que cobra en la demanda CONIC LTDA.

Como no se celebró ese contrato adicional se tiene entonces que los valores cobrados por Conic Ltda. en las pretensiones de la demanda, están bien considerados e identificados por la misma Ley 18/82 y la resolución 6629 de 1982, como obras ejecutadas por encima del valor del contrato o lo que es lo mismo, obras ejecutadas sin contrato. En estas circunstancias no se puede hablar de incumplimiento contractual cuando lo que se cobra no tiene relación ni respaldo en un contrato administrativo.

Es tan cierta la observación anterior que precisamente uno de los fundamentos tomados en cuenta por la H. Corte Suprema de Justicia para declarar la inexequibilidad de la Ley 18/82, fue el de que no se trataba de una situación contractual que enajenara en los preceptos constitucionales que consagran las facultades del Congreso para legislar sobre la materia.

C. En la Cláusula Quinta del contrato principal 491 de 1971, parágrafo primero, se establece que las cantidades de obra allí consignadas son aproximadas y se pueden aumentar, disminuir o suprimir durante el desarrollo del contrato, por voluntad del Fondo Vial Nacional, entre otras cosas, y que cualquier variación de las cantidades de obra por ejecutar con respecto a las previstas en tal cláusula, requerirá la aprobación del Director General de Construcción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Es entendido que el Director de Carreteras imparte la aprobación a la variación de las cantidades de obra por ejecutar, pero necesariamente cuando esto ocurra se debe obligatoriamente, elaborar, tramitar y perfeccionar el contrato adicional acordado y pactado en la cláusula cuarta, parágrafo único del contrato 491 de 1977 y del cual ya se hizo antes referencia.

No hay que olvidar que en el Parágrafo Primero de la Cláusula Quinta del contrato 491 de 1977, está plenamente establecido que es por voluntad del Fondo Vial Nacional o por condiciones especiales que se presenten que se pueden aumentar, disminuir o suprimir las cantidades de obra establecidas dentro del contrato.

D. La Cláusula Novena del Contrato 491-77 "REMUNERACION" establece: "La remuneración que recibirá EL CONTRATISTA, será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra por los precios unitarios que figuran en la cláusula quinta, más los ajustes correspondientes de acuerdo con lo establecido en la cláusula octava.".

De manera que el contratista solamente puede recibir como remuneración los valores económicos que resulten de la multiplicación de las cantidades de obra por los precios unitarios que figuren en la cláusula respectiva, tanto del contrato principal como de los contratos adicionales más el monto de los ajustes que allí se pactaron de acuerdo con la forma también establecida en el convenio.

Como las obras cobradas por Conic Ltda. en este proceso y sus reajustes no están comprendidas dentro de ningún contrato principal o adicional, fuerza es concluir que de acuerdo con lo pactado en la cláusula novena del contrato 491-77, Conic Ltda. no podía recibir ni el Fondo Vial Nacional pagar, ninguno de los valores a que se refieren las pretensiones de Conic Ltda. tomando como base el contrato antes mencionado.

Siendo esto así, porque así se estableció y pactó entre las partes, no existe entonces fundamento jurídico para que el H. Consejo de Estado declare incumplimiento contractual para reconocer valores estimados en una pretensión que jamás ha tenido una base contractual.

No hay duda que para el caso comentado se requería la elaboración de uno o varios contratos adicionales, si se cumplían lo requisitos del art. 45 del decreto 150/76, ya que de no ser así se estaba ante la imposibilidad legal de celebrarlo.

La verdad es que no existía la posibilidad legal de celebrar el contrato adicional, porque los contratos adicionales números 276-78 y 189-79 habían copado el margen del 50% que permitía el artículo 45 del decreto 150/76, para la ampliación del valor original del contrato. Esto está plenamente demostrado en la certificación No. 047 del 5 de septiembre de 1983 o planilla demostrativa de los pagos efectuados a Conic Ltda. en desarrollo del contrato 491-77 y adicionales 276-78 y 189-79.

Afirmar como lo hace la sentencia recurrida en su parte considerativa que la realización de la mayor cantidad de obra de la presupuestada no requiere ni cabe el contrato adicional sino que basta la autorización del respectivo interventor o funcionario que el mismo contrato haya previsto, equivale ni más ni menos a desconocer el mandato legal plasmado en el art. 45 del decreto 150/76 y además concretamente la sagrada voluntad de las partes contratantes, convenida en la Cláusula Cuarta, Parágrafo Unico, en donde se pactó expresamente que cuando haya variación en las cantidades de obra se celebrará un contrato adicional acorde con las disposiciones vigentes, también lo pactado en la Cláusula Novena y el Parágrafo Primero de la Cláusula Quinta del mismo convenio.

Esta interpretación de que la mayor cantidad de obra respecto de la presupuestada no requiere contrato adicional, permite pensar que un

contrato de \$10'000.000,00 inicialmente pactados en un contrato de obra pública a precios unitarios fijos, no tiene límite en su cuantía, apreciación que desconoce las limitaciones contempladas en el Decreto Ley 150/76 y entre otros de sus artículos el 45, que habla de los contratos adicionales; cosa muy diferente es la situación presentada con las prescripciones del art. 74 del decreto 150/76, respecto de la revisión de precios y especialmente cuando el contrato está sujeto a reajustes se refiere a que su valor no está limitado, sino que puede llegar hasta donde los índices utilizados para el efecto lo permitan.

Cuando el art. 45 ya citado autoriza la celebración de contratos adicionales para aumentar el valor de los mismos lo hace con la limitación del 50% de la cuantía originariamente pactadas más los reajustes que se hubieren efectuado, esto quiere decir, a mi entender, que con excepción de los reajustes pactados en la fórmula matemática, el valor de la contratación tiene una limitación en cuantía que si bien es cierto no es determinada, sí es determinable porque, se repite, sólo puede subir ese precio original en la forma ya explicada, pero jamás aumentar sin fronteras de ninguna naturaleza, lo que sí ocurriría con la interpretación que se le está dando por el H. Consejo de Estado a la situación planteada.

La celebración de contratos de valor indeterminado puede tener cabida legal en aquellos convenios de orden particular sujetos a normas civiles, pero estimo que tal fenómeno no puede ocurrir en el campo de la contratación administrativa que está regida por disposiciones de derecho público, las cuales son inmodificables por parte de los funcionarios públicos.

La interpretación del H. Consejo de Estado que ahora se viene comentando, está aceptando la existencia de contratos administrativos de valor indeterminado y esta situación no es compatible con las normas de contratación respectivas.

Además de esa limitación del valor contractual no se compadece con las exigencias del decreto ley 150/76 por cuanto a manera de ejemplo, desconoce los preceptos sobre la licitación ya que una obra que por su valor requiere una licitación pública, bien podría contratarse su ejecución sin hacer tal licitación, tomando para el efecto un valor mínimo que no exige tal requisito pero que de todas maneras llegaría el Convenio a permitir la ejecución de esa obra por no existir limitación del valor.

La incidencia de la violación de la norma legal concreta, art. 45 del decreto ley 150/76, en la parte resolutive de la sentencia es notoria por cuanto que aceptando una relación contractual que no existió se declara un incumplimiento contractual, llevando al Fondo Vial Nacional a pagar

unas sumas de dinero que sobrepasan en mucho la obligación civil que existe entre las partes y a nivel administrativo.

CARGO No. TRES (3)

Violación del artículo 78 del decreto 150/76

Aceptar que cuando se presenta la realización de la "mayor cantidad de obra" respecto de la presupuestada, en la ejecución de un contrato de obras públicas a precios unitarios, no se requiere contrato adicional, sino que es suficiente la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto, lleva a permitir la existencia de contratos administrativos sin límite de cuantía. Esto desconoce el contenido del art. 78 del decreto 150/76 que habla de la definición del contrato a precios unitarios. En efecto allí se establece que en estos contratos se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de dos productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije. De manera que el desarrollo contractual, para este caso en particular, también está sujeto a los límites del convenio y como se ve en la cláusula novena del contrato 491-77, la remuneración que recibirá el contratista será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra por los precios unitarios que figuran en la cláusula quinta, más los ajustes correspondientes.

Es evidente entonces la incidencia de la violación de la norma legal citada en la parte resolutive de la sentencia porque no solamente se le dio interpretación indebida al artículo 78 citado, sino que se llevó a la aceptación de una acción contractual que no era procedente porque el asunto debatido estaba por fuera de una relación contractual.

CARGO No. CUATRO (4)

Violación del art. 8 de la Ley 153 de 1987.

La sentencia en su parte resolutive ha violado directamente el artículo 8 de la Ley 153/87 por FALTA DE APLICACION al no reconocer que lo sucedido entre Conic Ltda. y el Fondo Vial Nacional fue un enriquecimiento sin causa justa en favor del primero.

Para fundamentar este cargo contra la sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Tercera, dentro del proceso No. 3886 es necesario analizar si se cumplieron los requisitos exigidos por la jurisprudencia para reconocer la acción in rem verso:

1. Enriquecimiento injusto de la administración.
2. Empobrecimiento correlativo de Conic Ltda.
3. Daño sufrido por Conic Ltda. como consecuencia del empobrecimiento correlativo.
4. Carencia por parte de Conic Ltda. de cualquiera otra acción originada en un contrato.

1. *Enriquecimiento injusto de la administración.*

He sostenido que Conic Ltda. ejecutó obras por fuera del contrato o por encima del valor del contrato en favor del Fondo Vial Nacional. Estas cantidades de obra fueron objeto de estudio tanto por la comisión creada por la desaparecida Ley 18/82 como por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado antes de dictar la sentencia y está plenamente establecido que Conic Ltda. ejecutó tales obras.

El punto de divergencia está en que el H. Consejo afirma que tales obras se encuentran dentro del objeto del contrato y que por lo tanto cualquier cantidad de obra ejecutada por el contratista no cancelada, se califica como incumplimiento del contrato. De este modo el primer requisito se cumple plenamente.

2. *Empobrecimiento correlativo de Conic Ltda.*

El sólo hecho de Conic Ltda. invertir una considerable suma de dinero en la realización de costosas obras, trae consigo como consecuencia que su patrimonio se vea menguado en un momento históricamente determinado. En el caso que nos ocupa, Conic, Ltda. se sintió tan afectado en su aspecto patrimonial que se vio en la obligación de acudir ante la justicia Contencioso Administrativa con el objeto de recuperar su patrimonio invertido en las obras públicas que ejecutó por fuera del contrato 491-77 y sus adicionales.

Cuando se habla de empobrecimiento correlativo se debe entender que el empobrecimiento es toda disminución que de su patrimonio sufra la persona afectada como consecuencia inmediata y única del aumento que recibió el patrimonio de la otra parte contra la cual se alegó el enriquecimiento sin causa.

La correlación es la relación causa-efecto entre el enriquecimiento para la administración y el empobrecimiento para Conic Ltda.

3. *Daño sufrido por Conic Ltda.*

Considerando las sumas importantes invertidas por Conic Ltda. en aquellas obras que ejecutó por fuera del valor del contrato 491-77 y sus adicionales, fácil es inferir que al no recibir la contraprestación esperada de manos del Fondo Vial Nacional, aquel sufrió un daño, el cual puede estar representado en el valor de las obras ejecutadas en favor del Fondo hasta hoy insoluto por circunstancias plenamente conocidas en autos sea cual fuere la representación del daño, claro es que sufrió efectivamente tal daño como consecuencia de la conjunción de los puntos 1 y 2 anteriormente analizados.

4. *Carencia por parte de Conic Ltda. de cualquiera otra acción originada en un contrato.*

Partimos del supuesto que las obras ejecutadas por Conic Ltda. están por fuera del contrato principal y sus adicionales, es decir, obras por encima del valor del contrato.

Si las obras ejecutadas por Conic Ltda. no tenían ya respaldo jurídico en un contrato administrativo, en principio, la única acción que le quedaba al demandante era la *Actio in rem verso*, como efectivamente lo hizo en el escrito de la demanda y que aparece como tercera petición subsidiaria en el expediente. A esto acudió el demandante por cuanto no tenía certeza acerca del éxito que iba a tener con las otras peticiones principales o subsidiarias planteadas.

Es evidente la incidencia de la violación de la norma legal citada en este cargo, en la parte resolutive de la sentencia recurrida por cuanto que al hacerse la interpretación contractual que llevó a esa decisión, se desconoció la existencia del art. 8 de la Ley 153/87, norma que consagra el enriquecimiento sin causa.

Se hace la salvedad de que este cargo se formula ante la posibilidad inesperada de que pueda desatenderse la tesis planteada en este recurso, en el sentido de que Conic Ltda. tiene resuelta su situación jurídica y económica frente al Fondo Vial Nacional por los mismos motivos que ocasionaron la demanda, ya que está vigente la obligación clara, expresa y actualmente exigible por la suma de \$62'112.342,05 a cargo del Fondo Vial Nacional y en favor de Conic Ltda."

5. ALEGATO DE OPOSICION AL RECURSO INTERPUESTO

El opositor en primer lugar hace una síntesis de la sentencia de condena y pasa luego a discutir cada uno de los cargos así:

Al cargo número 1 la objeción afirma que no es cierto que procediera la acción ejecutiva, y no la contractual, en relación con una suma, según el recurrente, líquida, única e inmodificable como valor de reconocimiento en favor del contratista, que había sido fijado en la Resolución 6629 de 1982, revocada por el Ministerio de Obras por la inconstitucionalidad de la Ley 18 del mismo año.

Luego de una síntesis de la sentencia de la Corte, asevera que el recurso ignora la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad, especialmente en cuanto toca al Consejo de Estado.

Agrega que no es regla general que las decisiones de inconstitucionalidad produzcan sólo efectos hacia el futuro pues la Corte en varias oportunidades las ha aplicado respecto del pasado mientras las mantenía vigentes hacia el futuro; lo anterior impide generalizar que los efectos de la decisión de inconstitucionalidad sólo sean *ex nunc*. Se apoya en el jurista Jaime Sanín Greiffenstein, de quien son los siguientes conceptos:

" Para decirlo con términos prestados a otra rama del derecho, la sentencia de la Corte no es constitutiva de un nuevo estado, sino declarativa de tal estado. Por lo tanto, la ley es inconstitucional ab initio y la decisión de la Corte, al menos en teoría, solamente la enuncia". (Cuaderno del recurso, fl. 57).

Y agrega el mismo autor citado por el opositor:

" Si la guarda de la constitución ha de hacerse en forma integral, esto es, completa o total, debe de impedirse que la ley se ejecute en el futuro y que también surta efectos en el pasado. Estos efectos representan una lesión consumada al orden jurídico superior y debe ser, consecuentemente, eliminados." (Jaime SANÍN Greiffenstein. La defensa judicial de la Constitución. Temis, 1971. págs. 203 y 204).

Al reproche del recurso de que el actor debió demandar el cumplimiento de la resolución 6629 afirma el opositor que el Fondo hubiera podido enervar la acción ejecutiva excepcionando de ilegalidad la tal resolución que estaba subordinada a la suerte de la ley. En fin, estima que el primer cargo no está llamado a prosperar porque la suma señalada en la resolución 6629 era inferior a la de la ley y no constituía una obligación exigible; tal acto tampoco tenía el poder de definir la controversia pues fue declarada sin efecto por el FONDO, por lo que CONIC acudió al juez para que lo hiciera.

A continuación pasa a analizar la improcedencia del contrato adicional pues el mayor valor correspondía a las mismas obras pactadas inicialmente y sin que hubiera modificación de los precios unitarios originales.

El contrato administrativo, busca la satisfacción del buen servicio a la comunidad, con la colaboración del particular, dentro de los postulados de la comutatividad y la justicia en las relaciones contractuales y que el contrato de obra pública es administrativo por antonomasia.

Respecto de la violación del art. 78 del Decreto 150 de 1976 expresa que es necesario distinguir entre el precio que se pacta en el contrato y el valor total que resulta de multiplicar las cantidades de obra por el precio pactado para ellas; sobre la modalidad de precios unitarios fijos sostiene que tal contrato conviene en hacer determinable el valor por unidades o cantidades de obra, y no por valores o montos globales; que el valor de cada ítem es cierto en tanto que el previsto en el art. 78 es hipotético y sólo para efectos fiscales y presupuestales. Que en tales contratos sólo está predeterminado el objeto y el precio unitario, sin perjuicio de los ajustes de precios, según la fórmula matemática estipulada. Concluye que en un contrato como el de autos no hay límite de cuantía pues antes de perfeccionar la ejecución no se sabe cuál será el costo final de la obra; que la mayor cantidad de obra no constituye "circunstancia especial" que justifique la aplicación del art. 45 del decreto 150 de 1976; sostiene que sería aberrante aceptar que es obra adicional porque bien podría el contratista negarse a ejecutarla por copar el valor inicial previsto; o a ejecutar satisfactoriamente el objeto contractual sin la contraprestación equitativa a su trabajo.

Respecto al último cargo, estima el contradictor que no hay lugar a la aplicación del artículo 80. de la ley 153 de 1887, si bien en gracia de discusión admite que de aplicarse la Sala Plena debería llegar a una condena integral en forma análoga a como lo hizo la sentencia acusada, pues las pruebas practicadas dentro del proceso no fueron desvirtuadas ni objetadas por la entidad demandada, pues resulta inaceptable que se pretenda pagar al contratista sumas que se estimaron a precios de 1979 y por lo demás es un hecho cierto que hasta la fecha el FONDO no liquidó el contrato como estaba en la obligación de hacerlo.

6. CONCEPTO DE LA FISCALIA

En el traslado, la señora Agente del Ministerio Público estima que en ninguno de los cargos propuestos logra el recurrente acreditar la violación directa de la ley por lo que es del concepto de que todos por igual deben rechazarse.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es necesario precisar antes que todo que a través del recurso extraordinario de anulación no se puede pretender la reconsideración de las pruebas que sirvieron al juzgador de instancia para dirimir los puntos litigiosos, ya que la única infracción que se permite en virtud de dicho medio de

impugnación es la directa de "la Constitución Política o de la ley sustantiva", según lo pregonó el artículo 197 del C.C.A.

Así en sentencia de 14 de mayo de 1985 esta Sala puntualizó las siguientes características del recurso en cuestión:

"Así mismo debe precisarse que el carácter 'directo' de la violación resulta de enfrentar objetivamente y sin intermediación alguna los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial para deducir si ésta dejó de aplicarse, o se le dio aplicación indebida, o fue interpretada erróneamente, únicas vías que para el efecto señala la lógica.

"2. Es del caso también anotar que este recurso extraordinario en modo alguno constituye una tercera instancia. Por ello se reduce al análisis del significado y de los alcances de la norma legal sustantiva que se estima violada a fin de considerar si se le dio jurídica aplicación en la sentencia.

"3. Finalmente, acogiendo lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia debe precisarse que la falta de aplicación tiene lugar cuando no se aplica una norma a un caso regulado por ella, bien sea porque se ignora su existencia, o por arbitrariedad, o porque sabiendo que existe se considera que su contenido es inaplicable al caso (pero sobre el supuesto de hecho de la norma). A su turno, la aplicación indebida ocurre cuando la norma aplicada es impertinente, o sea, entendida rectamente una disposición legal se aplica a un hecho o a una situación no regulada por ella, ora por arbitrariedad, ya por descuido, ya porque se interpreta equivocadamente la norma. En tercer lugar, la interpretación errónea consiste en que se aplica la norma pertinente, pero equivocadamente, porque se da el supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica un sentido distinto del que tiene. De suerte que mientras la aplicación indebida ocurre con las normas impertinentes, la interpretación errónea se da con las que son pertinentes. Por lo demás la interpretación errónea debe entenderse como un concepto supletorio, subsidiario o residual, pues no se invoca cuando haya dado lugar a falta de aplicación o a aplicación indebida, sino cuando se desfigura o desnaturaliza la norma realmente aplicable o aplicada. A ello se agrega que frecuentemente una misma infracción implica distintos conceptos de violación, que entonces deben anularse en el cargo interpuesto, lo cual supone una acumulación normativa supuestamente violada."

Las precisiones anteriores se hacen porque se advierte en la formulación de los cargos la constante de apelar al acervo probatorio como elemento de alegación y demostración de ellos, según se verá a continuación.

Son cuatro los cargos sobre los que se hace descansar la solicitud de anulación de la sentencia de instancia. Enseguida se examinarán en el mismo orden de su presentación.

Primer Cargo. La sentencia acusada es violatoria del artículo 1527 del C.C., en cuanto señala que son obligaciones civiles aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento y que supuestamente el juez de instancia desconoció al dirimir la cuestión litigiosa.

Se observa:

La norma presuntamente violada por no aplicase no hace parte de aquellas atributivas de derecho y que, por lo tanto, de su falta de aplicación resulten desconocidos los que pertenecen al sujeto destinatario del precepto. Son disposiciones llamadas definitorias o descriptivas, que no tienen cabal cabida dentro de la técnica del presente recurso de anulación y sobre los cuales el Profesor Hernando Morales Molina discurre en su obra Técnica de Casación Civil (Bogotá, Ediciones Rosaritas, 1983, pgs. 107 y 108) así:

"....Hay disposiciones en el Código Civil, que pueden llamarse descriptivas, porque contienen definiciones o descripciones de los distintos fenómenos jurídicos. Sobre ellas ha dicho la Corte: 'Las disposiciones que se enumeran dentro del aludido capítulo no han podido ser violadas, las unas por su índole, las otras por ser completamente ajenas a la materia de la controversia. Los artículos 669, 740, 2079 del C.C. contienen diversas definiciones, el primero del dominio, el segundo de la tradición y el tercero del contrato de sociedad; *esta índole de preceptos no son susceptibles de quebranto directo para fines de la casación, porque la idea de la ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas del derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos; mientras se otorgue a cada cual la protección que del derecho objetivo provenga para las situaciones singulares, no hay transgresión de preceptos sustanciales, aunque el juzgador haya discrepado y aun contradicho la noción del acto, contrato o entidad jurídica que haya concebido el legislador*'. Corte Suprema de Justicia. G.J. T.LXII, pág. 536".

El criterio expuesto es aplicable al artículo 1527 comentado, si se tiene en cuenta que el recurrente tomó el precepto supuestamente violado en forma parcial; transcrito íntegramente ofrece otra apariencia. En efecto, su tenor es el siguiente:

"Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho alguno para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas. Tales son:".

El carácter puramente descriptivo y de ninguna manera atributivo o declarativo de derecho, del precepto invocado es indudable pues se relaciona exclusivamente con las enunciaciones que hace de las calidades y características de esas dos clases de obligaciones sin que se pueda de ello inferir consecuencia decisoria alguna de derecho.

Las consideraciones precedentes son suficientes para desechar el cargo; con todo la Sala, suponiendo que la norma en cuestión fuere susceptible de transgresión, examinará el argumento siguiente del censor relativo a acusar la sentencia por violación directa de aquella con fundamento en estas apreciaciones: en forma prolija se refiere al aspecto probatorio de la decisión jurisdiccional que ataca así: en el literal a) de su escrito de anulación afirma que Conic Ltda. había efectuado las obras sin base contractual a pesar de que la Sección Tercera del Consejo decidió en sentencia en firme, que las mayores cantidades de obra no daban lugar a contrato adicional y constituían sencillamente el cumplimiento del contratista respecto del objeto contractual original; en el literal b) censura al fallador por no haber tenido en cuenta en el año de 1987 la Ley 18 de 1982, declarada inconstitucional en octubre del mismo año.

Parecida censura merece el literal c) que se refiere a la actuación de la Comisión creada por la ley y a sus recomendaciones respecto del contrato; comentario especial merecen los literales d), e), f), g), h), i) y j) en cuanto al recurrente se muestra extrañado porque el juez de instancia no aplicó la resolución 6629 de 1982, dictada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte en virtud de la ley 18 y que el propio funcionario resolvió "declarar sin efecto jurídico", mediante Resolución N° 11.116 de 9 de diciembre de 1982.

Tomada entonces la alegación anterior en todo su contexto se advierte sin mayor esfuerzo de entendimiento que gira alrededor de situaciones eminentemente fácticas para cuya dilucidación es menester analizar hechos y pruebas -labor que ya realizó el juez de instancia-, razón por la cual se está en verdad frente a una violación indirecta, vedada en el ámbito del presente recurso de anulación.

No prospera el Cargo.

Segundo y tercer cargos.

En síntesis se alega que el juzgador de instancia incurrió en violación directa por "interpretación indebida" del artículo 45 del decreto 150 por

cuanto consideró que no había lugar a la celebración del contrato adicional a fin de cubrir el mayor valor resultante del contrato 491 de 1.977; por otra parte, lo propio -se afirma- tuvo ocurrencia respecto del artículo 78 ibídem que define el contrato de obra pública según la modalidad de precios unitarios. Respecto de estas normas el recurrente se extiende en consideraciones que le dan a su escrito un carácter incuestionable de alegato de instancia en que campea una compleja relación de hechos que no sería dable desentrañar sin apelar al examen del recaudo probatorio en que necesariamente descansan y están respaldados. Nuevamente, la única causal de violación directa de la ley sustantiva que se permite en tratándose del recurso de anulación, impide a esta Corporación entrar al análisis de los cargos.

En efecto:

Para el demandado, FONDO VIAL NACIONAL, inicialmente no hubo contrato y la reclamación del actor en instancia ha debido encaminarse a los efectos de un hecho de la administración; después hubo contrato, pero la mayor cantidad de obra ha debido legalizarse mediante contrato adicional, cosa que ni el actor ni el juez de instancia hallaron justificable. Para el actor, de acuerdo con la teoría general de los contratos de la administración, la mayor cantidad de obra es consecuencia de la institución del contrato de obra pública por la modalidad de precios unitarios; mediante una argumentación cuidadosa éste trató de demostrar la naturaleza de tal tipo de contrato, con un ilustrado apoyo en la doctrina extranjera.

Finalmente, el juzgador de instancia tras el examen de rigor de las circunstancias fácticas del caso, esto es, de los contratos celebrados entre las partes y las normas pertinentes, acogió las pretensiones del actor.

No prosperan los cargos.

Cargo Cuarto.

Para el recurrente se violó el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 por cuanto el juzgador no le dio curso a la in rem verso teniendo en cuenta que en el caso *sublite* se configuró nítidamente el enriquecimiento sin causa a favor de Conic Ltda.

Así infringió directamente "... el artículo 8o. de la Ley 153 de 1.887 por falta de aplicación al no reconocer que lo sucedido entre Conic Ltda. y el Fondo Vial Nacional fue un enriquecimiento sin justa causa a favor del primero."

Observa la Sala:

Dicha acción fue propuesta en la demanda de instancia por el actor en forma subsidiaria, en caso de no prosperidad de la acción principal contractual.

De todos modos este cargo sustentado en la norma comentada se contrae a cuestiones de hecho que no permiten su examen a través del presente recurso.

Nada mas piénsese al respecto que el enriquecimiento torticero, que se produce cuando un patrimonio se enriquece a expensas de otro que se empobrece sin razón justificada, apareja elementos de hecho cuya comprobación debe descansar en todo un acervo probatorio, cual sería el adecuado para acreditar los siguientes requisitos que el mismo censor señala al sustentar el cargo:

"1. Enriquecimiento injusto de la Administración.

"2. Empobrecimiento Correlativo de Conic Ltda.

"3. Daño sufrido por Conic Ltda.

"4. Carencia por parte de Conic Ltda. de cualquier otra acción originada en el contrato".

No prospera el cargo.

Hace por último la Sala la siguiente consideración: El planteamiento del recurrente en este cargo curiosamente coincide -aunque se formule dentro del contexto del recurso de anulación- con la petición subsidiaria del escrito de demanda de instancia consistente en reclamar a favor de Conic Ltda. y en contra del Fondo Nacional Vial la acción in rem verso por enriquecimiento ilegítimo del último.

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

FALLA :

NO PROSPERA el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia de 6 de agosto de 1987 proferida por la Sección Tercera de esta Corporación dentro del proceso N° 3886.

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

Se deja constancia que la anterior sentencia fue discutida en varias sesiones y aprobada en la fecha.

Reynaldo Arciniégas Baedeker, Presidente; Simón Rodríguez Rodríguez; Jaime Abella Zárate, Salvó voto; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Joaquín Barreto Ruíz, Salvó voto; Pablo J. Cáceres Corrales; Guillermo Chahín

Lizcano; Miguel González Rodríguez, Ausente; Amado Gutiérrez Velásquez, Salvamento de voto; Alvaro Lecompte Luna; Euclides Londoño Cardona, Salvó voto; Carmelo Martínez Conn; Jorge Penen Deltieure; Libardo Rodríguez Rodríguez, Aclaró voto; Consuelo Sarria Olcos, Ausente; Rodrigo Vieira Puerta; Hernando Herrera Vergara, Conjuez; Gustavo de Greiff Restrepo;

Nubia González Cerón, Secretaria General.

**CONTRATO ADICIONAL. CONTRATO A PRECIO UNITARIO.
CONTRATO DE OBRA PUBLICA - (Salvamento de Voto)**

Considero equivocada jurídicamente e inconveniente para los intereses públicos la tesis adoptada por la Sección Tercera, en el sentido de que los contratos a base de precios unitarios o cantidades de obra, no tienen en su valor final limitación cuantitativa. Es jurídicamente equivocada porque el artículo 45 del Decreto-ley 150/76 es norma sustancial de aplicación general que consagra en forma obligatoria la celebración de contratos adicionales cuando se cumplen las condiciones allí mismo señaladas y, en todo caso, sometidos al tope de la mitad de la cuantía pactada, interpretar el artículo 78 *ibidem*, que regula los contratos a precios unitarios, en el sentido de que no están sometidos a esta regla y limitación, conduce a desvertebrar el estatuto y a permitir se inicien como pequeños los grandes contratos, sin sujeción a los controles propios de éstos.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

Bogotá, D.E., Junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o. A-058 Fondo Vial Nacional Vs. CONIC LTDA.

Con el debido respeto por la decisión adoptada por la Sala manifiesto mi discrepancia con el fallo anterior principalmente por el enfoque que se le

dio al problema planteado, sin darle prosperidad a los cargos de falta de aplicación del Artículo 45 del Decreto 150 de 1976 y de indebida del 78 ibídem, cargos que en mi sentir han debido prosperar.

Considero equivocada jurídicamente e inconveniente para los intereses públicos la tesis adoptada por la Sección Tercera, en el sentido de que los contratos a base de precios unitarios o cantidades de obra, no tienen en su valor final limitación cuantitativa.

Inconveniente a los intereses públicos porque por esa vía queda sin sentido buena parte de la regulación legal de la contratación pública elaborada a través del tiempo con el objeto de señalar cauces precisos a la administración. Permitir su desbordamiento, obviamente va en contra de los intereses generales que casualmente el legislador ha tenido en cuenta al regular, a veces con criticada minuciosidad, las facultades de contratación de la administración.

Y, jurídicamente equivocada porque el Artículo 45 citado es norma sustancial de aplicación general que consagra en forma obligatoria la celebración de contratos adicionales cuando se cumplen las condiciones allí mismo señaladas y, en todo caso, sometidos al tope de la mitad de la cuantía pactada. Interpretar el Artículo 78, que regula los contratos a precios unitarios, en el sentido de que no están sometidos a estas regla y limitación, conduce a desvertebrar el estatuto y a abrir una puerta para que por medio de este singular sistema, se inicien como pequeños los grandes contratos, sin sujeción a los controles propios de éstos y con menoscabos de principios y regulaciones que pasan a ser letra muerta.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá D.E., Julio 6 de 1990.

Nota de Relatoría: A este salvamento se adhieren los doctores Amado Gutiérrez Velásquez y Euclides Londoño Cardona.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES AMADO
GUTIERREZ VELASQUEZ Y EUCLIDES LONDOÑO CARDONA.**

Ref.: Expediente No. A-058

FONDO VIAL NACIONAL Vs. CONIC LTDA

Por estimar que las razones que expone el honorable Consejero doctor JAIME ABELLA ZARATE en su salvamento de voto (folios 150 y 151 del cuaderno No. 1) coinciden exactamente con los que nosotros tuvimos para manifestar nuestra discrepancia con la ponencia aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el asunto de la referencia, con la anuencia de dicho Consejero, acogemos *in extenso* su contenido como fundamento de nuestro salvamento de voto.

Amado Gutiérrez Velásquez; Euclides Londoño Cardona.

Bogotá, 12 de julio de 1990.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. CONTRATO A PRECIO UNITARIO -(Salvamento de voto)

Admitir, como lo hace la sentencia acusada, que a los contratos de obra pública en los que se pactó como forma de pago la modalidad de precios unitarios, no les era aplicable el mandato contenido en el artículo 45 del Decreto 150/76, es desconocer la voluntad del legislador contenida en dicha norma. Legislador que, por tratarse de un régimen inspirado en principios diferentes del que regula la contratación entre particulares, ha querido tutelar el interés público mediante la determinación de procedimientos, límites y requisitos para la celebración y modificación de los contratos por parte de la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá, D.E., Julio once (11) de mil novecientos noventa (1990).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Referencia: Expediente N°. A-058 Recurso de Anulación. Actor : Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas "CONIC LTDA".

En mi opinión debió accederse a decretar la nulidad de la sentencia proferida el 6 de agosto de 1987 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las razones que sintetizo así:

a) El texto de la impugnación contenida en el segundo cargo no da lugar a catalogarla como un alegato de instancia en el que "campea una compleja relación de hechos que no sería dable desentrañar sin apelar al examen del

recaudo probatorio en que necesariamente descansan y están respaldados", pues las consideraciones que se hacen acerca del contrato suscrito entre las partes, tienen a mi juicio la finalidad de ubicar el debate jurídico dentro del contexto de la violación del artículo 45 del decreto extraordinario 150 de 1976.

b) Admitir, como lo hace la sentencia acusada, que a los contratos de obra pública en los que se pactó como forma de pago la modalidad de precios unitarios - pues esta denominación no significa más que eso: "forma de pago" según las voces del artículo 69 ibídem no les era aplicable el mandato contenido en el artículo 45 según el cual "cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido, y no se trate del reajuste de precios previsto en este estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la mitad de la cuantía inicialmente pactada...", es desconocer la voluntad del legislador contenida en una norma sustantiva como lo es el aludido artículo 45. Legislador que, por tratarse de un régimen inspirado en principios diferentes al que regula la contratación entre particulares, ha querido tutelar el interés público mediante la determinación de procedimientos, límites y requisitos para la celebración y modificación de los contratos por parte de la administración.

c) El acceder a anular la sentencia impugnada, no se traducía en un desconocimiento de los derechos que legalmente tiene la firma actora, como consecuencia de que no prosperara su pretensión de obtener que se declarara incumplido el contrato por parte del Fondo Vial Nacional. Pues la Sala en tal evento, actuando como Tribunal de instancia, entraría a decidir la petición subsidiaria que se planteó a la luz del principio del enriquecimiento sin causa.

Joaquín Barreto Ruiz.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica. NORMA SUSTANTIVA. OBLIGACION CIVIL (Salvamento de voto)

Pese a que el artículo 1527 del Código Civil, tenga el carácter de disposición definitiva o descriptiva, es también, al mismo tiempo, norma de tipo sustantivo que puntualiza cuales son las dos grandes clases de las obligaciones y una obligación es, sin duda, el reverso de la medalla de los derechos de crédito. Es posible entonces que sea quebrantada por interpretación errónea, aplicación indebida o por falta de aplicación para efectos del recurso extraordinario de anulación.

CONTRATO ADICIONAL. CONTRATO DE OBRA PUBLICA (Salvamento de voto)

Para el suscrito no cabe la menor dificultad en sostener que sí hubo violación del artículo 45 del Decreto-Ley 150/76 por haber sido aplicado; porque, a su tenor, cada vez que haya variación en las cantidades de obras surge modificación del valor convenido y se impone la necesidad de celebrar contratos adicionales, máxime si se va al contrato - que es ley para las partes - , y se analiza el parágrafo de la cláusula 4a., igual que la 5a., que es armónico de la anterior. El ejercicio de la facultad de aumentar la obra y su valor presupone la celebración de contrato o contratos adicionales.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA

Bogotá, D.C., Junio veinte y seis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Ref.: Expediente No. A-058 FONDO VIAL NACIONAL Vs. CONIC LTDA.

Muy respetuosamente, el suscrito consejero discrepa de manera fundamental de las argumentaciones que llevaron a la mayoría de la Sala Plena a declarar la no prosperidad del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 6 de agosto de 1987 proferida por la Sección Tercera de esta Corporación dentro del proceso No. 3886.

Como es de recordar, el recurrente fue el FONDO VIAL NACIONAL, establecimiento público del orden nacional creado por la ley 64 de 1967, y que, en el escrito sustentatorio, fueron formulados los siguientes cargos:

I- Violación del artículo 1527 del Código Civil;

II- Violación directa del artículo 45 del decreto 150 de 1976;

III- Violación del artículo 78 del decreto 150 de 1976, y

IV- Violación del artículo 80. de la ley 153 de 1887, por falta de aplicación en cuanto hace en no haber reconocido que hubo un enriquecimiento sin causa en favor de CONIC LTDA. en detrimento de la entidad pública.

1- En lo atinente al primer cargo, se dice en las consideraciones de la providencia de la que se disiente, entre otras cosas que "La norma violada por no aplicarse (se refiere, obviamente, al art. 1527 del C.C.) no hace parte de aquellas atributivas de derecho y que, por lo tanto, de su falta de aplicación resulten desconocidos los que pertenecen al sujeto destinatario del precepto. Son disposiciones llamadas definitorias o descriptivas, que no tienen cabida dentro de la técnica del presente recurso de anulación...".

No cree el suscrito que la afirmación puede ser tan contundente. Porque pese a que la mencionada tenga, como ciertamente tiene, el carácter de definitoria o descriptiva, es también, al mismo tiempo, norma de tipo sustantivo que puntualiza cuáles son las dos grandes clases de *las obligaciones* y una obligación es, sin duda, el reverso de la medalla de los derechos de crédito; es "un vínculo jurídico en virtud del cual una persona está sujeta respecto de otra a cumplir una prestación, es decir, a dar alguna cosa, a ejecutar un hecho o en abstenerse de algo, pudiendo la segunda persona (la acreedora) compeler a la primera (la deudora) al cumplimiento de esta prestación."

Desde este punto de vista, por consiguiente, es posible que, siendo *una norma* sustantiva, sea quebrantada por interpretación errónea, aplicación indebida *o por falta de aplicación*; esto último es lo que estima el Fondo Vial Nacional que ha ocurrido en este caso. Sin embargo, no cree el suscrito que

la definición de obligación civil que da el art. 1527 del C.C. asimile a ésta con las llamadas obligaciones ejecutorias.

Las obligaciones nacidas de un contrato civil o *administrativo* son civiles en el sentido de que no son meramente naturales, porque éstas son, a diferencia de aquellas, las que carecen de acción porque no confieren derecho para exigir su cumplimiento, dado que son obligaciones " defectuosas", bien porque nacieron así ("las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como el menor adulto no habilitado de edad"; "las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida", etc.), bien porque decayeron, como las que siendo civiles, se extinguieron por la prescripción. En cambio, las civiles son aquellas que son perfectas, porque prorrumpieron a la vida jurídica plenamente de alguna de las fuentes que la ley o la doctrina ha reconocido.

Una obligación ejecutoria, en cambio, como el adjetivo calificativo lo sugiere, es aquella que es posible ejecutar, es decir, *exigir*, ya directa, ya indirectamente, según la naturaleza que tenga, como si es pura y simple, o a plazo, o condicional, etc.

Ahora bien: por la circunstancia de que el fallo recurrido - el de la Sección Tercera - no le diera valor ejecutorio al reconocimiento que el Fondo Vial Nacional hiciera en favor de CONIC a través de la resolución No. 6629 de 1982 dictada por el Ministerio de Obras Públicas porque precisamente fue dejada "sin efecto" por la resolución No. 11.116 de 9 de diciembre del mismo año, no significa que dicha sentencia no aplicara, debiéndolo hacer, el art. 1527 del C.C. y que por ello lo hubiera violado en forma directa. Es más: en sentir del suscrito, la sentencia de la Sección no tenía porque aplicar el dicho art. 1527, puesto que, por regla general, las obligaciones tienen acción y sólo por excepción son meramente naturales cuando se presentan, entre otras eventualidades, , las que, a guisa de ejemplo trae esa normatividad que, se repite, además de definitoria o descriptiva, es de carácter sustancial.

Por tanto, el suscrito está de acuerdo con la improsperidad de este primer cargo, pero por razones bien diferentes a las que sirvieron al fallo del que se disiente para concluir en tal sentido.

2- Acerca del segundo y del tercer cargo (violación directa de los arts. 45 y 78 del decreto-ley 150 de 1976), ha de precisarse lo siguiente:

a) La parte actora, de un lado, sostuvo en la instancia que se ejecutó una obra en los términos convenidos y que ella no le fue pagada oportunamente; la parte demandada - la recurrente - sostiene que las obras se ejecutaron, se llevaron a cabo, *pero* por fuera de las bases convenidas inicialmente, *por*

encima del valor del contrato, lo que imponía la *celebración de contrato o de contratos adicionales*; de allí que al interponer y sustentar el recurso extraordinario de anulación expresase que en la sentencia cuestionada no se podía llegar a la conclusión a que arribó de que existió *incumplimiento contractual* por parte del Fondo Vial Nacional y así definirlo en su parte resolutive.

b) Como la Sección Tercera acogió el planteamiento de CONIC porque, según su perspectiva, se está en presencia de un contrato de obra a precios unitarios (refiriéndose a las obras realizadas adicionalmente al mismo trabajo público contratado) y manteniéndose en su integridad los precios de los distintos ítems, no se puede afirmar que haya "variación del valor del contrato", que determina, al igual que la modificación del plazo, la necesidad de la celebración de un contrato o de varios contratos adicionales, a que se refiere el art. 45 del decreto 150 de 1976. "La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obra celebrados a precios unitarios - explica la sentencia de la Sección Tercera -, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio de valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno o algunos de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor tiene en cuenta el valor global del mismo."

De suerte que para la sentencia de la Sección Tercera la obra ejecutada por CONIC quedó amparada por los contratos celebrados (el principal y los adicionales de 1978 y 1979) y dentro de los precios pactados, por cuanto al tenor de las cláusulas 1a., 4a. y 5a., se está en presencia de un contrato a precios unitarios, en donde el valor total o precio final del mismo es la suma de los productos que resultaren de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por el precio de cada uno de los ítems convenidos, como lo predica el art. 78 del decreto-ley 150 de 1976 y según se pactó en la cláusula 5a., en la que se lee: "las cantidades de obra consignadas en esta cláusula son aproximadas y se pueden aumentar, disminuir o suprimir durante el desarrollo del presente contrato por voluntad del FONDO VIAL NACIONAL o por condiciones especiales que se presente. "Por tanto, para la Sección Tercera, la figura del contrato adicional que, como es sabido, consagraba para esa época el art. 45 del decreto 150 por causa de mayor cantidad de obra en desarrollo o ejecución de un contrato de obra a precio unitario, siempre que las obras se refieran al mismo objeto, como sería la construcción, reconstrucción o conservación de una carretera, *verbigracia*. De allí que esa tesis de la Sección Tercera la lleve a declarar el incumplimiento del contrato por el FONDO y por eso lo condena al pago de las obligaciones insolutas correspondientes.

c) El fallo de 26 de junio de 1990, al estudiar el cargo relativo al eventual quebranto del art. 45 del decreto-ley 150 de 1976, indica que no está

llamado a prosperar porque el impugnador se extiende en consideraciones que le dan a su escrito un carácter de alegato de instancia, porque va hacia una compleja relación fáctica que no es dable desentrañar sin ir al recaudo probatorio en que necesariamente descansan, lo que es ajeno al recurso.

d) El suscrito ha leído y releído con todo detenimiento la sustentación del recurso y no ve que en él se aprecien tales desviaciones de la filosofía que enmarca este medio extraordinario de impugnación. Es apenas obvio que se haga alusión al contrato (que es "ley para las partes") porque esa es la fuente de las obligaciones recíprocas, porque con él a la vista puede demostrarse que no se aplicó en la sentencia de la Sección Tercera el art. 45 del decreto-ley 150 de 1976 y que de ello se deriva su violación. El recurrente, fuera del raciocinio lógico indicado, no va a pruebas concretas sino que simplemente va a determinadas cláusulas, a la aseveración de que se ejecutaron unas obras que no se pagaron pese a que fueron entregadas a entera satisfacción del FONDO, etc., sólo para demostrar, insiste el suscrito, que se dejó de aplicar, no obstante debiendo haberlo sido, en la sentencia objeto del recurso extraordinario de anulación. Y no se olvide que el art. 45 del decreto-ley 150 de 1976 es norma legal de carácter sustantivo, y, por lo tanto, su violación por aplicación indebida, interpretación errónea o falta de aplicación puede ser causa de anulación de una sentencia dentro de la filosofía que gobernaba esta institución en el Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto-ley 01 de 1984.

e) Para el suscrito no cabe la menor dificultad en sostener que sí hubo violación del mencionado art. 45 del decreto-ley 150 de 1976 por haber sido aplicado; porque, a su tenor, cada vez que haya variación en las cantidades de obras surge modificación del valor convenido y se impone la necesidad de celebrar contrato o contratos adicionales, máxime si se va al contrato (que, se insiste, es "ley para las partes") y se analiza su cláusula 4a., parágrafo, igual que la 5a., que es armónico de la anterior. El ejercicio de la facultad de aumentar la obra y su valor presupone la celebración de contrato o contratos adicionales.

f) América lo que acaba de afirmarse en los apartes d) y e) de este acápite del presente salvamento de voto que se traiga a la memoria la circunstancia de que la Corte Suprema declaró inexecutable la ley 18 de 1982, precisamente porque había ordenado el pago de esas obras, porque no se estaba en presencia de una situación contractual, dado que el contrato o los contratos adicionales no se habían celebrado.

g) Cuando el art. 45 del decreto-ley 150 de 1976 se refiere a la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente el contrato, no se está refiriendo exclusivamente a los contratos de obra, sino a todos los diferentes tipos de contratos administrativos, inclusive a los llamados contratos (de obra) que se celebren con la modalidad de pago de precio unitario, bajo

la modalidad de precio global y cualquier otra modalidad, etc. Por eso el artículo que se comenta aparece aparte, en un capítulo genérico, no en el dedicado especialmente a los contratos de obra pública. Y esto es sumamente importante para interpretaciones futuras, porque el mismo espíritu aletea en el art. 58 del decreto-ley 222 de 1983 actualmente vigente.

h) Se dirá que el art. 78 del decreto-ley 150 de 1976 se encuentra en el capítulo destinado a los contratos de obra pública, pero si bien ello es innegable, sólo se ocupa de definir que ha de entenderse por la modalidad de pago llamado de "precio unitario", más ello no significa que los contratos que se celebren bajo esta modalidad no requieran de la aplicación del art. 45, o sea, que no necesiten de la celebración de contrato o contratos adicionales.

Las anteriores lucubraciones llevan al suscrito al convencimiento de que los cargos 2o. y 3o. de la sustentación del recurso estuvieron bien fundados y que, con fundamento en lo expresado, ha debido tener prosperidad la anulación que se impetró de la sentencia de 6 de agosto de 1987.

Al margen de lo anterior, el suscrito consejero está en perfecto acuerdo con las afirmaciones que, en su salvamento de voto, hacen los señores consejeros Abella Zárate, Londoño Cardona y Gutiérrez Velásquez. Ya sea bajo la vigencia del decreto-ley 150 de 1976, ya bajo la vigencia del decreto-ley 222 de 1983, el contrato adicional tiene aplicación para toda clase de contrato de obra pública, comprendiendo en esta generalización a los contratos a precio unitario y a los contratos por precio global, pues como lo dice el señor consejero Barreto Ruiz, ambos no son más que eso: "formas de pago"; ni uno ni otro tienen cuantía ilimitada.

3- Anulándose, por ende, la sentencia de la Sección Tercera, la Sala Plena hubiera asumido el papel de tribunal de instancia y habría entrado a estudiar, con base en pruebas, si realmente hubo o no "enriquecimiento sin causa"; no habría porque estudiar el cuarto cargo que hace el recurrente, sino que, con fundamento en lo que él mismo sostiene y en la petición subsidiaria de la parte actora, se habría determinado si había obligación del FONDO de *restituir* a CONIC; si el FONDO debía o no ser condenado hasta la concurrencia del beneficio o provecho obtenido a través de las obras realizadas por CONIC sin que mediara contrato, a sus expensas.

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, D.E., Julio 18 de 1990.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica. NORMA DESCRIPTIVA - Violación (Aclaración de voto)

Considero que algunos de los cargos podían ser objeto de análisis teórico-jurídico, aunque partiendo, claro está, de las afirmaciones que sobre situaciones probatorias contiene la sentencia recurrida. No estoy de acuerdo con lo afirmado en la sentencia, en el sentido de que las disposiciones descriptivas no puedan ser violadas, pues basta con preguntarse ¿qué pasaría si una sentencia declara que determinada obligación es simplemente natural existiendo claros argumentos para discutir esa calificación conforme al artículo 1527 del C.C.? Parece evidente que en tal caso, si los argumentos son válidos, nos encontraríamos frente a una violación de dicha norma legal.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. CONTRATO A PRECIO UNITARIO

CONTRATO ADICIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION- Técnica (Aclaración de voto)

Establecido el carácter contractual de las obras, el análisis sobre el aspecto referente a si para su reconocimiento era necesario o no un contrato adicional, constituye un examen jurídico-conceptual sobre la interpretación del artículo 45 del Decreto 150/76, el cual no debió ser omitido para resolver el recurso de anulación. Al respecto considero que no se produjo indebida interpretación por la Sección Tercera al considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a precios unitarios, su valor final no estaba sometido al límite del 50% consagrado en aquella norma. A través de la modalidad de

precios unitarios la ley sí está aceptando la existencia de contratos de valor no determinado con precisión desde el comienzo, aunque determinable al final a través de la fórmula consagrada en la norma citada.

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

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Referencia: Proceso No. A-058 Recurso Extraordinario de Anulación contra la sentencia de la Sección 3a. del Consejo de Estado, de fecha agosto 6 de 1987, dictada dentro del proceso No. 3886 - Consorcio Nacional de Ingenieros Contratistas CONIC S.A., antes CONIC LTDA. contra el FONDO VIAL NACIONAL.

El suscrito Consejero procede a aclarar su voto afirmativo a la sentencia dictada dentro del proceso de la referencia, por estar de acuerdo con la parte resolutive, más no con algunas consideraciones, de acuerdo con lo siguiente:

1.- No considero que la formulación de los cargos y su análisis implique en todos los casos la necesidad de apelar al acervo probatorio como se afirma en la parte motiva de la sentencia y como resulta del examen de cada uno de dichos cargos. Por el contrario, considero que algunos de ellos podían ser objeto de análisis teórico-jurídico, aunque partiendo, claro está, de las afirmaciones que sobre situaciones probatorias contiene la sentencia recurrida.

2.- Así, en relación con el primer cargo -violación del art. 1527 del C.C. -, no estoy de acuerdo con la afirmación según la cual por razón de que la alegación gire alrededor de situaciones eminentemente fácticas para cuya dilucidación es menester analizar hechos y pruebas - labor que ya realizó el juez de instancia - se llegue a concluir que se está frente a una violación indirecta. Se trataba de confrontar la sentencia recurrida con la norma legal contenida el citado art. 1527 del C.C., partiendo de las conclusiones fácticas, es decir de los hechos y pruebas reconocidos por la sentencia, sin entrar a discutirlos, para establecer si se presentaba contradicción entre las mencionadas sentencia y norma legal. A este último respecto tampoco estoy de acuerdo con lo afirmado en la sentencia, con fundamento en cita del profesor Hernando Morales Molina, en el sentido de que las disposiciones descriptivas no puedan ser violadas, pues basta con preguntarse ¿qué pasaría si una sentencia declara que determinada obligación es simplemente natural existiendo claros argumentos para discutir esa calificación de acuerdo con las descripciones legales contenidas en el art. 1527 del C.C.? Parece evidente que en tal caso, si los argumentos son válidos, nos encontraríamos frente a una violación de dicha norma legal. Lo que sucede en el caso concreto es que la argumentación planteada por el Fondo Vial Nacional no permite de ninguna manera concluir

que la sentencia recurrida haya desconocido el principio que sobre las obligaciones civiles consagra dicha norma, porque dicha argumentación pretende darle vigencia al reconocimiento que hizo el Fondo Vial Nacional al consorcio demandante por valor de \$62'112.342.05, pero que el mismo Fondo revocó, lo cual es una pretensión a todas luces absurda.

3.- Respecto del segundo cargo - violación del art. 45 del Decreto 150 de 1976, por interpretación indebida -, tampoco considero que su análisis requiera necesariamente el examen de las pruebas. En efecto, dicho cargo comprende realmente dos aspectos: de una parte, la discusión sobre si las obras cobradas por CONIC a través del proceso formaban parte o no del contrato 491 de 1977 y sus adicionales y de otra, si formando parte de ellos se requería o no contrato adicional.

En mi concepto, la respuesta a la primera inquietud sí depende del análisis probatorio sobre la naturaleza de las obras ejecutadas para establecer si corresponden a las que eran objeto del contrato y dicho análisis fue efectivamente hecho por el juez de instancia, que llegó a la conclusión de que aquellas obras efectivamente formaban parte del contrato.

Pero una vez establecido el carácter contractual de las obras, el análisis sobre el aspecto referente a si para su reconocimiento era necesario o no un contrato adicional, constituye un examen jurídico-conceptual sobre la interpretación del art. 45 del Decreto 150 de 1976, el cual no debió ser omitido para resolver el recurso de anulación. A este respecto, considero que no se produjo una indebida interpretación por parte de la Sección Tercera del Consejo al considerar que por tratarse de un contrato de obra pública a precios unitarios, su valor final no estaba sometido al límite del 50% consagrado en aquella norma. O, mejor, que dicho límite del 50% no se refiere al valor originalmente calculado en el contrato para efectos fiscales, sino a los valores unitarios pactados. Me parece que esa interpretación, independientemente de factores de conveniencia, es más coherente con la naturaleza del sistema de precios unitarios consagrado en la ley como una modalidad de los contratos de obras públicas.

Por consiguiente, no es válido el argumento del recurrente en el sentido de que se "está aceptando la existencia de contratos administrativos de valor indeterminado y esta situación no es compatible con las normas de contratación respectivas". Pues la realidad es que a través de la modalidad de precios unitarios la ley sí está aceptando la existencia de contratos de valor no determinado con precisión desde el comienzo, aunque determinable al final a través de la sencilla fórmula consagrada en el art. 45 del Decreto 150 de 1976 y actualmente en el art. 29 del Decreto 222 de 1983, consistente en que "su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas".

De tal manera que la posible necesidad de un contrato adicional cuando el precio sobrepasa el inicialmente pactado, sólo tendría explicaciones presupuestales para efectos de las reservas necesarias para el pago, pero si dicho contrato no se celebra ello no puede implicar el desconocimiento de la obligación contractual de la administración frente al contratista y con menor razón implicar una limitación al juez para condenar al pago de la misma.

4.- Por las mismas razones anteriores, no considero que se haya violado el art. 78 del Decreto 150 de 1976, que define los contratos a precios unitarios, como lo plantea de manera superficial el tercer cargo del recurso.

5.- Igualmente, de acuerdo con lo anterior, es evidente que no procedía el cuarto cargo planteado en el recurso sobre presunta violación del art. 8 de la Ley 153 de 1887, sobre enriquecimiento sin causa, ya que según lo establecido en la sentencia de la Sección Tercera y se desprende de los expresado en esta explicación de voto, si era procedente la acción contractual y no era necesario recurrir a esa figura excepcional y extrema del enriquecimiento sin causa.

6.- No debería el Consejo de Estado dejar de llamar la atención sobre la conducta contradictoria del Fondo Vial Nacional durante todo el proceso, en relación con la cual el Consejero Carlos Betancur Jaramillo manifestó lo siguiente en un memorando producido durante la discusión del recurso extraordinario de anulación: "Demandado el Fondo, incurre este en serias contradicciones. Alega que Conic debió iniciar juicio ejecutivo con la resolución 6629 porque ya no procedía el proceso de conocimiento, olvidando de mala fe que ya la había revocado. Estima que debió suscribirse contrato adicional, desconociendo que Conic buscó siempre esa solución pero el mismo Fondo se la negó arguyendo que éste no era procedente dentro de los supuestos de la ley. Argumenta inicialmente que tampoco procedía la "actio in rem verso"; y luego sostiene, interpretando la sentencia en forma amañada, que todo debió gobernarse por contratos adicionales; afirma finalmente que el fallo viola el artículo 8 de la ley 153 de 1887, porque claramente se configuró un enriquecimiento sin causa".

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Bogotá, D.E. Veitisiere de julio de mil novecientos noventa.

COMPETENCIA- Factores

La competencia desde el ángulo jurisdiccional especificada por el poder o facultad de la cual se halla revestido el juez o tribunal, para ejercer, en determinado asunto la jurisdicción que le corresponde a la República, es fijada por la ley, en cuanto dice relación a la jurisdicción contencioso- administrativa en consideración a factores como el objetivo, el subjetivo, el territorial, funcional y de conexión.

Consejo de Estado. - Sala plena de lo Contencioso administrativo

Bogotá, D.E., julio treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expediente N^o.C-129 Actor : Ana Joaquina Pérez Umaña.

Se procede a decidir el CONFLICTO DE COMPETENCIA suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Boyacá.

LA DEMANDA

La señora Ana Joaquina Pérez U., por conducto de mandatario judicial y en libelo de veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, presentada ante el Presidente y Secretario del Tribunal Administrativo de Boyacá y dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral, solicita la declaratoria de nulidad de varios Acuerdos expedidos por la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá, "persona jurídica del orden departamental, constituida como establecimiento público con domicilio en la ciudad de Tunja".

Como antecedentes administrativos conformativos de la causa petendi, se exponen los que a continuación se sintetizan:

Primero.- Que la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá expidió los Acuerdos 37 y 38 de 1988, en virtud de los cuales se señalaron las asignaciones salariales y gastos de representación para los empleados de la precitada entidad, a partir del 1o. de enero de 1989.

Segundo.- Que con causa en el cambio de Gobernador del Departamento los mencionados acuerdos fueron derogados en Acuerdo No. 3 de 27 de enero de 1989, dictado por la Junta Directiva del ente demandado.

Tercero.- Que los empleados de la Beneficencia de Boyacá, interpusieron recurso de reposición contra el premencionado Acuerdo, el cual fuera decidido en forma adversa a los recurrentes, como consta en Acta No. 06 de 7 de abril de 1989 de la reunión de la Junta Directiva de la entidad demandada, sin que se hubiese obrado un pronunciamiento formal "donde se transmitiera a los interesados lo resuelto."

Cuarto.- Con fecha 18 de abril . fueron expedidos los Acuerdos Nos. 012 y 013, en virtud de los cuales fueron señalados los sueldos y gastos de representación, sin que fueran materia, no obstante, de notificación, comunicación o publicación en forma legal.

Quinto.- Que la Junta Directiva de la Beneficencia , mediante el Acuerdo No. 02 de fecha 13 de Junio de 1989 acordó "No reponer y en consecuencia no revocar los Acuerdos 010, 012 y 013 del 18 de abril de 1989 " disponiendo comunicar la decisión a los funcionarios recurrentes, el agotamiento de la vía gubernativa con la emisión del acto citado.

Sexto.- "Que la actora desempeñó el cargo de aseo grado 01, cargo al cual correspondía una remuneración de \$40.700.00 en el Acuerdo No. 37 del 8 de noviembre de 1988, y que el mismo cargo en el Acuerdo No. 012 del 18 de abril de 1989, le fue asignada una remuneración mensual de \$33.600.00"

POSICION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 10 de noviembre de 1989, dispuso la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Boyacá, por competencia, por estimar que en conformidad a lo preceptuado por el último inciso del ordinal 6o. del artículo 131 del C.C.A., en las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, la competencia en razón del territorio le está atribuida al Tribunal del último lugar donde debieron prestarse los servicios personales y que como" al folio 76 de la demanda,

se sostiene que de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, el lugar donde se presta el servicio, la calidad de las partes y la cuantía estimada, corresponde conocer en única instancia de este proceso al Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Boyacá, con sede en Tunja....", finaliza la providencia ordenando el envío del proceso, como se ha anotado al Tribunal Administrativo de Boyacá.

CONCEPTO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

En auto del 18 de abril del año en curso, este Tribunal, en consideración a que la accionante, por conducto de apoderado hubo de allegar certificación, expedida por el jefe de la División Administrativa de la Beneficencia de Boyacá en cuyo texto se adviera que aquélla, es decir , la demandante"... labora en esta entidad ocupando el cargo de Aseadora Grado 1, en la Casa de Boyacá en Bogotá...", declara igualmente su incompetencia para conocer y decidir el referido proceso, disponiendo, en consecuencia, el envío del mismo a esta Corporación, fundado en la específica circunstancia de laborar"... en la llamada Casa de Boyacá en la ciudad de Bogotá y en que "la entidad demandada tiene a su servicio en la ciudad de Bogotá , funcionarios y empleados que laboran en la llamada "casa de Boyacá" que funciona para labores específicas en la ciudad de Bogotá, situación que ahora se certifica". (fl.40).

Para dirimir el conflicto de competencia planteado,

SE CONSIDERA:

La competencia desde el ángulo jurisdiccional especificada por el poder o facultad de la cual se halla revestido el juez o Tribunal, para ejercer, en determinado asunto la jurisdicción que le corresponde a la República , es fijada por la ley, en cuanto dice relación a la jurisdicción contencioso administrativa en consideración a factores como el objetivo, el territorial, funcional y de conexión, relativos, en su orden:

a). Al objeto mismo de la contención, determinable, bien por la naturaleza del acto, ora su cuantía, como acontece , verbigracia, en primera hipótesis con la nulidad propuesta a la elección de Presidente de la República, prevista en el numeral cuarto del artículo 128 del Estatuto Procesal Administrativo, y en el evento segundo, esto es, la cuantía, con la fijación del valor de la contención, o por el contrario su indeterminación, que será factor de competencia de los Tribunales Administrativos, o de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, como se prevé en el citado artículo 128 numeral 3, con respecto a procesos de resarcimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional, o con determinación de valor como se advierte en la hipótesis del numeral 13 *ibídem*.

b). A la calidad de los sujetos interesados en el proceso. Así fija la Ley la competencia del Consejo de Estado, para conocer en única instancia de los asuntos en que sea parte la nación, excepción hecha de los casos expresamente contemplados en los artículos 131 y 132, en donde la fijación de la competencia lo sea por factor diferente.

En los Tribunales Administrativos, la fijación de competencia por el precitado factor, los faculta para decidir contenciones en las cuales sea parte la entidad territorial respectiva (Departamento, Intendencia, Comisaría, Municipio) y sus entes territoriales, ubicados en el propio territorio de su jurisdicción, y sin que ello sea óbice para el conocimiento procesal de controversias en las que tenga parte la nación o una entidad descentralizada del mismo orden.

c). Por el factor territorial la competencia ha de atender al lugar del territorio nacional, en donde se prestó o debió prestarse el servicio por parte del servidor público, cuando de acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral se trata; el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato, para la acción contractual, o el lugar en el cual el hecho configurativo de la pretensión de responsabilidad del estado sucedió, como acontece con la acción de reparación directa.

Empero, la prementada competencia subordínase, en veces, a los criterios normativos de competencia propios del factor objetivo de la cuantía y con el subjetivo, en relación con entes territoriales y descentralizados, esto es, según la naturaleza de la persona jurídica de derecho público demandada.

d). Factor de conexión, fija la competencia para el conocimiento y decisión de controversias administrativas entre las cuales existe un ligamen o conexión que determina el ejercicio de la acción jurisdiccional en un solo proceso, como pudiera ocurrir, en materia de responsabilidad solidaria entre un ente jurídico de derecho público y un sujeto o ente de derecho privado.

Para el caso *sub examine* la síntesis de la noción doctrinal que precede en punto a los factores que determinan la competencia, así como por la circunstancia de existir supuestos de hecho conformativos de la *causa petendi*, y razones de derecho sustancialmente idénticas a las que obraron en el proceso contenido en el expediente No. C- 128, incoado por la Sra. Sara Leal de Porras contra la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá, sometido con causa en conflicto de competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, en sesión de junio 20 del año en curso, con ponencia del Honorable Consejero Dr. Miguel González Rodríguez, a la cual le fuera impartida aprobación, es procedente la interpretación allí consignada y decisión adoptada, por lo que en la presente ponencia ha de transcribirse el acápite pertinente de lo consignado en su texto:

"...Pues bien; en el presente caso se está en presencia de la ahora denominada "acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral, no proveniente de un contrato de trabajo", promovida por empleada al servicio de la "Beneficencia de Boyacá", establecimiento público del orden departamental, que, según la constancia que obra al fl. 86 del expediente, presta esos servicios en la ciudad de Bogotá (Casa de Boyacá), y su contención es de la competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, por las siguientes consideraciones:

"1a. Se trata, como ya se dijo, de una acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral, no proveniente de contrato de trabajo, ya que se está en presencia de un empleado público, y no de un trabajador oficial, y ella cuando tiene cuantía, como en este caso, siempre será de competencia de un tribunal administrativo, en primera o en única instancia, sin importar la naturaleza de la persona de derecho público contra la cual se accione (Nación, Departamento, Intendencia, Comisaría, distrito, municipio, establecimiento público, etc.). Opera acá el factor objetivo, a que antes se hizo referencia.

"2a. La persona jurídica de derecho público contra la cual se endereza la demanda, es un establecimiento público del orden departamental, y ya hemos visto que los tribunales administrativos seccionales son, por norma de principio y sin perjuicio de los casos de excepción, los jueces de las entidades territoriales y de entes descentralizados (factor subjetivo).

"3a. El factor territorial - último lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales-, mandado tener en cuenta, para efectos de determinar la competencia de un tribunal administrativo, por los artículos 131-5 (Sic) y 132-6 del C.C.A., no juega papel alguno en acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, promovida, como en este caso contra un establecimiento público del orden departamental (Beneficencia de Boyacá), por cuanto ello conduciría a que se le otorgara esa competencia a otro tribunal administrativo -el de Cundinamarca por ejemplo- que solo la tiene, por razón del mismo factor territorial y el subjetivo, para juzgar, fuera de las contenciones en que tenga parte la Nación y sus entes descentralizados asignadas expresamente a él, las controversias que se promuevan contra el Departamento de Cundinamarca, las Comisarías del Amazonas y del Vaupés, los municipios que integran a aquél y a estas, y los entes descentralizados de esos órdenes.

"Se presenta, entonces, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, un vacío legislativo al no tenerse en cuenta que pueden existir - y en la práctica existen, como se ve- relaciones jurídico-laborales en donde el empleado público tiene asignadas funciones que debe cumplir por

fuera del territorio del Departamento, de la Intendencia, de la Comisaría y aún del municipio o de un ente descentralizado, o, por el contrario, debe llegarse a la conclusión de que la competencia "por razón del territorio", que en este tipo de proceso debe determinarse "por el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales", hace relación, única y exclusivamente, a los procesos que se promuevan contra la Nación o sus entes descentralizados. Para la Sala la conclusión es la de que no existe ese vacío legislativo, y, que sólo cuando se trata de procesos de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, promovidos contra la Nación o sus entes descentralizados, debe tenerse en cuenta, para efectos de la determinación de la competencia, el lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales por el empleado o ex-empleado público".

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

RESUELVE:

1o.- Dirímese el conflicto de competencia presentado, en el sentido de que el conocimiento del presente asunto corresponde al Tribunal Administrativo de Boyacá.

2o.- Envíese el expediente a la mencionada Corporación para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de julio de 1990.-

Reinaldo Arciniegas Baedeker; Presidente Ausente.

Consejeros,

Jaime Abella Zárate, Carlos Gustavo Arrieta P.; Ausente, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Ausente, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penén Deltieure, Ausente, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta,

Nubia González Cerón, Secretaria General.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Imprudencia.
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION**

No procede súplica extraordinaria contra sentencia que decidió recurso extraordinario de anulación, así se trate de fallo de Sección y no de Sala Plena. Encontrándose ejecutoriado el fallo de anulación, no es pasible de recurso extraordinario de súplica por cuanto a través de un juicio de contradicción jurisprudencial no es dable romper la firmeza de la cosa juzgada. Si no prosperó el recurso extraordinario de anulación, que fundado en juicio de legalidad buscaba la invalidación del fallo del Tribunal por violación directa de la constitución o de la ley sustantiva, sería absurdo que aquél pudiera invalidarse mediante juicio de contradicción jurisprudencial, pues ello sería tanto como reconocer a la jurisprudencia rango superior a la Constitución y a la ley sustantiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., julio treinta (30) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velázquez

Recurso extraordinario de súplica contra la setencia de mayo 15 de 1989, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.-

Recurrente : José Guillermo Pinilla Pinilla.-

No habiendo acogido esta Sala Plena el proyecto de sentencia elaborado por el H. Consejero Miguel González Rodríguez, con ponencia del Consejero

que le sigue en turno se decide lo que en derecho corresponde, previa consignación de los antecedentes del recurso interpuesto, así:

I.- Del proceso de restablecimiento del derecho, con demanda de nulidad de resoluciones de la Caja Nacional de Previsión que negaron al señor José Guillermo Pinilla Pinilla el derecho a disfrutar, por sustitución, de la pensión reconocida a su cónyuge por el Ministerio de Educación Nacional, conoció en única instancia el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió negando esas pretensiones en sentencia de 7 de diciembre de 1985, ejecutoriada el 27 de enero de 1986.-

II.- Contra ese fallo se propuso recurso extraordinario de anulación, que la Sección Segunda de esta Sala, mediante sentencia de 15 de mayo de 1989, desató declarando su no prosperidad.-

III.- Ese fallo de la Sección Segunda fue recurrido en súplica extraordinaria por el apoderado del actor, aduciendo contradicción con jurisprudencia sentada por la antigua Sala de Negocios Generales y por la Sección Segunda de la Corporación.-

No es del caso, empero, examinar cuál o cuáles de las jurisprudencias aducidas como contrariadas pueden fundamentar la confrontación que haría factible la prosperidad del recurso, por cuanto la Sala considera que no procede súplica extraordinaria contra sentencia que decidió recurso extraordinario de anulación, así se trate de fallo de Sección y no de Sala plena, por las siguientes razones:

1.- Porque el recurso extraordinario de anulación procedía "... contra las *sentencias ejecutoriadas* de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los tribunales administrativos..." (Decreto 01 de 1984, art. 194), cuando ellas violaran en forma directa la Constitución o la ley sustantiva (Art. 197 *ibídem*).-

Por el contrario, al tenor del artículo 2º de la ley 11 de 1975, el recurso extraordinario de súplica se debe interponer ante la Sala Plena de lo contencioso contra auto interlocutorio o sentencia no ejecutoriados, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo "... dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la sala plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia...", que conste en providencia de la actual Sala Plena de lo contencioso administrativo, o de la extinguida Sala Plena de Negocios Generales de la Corporación, o de la Sala contenciosa administrativa de época en que ésta aun no se dividía en secciones.-

Ahora bien: la sentencia que en este proceso de única instancia profirió el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ejecutorió, y contra ella fue interpuesto el recurso extraordinario de anulación que la Sección Segunda

desató con la sentencia ahora suplicada.- Pero encontrándose ejecutoriado ese fallo no es pasible de recurso extraordinario de súplica, por cuanto a través de un juicio de contradicción jurisprudencial no es dable romper la firmeza de la cosa juzgada.

2.- Porque si no prosperó el recurso extraordinario de anulación, que fundado en juicio de legalidad buscaba la invalidación del fallo del Tribunal por violación directa de la constitución o de la ley sustantiva, sería absurdo que aquél pudiera invalidarse mediante juicio de contradicción jurisprudencial, pues ello sería tanto como reconocer a la jurisprudencia rango superior a la Constitución y a la ley sustantiva.- Más aun, porque como bien lo anotó el H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en memorando aducido para ilustrar la controversia que este asunto suscitó en la Sala Plena, la prosperidad de la súplica extraordinaria equivaldría a que

"... Cuando la Sección segunda hizo el estudio de legalidad de la Sentencia del Tribunal y la declaró ajustada al ordenamiento, violó la jurisprudencia, con lo que se está dando a entender que esta jurisprudencia es ilegal, pero debe prevalecer para dejar sin efectos la Sentencia de la sección y con ella la ejecutoriada del Tribunal..."- Lo que es absurdo.-

De todo ello resulta que la previsión del Art. 2º de la ley 11 de 1975, en cuanto consagró el recurso extraordinario de súplica respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en que se divide la Sala Plena de lo contencioso Administrativo, se debe entender referida a las decisiones que dichas secciones adoptan en función de juez de instancia (de única o segunda del consejo), que no cuando desatan recurso extraordinario de anulación contra sentencias de única instancia de los Tribunales Administrativos, por cuanto entonces actúan en función de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, competente para desatar ese recurso conforme al texto del Art. 130 del C.C.A. antes de su modificación por el Art. 21 del Decreto 2304 de 1989.-

Dicha competencia de la correspondiente sección del Consejo de Estado, atribuida por el inciso 2º del art. 186 del Decreto 01 de 1984 en concordancia con el 195 ibídem respecto de las sentencias de única instancia de los tribunales, no tiene implicación distinta a la de distribuir el trabajo, según criterio del H. Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo en el memorando aludido "... y no para darle a estas sentencias un trato más favorable que a las del mismo Consejo...", que a ello equivaldría la procedencia de la súplica extraordinaria para aquéllas, cuando, por lo ya anotado, no admisible para las de Sala Plena.-

3.- Pero la improcedencia de la súplica extraordinaria contra sentencia que decide recurso extraordinario de anulación, sea de la Sala Plena contenciosa o de Sección, también resulta de la expresa prohibición contenida en el inciso

segundo del artículo 186 del C.C.A., aplicable por remisión especial del artículo 195 ibídem.-

En efecto, al disponer que "... en materia de competencia , se aplicarán las reglas señaladas en el artículo 186...", no se refiere en singular a la previsión del inciso primero de esta norma , sino en plural alude a "las reglas" Contenidas en la aludida disposición bajo el epígrafe de competencia y, por ende, contra la sentencia que decida la anulación "no habrá recurso..." -.

Basta lo expuesto para que el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo,

RESUELVA:

Rechazar, por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de quince (15) de mayo de 1989, proferida por la Sección Segunda de la Sala para decidir recurso extraordinario de anulación.-

Cópiese y notifíquese. Devuélvase a la Sección de origen.-

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha, veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa (1990).-

Consuelo Sarria Olcos, Vicepresidente, Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales, Carlos Gustavo Arrieta P., Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Miguel González Rodríguez, salvó voto, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Ausente con excusa., Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente., Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa,

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION (Salvamento de Voto)

Algunos de los argumentos expuestos en la sentencia de la cual me aparto, podrían servir para buscar una modificación de la disposición contenida en el artículo 2º, de la ley 11/75 mas no para restringir sus efectos o alcances, como se hacen en la sentencia de que disiento, mas si se tiene en cuenta la intención del legislador al consagrar el indicado recurso extraordinario de súplica. Considero que este recurso es viable o procedente y no es aceptable que se sacrifiquen derechos prestacionales de las personas que prestan sus servicios a la administración o de sus herederos o beneficiarios, con argumentos que son muestra del más exagerado procesalismo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente Nº S-103. Actor : José Guillermo Pinilla Pinilla

En la ponencia redactada por el suscrito consejero de Estado, para decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, que declaró la no prosperidad del recurso de anulación ejercitado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, se llegó a la conclusión de que, efectivamente, en el fallo de la Sección Segunda se acogió jurisprudencia contraria a la sentada por el Consejo de Estado a través de la misma Sección y de la antigua Sala de Negocios Generales, sin que hubiera precedido la "previa aprobación" de la Sala Plena de la Corporación, en

razón de que es, indubitable, que el derecho a una pensión no prescribe; lo que prescriben son las mesadas causadas con tres años de anterioridad a la reclamación formal. Así lo ha expresado, igualmente y de manera reiterada, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral.

Igualmente, se destacaba en la ponencia como la Caja Nacional de Previsión, inicialmente, negó el derecho a la sustitución pensional reclamado, con fundamento en el argumento de que el actor no se presentó dentro del término legal de emplazamiento a hacer valer su derecho, que correspondía por iguales partes junto con su hijo que formuló la petición, y "sólo hay lugar a sustituir por una sola vez".

El Tribunal de Cundinamarca, por su parte, fundamentó su decisión con el argumento de que la ley 44 de 1977, art. 1o., invocada por el actor, no era aplicable a las pensiones especialísimas concedidas con fundamento en la ley 114 de 1913, ya que aquella no menciona a ésta en la numeración que hace. La argumentación, como se ve, ya es diferente a la expuesta por la Caja, por cuanto el Tribunal no la encontró acorde a la ley y a una sana hermenéutica jurídica.

La Sección segunda de la sala contenciosa, al decidir el recurso extraordinario de anulación vigente en ese entonces, fundamenta su sentencia en argumento, diferente al de la Caja y al del Tribunal, consistente en que el recurrente no disfrutó de tal pensión sustitutiva, porque como él mismo lo afirma, no la reclamó, y siendo en ese entonces un derecho temporal (2 años), el mismo prescribió al reclamarlo después de haber transcurridos 10 años desde el fallecimiento de su esposa. Aparece, como se ve, un argumento diferente, un tercer argumento.

Finalmente, la Sala Plena de lo contencioso, después de sucesivas votaciones, en donde el criterio en unas ocasiones parecía inclinarse por la ponencia y en otras por la objeción de que el recurso de súplica no era procedente contra sentencia que decidió uno de anulación contra sentencia proferida por Tribunal, en proceso de única instancia, niega la ponencia elaborada por el suscrito y pasa al señor consejero que le sigue en turno para redactar la finalmente aprobada, que recoge el criterio de la mayoría, mayoría que se produjo cuando se expresó, por alguno de los señores consejeros, un argumento que determinó que muchos de los colegas cambiaran el voto que habían expresado en favor de la ponencia redactada por el suscrito. Aparece, entonces, un cuarto argumento para negar el derecho reclamado por el actor, sobre el cual ninguno de los integrantes de la sala plena se pronunciara en sentido contrario.

En este aspecto, me parece que esa no es forma de administrar justicia, y que proceder de esta naturaleza es, en gran parte, uno de los factores de incredulidad en la justicia. Y es que no parece admisible que alguien reclame

un derecho y se le niegue con fundamento en determinado argumento; que habiéndose accionado contra ese acto y demostrado que el argumento no es aceptable jurídicamente, se invoque otro argumento diferente; que, ejercitado un recurso extraordinario contra el pronunciamiento judicial, se exponga un tercer argumento, diferente a los que tuvo en cuenta la Administración y el juez de única instancia, y que el recurrente desvirtuó; y que, finalmente, el reclamo del derecho no se considere por razonamientos de orden procesal, que van contra el tenor literal de la norma consagratória del recurso extraordinario de súplica.

Ahora bien; ¿cuáles son las razones de mi disconformidad con la tesis mayoritaria, según la cual no procede el indicado recurso de súplica contra sentencias que deciden un recurso extraordinario de anulación contra fallo dictado por un tribunal en proceso de única instancia?

Ellas, son:

a) El artículo 2o de la ley 11 de 1975, dice textualmente: " Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia".

La norma, en primer lugar y como se puede constatar, no establece excepciones como la que surge de la decisión de la Sala de la que me aparto: excepto o salvo cuando se trate de sentencia dictada por una sección en torno a un recurso de súplica ejercitado contra fallo proferido por tribunal administrativo en proceso de única instancia, y el juez, por consiguiente y siguiendo un principio general de derecho, no puede establecer la salvedad o excepción a la regla general.

La norma, en segundo lugar, es clara , y en consecuencia, aplicando un principio general de derecho consagrado expresamente en nuestra normatividad, no es dable desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero si se consulta la intención del legislador, se encontrará, como es bien sabido, que ella fue la de evitar contradicciones jurisprudenciales en el seno de la Corporación, como acontecía antes de la expedición de la ley 11 de 1975, y aún hoy en día se sigue sucediendo.

b) Algunos de los argumentos expuestos en la sentencia de la cual me aparto, tal como el que hace relación a que, si no prosperó el recurso de anulación por cuanto no se encontró la violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva, sería absurdo que el fallo de instancia pudiera invalidarse mediante juicio de contradicción jurisprudencial, porque ello sería tanto como reconocer a la jurisprudencia rango superior a la Constitución y a la ley sustantiva, o el de que se atentaría contra la firmeza de la cosa juzgada,

aceptar la viabilidad o procedencia de un recurso de súplica extraordinaria contra la sentencia que decidió el igualmente extraordinario de anulación, podrían servir para buscar una modificación de la disposición contenida en el art. 2o. de la ley 11 de 1975, mas no para restringir sus efectos o alcances, como se hace en la sentencia a que me vengo refiriendo, más si se tiene en cuenta la intención del legislador al consagrar el indicado recurso de súplica extraordinaria.

c) Pero, además, de un lado, ¿quién ha dicho que la firmeza de la cosa juzgada, de manera general y absoluta, no se puede desconocer a través de un recurso extraordinario. No encontramos acaso, que el recurso extraordinario de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas?; ¿no encontramos, igualmente, que el recurso extraordinario de anulación, hoy suprimido, estaba consagrado contra sentencias ejecutoriadas?. De otro lado, ¿en dónde aparece que el recurso extraordinario de súplica se hubiera ejercitado contra la sentencia del Tribunal ejecutoriada, si es evidente que se ejercitó, por así consagrarlo la ley expresamente y sin excepciones, contra la sentencia de la Sección, cumpliéndose así uno de los presupuestos - el otro es el del término para ejercitarlo - de la norma?.

d) De dónde se deduce, sin haber precedido el correspondiente estudio y conclusión sobre el particular, que la apreciación jurídica hecha por la Sección segunda de la Sala es la correcta, y que esa apreciación no puede desconocerse con fundamento en la apreciación que sobre el mismo particular ha realizado con anterioridad las extinguidas salas contenciosa y de negocios generales o la actual sala plena de lo contencioso administrativo, que no se sabe, porque no se estudió, si es la correcta o incorrecta. ?.

Pero lo que es más concluyente: acaso el recurso extraordinario de súplica no se estableció por el legislador, para que fuera la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la que decidiera si medió o no el cambio jurisprudencial al dictarse la sentencia por la sección correspondiente de ella, y , en últimas, dijera cual es , para la Corporación -que es el todo- el alcance de una norma jurídica a aplicar a un caso controvertido, sin importar que la sentencia hubiera sido dictada por la Sección de la Sala en proceso de conocimiento de ella, en única instancia, en segunda instancia, o en virtud de recurso extraordinario, recurso que no se puede decir que no existía durante la vigencia de la ley 167 de 1941, pues dentro de su normatividad se encontraba el recurso extraordinario de revisión contra sentencias relacionadas con reconocimientos periódicos (art. 165 y ss.).?.-

e) Pero se dice , además en la sentencia - y ese fue finalmente el argumento que sirvió para que muchos de los que apoyaban la ponencia elaborada por el suscrito, se inclinaran por el art. 186 del C.C.A., aplicable por remisión especial del artículo 195 ibídem, la sentencia dictada para decidir el recurso extraordinario de anulación, no es susceptible de recurso alguno, pues al

disponerse que " en materia de competencia, se aplicarán las reglas señaladas en el artículo 186 ", no se refiere en singular a la previsión del inciso primero de esta norma, sino en plural a las reglas de competencia contenidas en la aludida disposición.

Con el debido respeto por ese planteamiento, considero que la remisión no debe entenderse hecha en relación a los dos aspectos, o sea, competencia y recursos; pero, aceptando en gracia de discusión que ello pudiera ser así, habría que tener en cuenta que ello guardaría perfecta concordancia, en su momento y no en el actual, con lo que disponía el artículo 268 del C.C.A., en lo relativo a derogatoria expresa de la ley 11 de 1975, consagratória del recurso extraordinario de súplica- que según los asesores del gobierno para la expedición del decreto 01 de 1984, se reemplazaría por el extraordinario de anulación -, pero en manera alguna la guardaría después de que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio de 1984 declaró su inexecutable, reviviéndose, como resultado, el recurso extraordinario indicado.

Por esas observaciones, consideré y sigo considerando que el recurso era viable o procedente, y que no es aceptable que se sacrifiquen derechos prestaciones de las personas que prestan sus servicios a la Administración o de sus herederos o beneficiarios, con argumentos que son muestra del más exagerado procesalismo, lo que es común en nuestros jueces.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha Ut Supra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Naturaleza. RECURSO DE SUPLICA (Salvamento de voto)

No puede la Sala Plena, ante la mera presencia del recurso extraordinario de súplica, inmiscuirse en cuestiones atinentes a los problemas del pleito propiamente dicho, ni en decidir respecto a lo controvertido en el juicio, ni en apreciar los medios de pruebas aportados al litigio. No se trata, por tanto, de una tercera instancia. Sólo si se infirmara la providencia de la sección respectiva, la Sala Plena entraría a reemplazarla y conocería del fondo de la *litis* en segunda instancia. En el *sub lite*, la Sala plena no ha asumido su papel de tribunal de instancia; y no siendo ésta una instancia, el recurso ordinario de súplica no ha debido tener cabida, puesto que se interpuso contra auto dictado por el ponente.

Referencia: Expediente N^o S-030 Actores: Oscar Jaime Alvarado Chaves y otros.

Los suscritos consejeros disienten del proveído en cuestión, adoptado en el asunto de la referencia por la mayoría de la Sala, por los motivos que a continuación se detallan:

1o.- El art. 183 del C.C.A., al tenor de la modificación que le fuera introducida por el art. 39 del decreto-ley 2304 de 1989, dice a la letra:

"El recurso de súplica procederá *en todas las instancias* contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria, vencido el traslado pasará el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo. Contra lo decidido no procederá recurso alguno. "(subrayas fuera del texto).

2o.- La Sala Plena ha conocido del presente asunto, en este momento, en virtud del *recurso extraordinario de súplica* que interpusiera el Municipio de Cachipay contra la sentencia de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), la que como se ha dicho, profirió la Sección Primera del Consejo de Estado para resolver, a su turno, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada a dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. ¿Podría, entonces, tenerse como una instancia el conocimiento, por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de un asunto dado, en razón de que contra un auto interlocutorio o contra una sentencia de una de las secciones que la integra se haya interpuesto el recurso (extraordinario) de súplica de que habla el art. 130 del C.C.A., (Art. 21, decreto-ley 2304 de 1989)?

No lo creen así, con todo respeto hacia la opinión contraria, los suscritos consejeros. Porque para dar respuesta al anterior interrogante, es preciso señalar que el recurso (extraordinario) de súplica fue establecido, en su forma original, por el art. 2o. de la ley 11 de 1975 que, entre otras cosas, era la norma procedimental vigente para la época en que fue interpuesto el que ha ocasionado el conocimiento de este asunto por la Sala Plena y que desde siempre ha tenido - lo sigue teniendo - una categoría *extraordinaria* con el fin prístino de unificar la jurisprudencia de la Corporación, cuando quiera que la parte que hace uso del recurso estima que la sección del caso ha acogido doctrina contraria a la sentada por ella, es decir, por la Sala Plena.

De allí que si por instancia se entiende "cada uno de los grados de competencia funcional que la ley fija a los diversos asuntos que se someten a los tribunales para su conocimiento y fallo, también la sustanciación que tiene lugar ante cada uno de estos diferentes jueces" (Hernando Morales Molina, "Curso de Derecho Procesal Civil", 1973, Ed. A.B.C., pág. 69); que si la ley colombiana vigente ha consagrado el principio general *de las dos instancias* y que, para lo que concierne al caso de autos, esas dos instancias se agotaron, como se deduce de lo establecido por el ordinal 1) del art. 132 y por el ordinal 1) del art. 129 del C.C.A., respectivamente, dado que la primera tuvo lugar en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la segunda, ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo

del Consejo de Estado (arts. 22 y 24, decreto-ley 528 de 1964; art. 3o., ley 50 de 1967; acuerdo No. 1 de 1971, del Consejo de Estado), es de concluir que el conocimiento, por Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de un recurso extraordinario de súplica, *No es una instancia más* ni un *grado de jurisdicción más*, sino que, a semejanza del recurso de casación existente en lo civil, en lo laboral y en lo penal, sus facultades son limitadas por la misma índole de ese medio EXTRAORDINARIO de impugnación, o sea, que se circunscriben a analizar si, en verdad, la providencia de la Sección correspondiente es contraria "a la jurisprudencia de la Corporación" conforme a lo que se indique en forma precisa, en el escrito en que se interponga el recurso (2o., inc, art. 130 C.C.A.).

De allí que, en criterio de los suscritos, no pueda la Sala Plena, ante la mera presencia del recurso extraordinario de súplica, inmiscuirse en cuestiones atinentes a los problemas del pleito propiamente dicho, ni en decidir respecto a lo controvertido en el juicio, ni en apreciar los medios de pruebas aportados al litigio. *No se trata, por tanto, de una TERCERA instancia.* Sólo si se infirmara la providencia de la sección respectiva, la Sala Plena entraría a reemplazarla y conocería del fondo de la litis *en segunda instancia.*

3o.- Como en el caso que se estudia, el recurso extraordinario de súplica no prosperó (ver fols.150 a 161) y no se infirmó, por ende, la sentencia de la Sección Primera, es apenas obvio, en sentir muy respetuoso de los suscritos consejeros, que la Sala Plena *no ha asumido su papel de tribunal de instancia.* Y que, no siendo esta una instancia, el recurso *ordinario* de súplica (art. 183, transcrito en el punto 1o. de este salvamento conjunto) no ha debido tener cabida, puesto que se interpuso contra un auto dictado por el ponente.

Debido, pues, a la improcedencia de estos recursos ordinarios de súplica, así ha debido resolverse sin analizar de fondo las sustentaciones que los dos grupos recurrentes han expuesto en sus escritos.

Quepa anotar que el segundo de los suscritos consejeros fue el ponente del proyecto original que, en su sabiduría, fue negado por la Sala. Este salvamento recoge lo que en el mismo se explicó.

Con todo respeto,

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna,

Bogotá D.E., 1o de agosto de 1990.

Nota de Relatoría: El auto a que se refiere el presente salvamento no hizo consideración alguna respecto de la procedencia o no del recurso de súplica, sino que directamente entró a resolver los puntos materia del auto suplicado.

Nota de relatoría: A este salvamento adhieren los doctores Guillermo Chahín Lizcano y Consuelo Sarria Olcos.

CONFLICTO DE COMPETENCIA. CONSEJO DE ESTADO

El conflicto de competencia surge cuando dos secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo disputan, de oficio o a petición de parte, pero expresando sus razones, acerca de que son o no competentes para conocer del proceso. Sólo entonces surge el conflicto y la facultad, para quien debe dirimirlo, de intervenir en su dilucidación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-

Bogotá, D.E., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente : *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente N^o. C-123.- Actor : *Jaime Muñoz Molano*.
Conflicto de Competencia.

Para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, fue inicialmente repartido el proceso de la referencia al H. Consejero doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, quien, previa consulta con el señor Presidente de la Sección Segunda y de conformidad con lo previsto en el reglamento interno de la Corporación dispuso, por auto de 2 de agosto de 1989, que el expediente pasara a esa Sección, por considerar que a ella compete el conocimiento del asunto.-

El señor apoderado del actor expresó su desacuerdo con lo así resuelto, reclamando el retorno del negocio al seno de la Sección Tercera al estimar que se trata de proceso de indemnización por responsabilidad extra contractual,

en razón de hechos u operaciones administrativas, adelantado con ejercicio de la acción de reparación directa, que no la de "nulidad de actos administrativos sobre cuestiones laborales ni de restablecimiento del derecho de carácter laboral, ni de revisión de pensiones..."-.

Haciendo abstracción de las observaciones del representante de la parte actora el Consejero Ponente admitió la apelación, decisión que en tiempo hábil el apoderado del demandante solicitó reponer con base en que debió ser dictada por la Sección Tercera.-

En Sala Unitaria, con auto fechado a 29 de noviembre de 1989 no se repuso la decisión impugnada, por considerar de manera terminante y sin lugar a duda que el proceso es de conocimiento de la Sección Segunda, que no de la Tercera como lo alega el señor representante de la parte actora, tratándose de pretensión derivada de vinculación laboral.-

Porfiando en sus argumentos el apoderado del actor formalmente plantea la falta de competencia de la Sección Segunda para desatar el recurso y promueve el consiguiente conflicto, que al tenor de lo preceptuado en el artículo 97 del C.C.A., modificado por el artículo 70 del Decreto 2288 de 1989, "...decidirá la Plena..." (Sic).-

CONSIDERACIONES:

El conflicto de competencia es fenómeno jurídico que "...la ley en forma previa y precisa determina cómo se configura, cómo opera y cómo se plantea..", según expresión de la Sala de lo Contencioso Administrativo en auto de 28 de noviembre de 1984 (Consejero ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado, Exp. 11095).-

En otras palabras, ninguno de sus aspectos ha quedado al arbitrio del juzgador y mucho menos de las partes, lo que es comprensible tratándose de institución encaminada a garantizar el principio constitucional del debido proceso.-

El conflicto se suscita por la contradicción respecto del cuál autoridad jurisdiccional es competente para conocer de determinado proceso, asunto que se puede provocar a iniciativa del juzgador o de alguna de las partes.-

Más siempre se requerirá, como se colige de los textos legales y lo ha acentuado reiteradamente la jurisprudencia, que existan cuando mínimo dos juzgadores que se disputen acerca de la facultad para conocer de cierto asunto, sin que lo anterior significa que las partes interesadas en el resultado del proceso queden fuera de opción en lo referente a esa materia.- Las partes, sin duda, pueden discutir la competencia, bastándoles acudir al juez que tenga el negocio para solicitar se declare incompetente o, a la inversa al juez que

consideren debe conocer del proceso para que pida los autos al despacho que los tiene.-

Al presente, por virtud de la subrogación del Art. 215 del C.C.A., por el Art. 53 del Decreto 2304 de 1989, en cuanto autorizó la colisión de oficio, el conflicto también se presenta cuando por razones expresamente determinadas en la ley y relativas a la competencia, ninguno de los dos tribunales avoca el conocimiento del asunto o, por el contrario, en el evento del caso positivo, ambos lo reclaman.-

Ahora bien: el conflicto de competencia de las Secciones del Consejo de Estado se presenta por razón de la asignación que la ley o la Sala Plena de la Corporación, mediante acuerdo, han hecho entre aquéllas de las funciones jurisdiccionales de la Sala de lo Contencioso Administrativo que no deban ser ejercidas en pleno, atendiendo a lo previsto en el artículo 96, numeral 7, del C.C.A., y el 10 del Reglamento de la Corporación.-

Así, entonces, el conflicto surge cuando dos Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo disputan, de oficio o a petición de parte, pero expresando sus razones, acerca de que son o no competentes para conocer del proceso.- Solo entonces surge el conflicto y la facultad, para quien debe dirimirlo, de intervenir en su dilucidación.-

En el presente evento ni siquiera ha sido provocada la colisión de competencia por una Sección a otra, pues no obstante que el señor apoderado de la parte actora discute reiteradamente la competencia de la Sección Segunda para conocer de la apelación interpuesta, hasta pedir que se plantee conflicto para que se atribuya el respectivo negocio a la Sección Tercera, el H. Consejero a quien correspondió en reparto, luego de admitir el recurso y de tramitar la segunda instancia, se limitó a remitir el proceso a esta Sala, sin que la Sección respectiva hiciera manifestación razonada que traduzca su inequívoco propósito de discutir la competencia del asunto.- Únicamente, como ya se vio, por auto de 29 de noviembre de 1989 el conductor del proceso reitero su convicción de que corresponde a la Sección Segunda la competencia en segunda instancia.- Tampoco la Sección Tercera ha reclamado esa atribución legal.-

Así, entonces, las condiciones procesales indicadas para que exista conflicto de competencia no se cumplen en el caso presente, y consiguientemente, la Sala de lo Contencioso Administrativo no puede entrar a conocer del asunto por sustracción de materia.-

Por lo expuesto el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

Abstenerse de conocer, por improcedencia, del conflicto que motivó el envío de los autos a esta Sala.-

Cópiese y notifíquese.- Devuélvase a la Sección de origen. -

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa (1990).-

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Presidente Ausente; Jaime Abella Zárate; Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo; Pablo J. Cáceres Corrales; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Guillermo Chahín Lizcano; Gustavo de Greiff Restrepo; Clara Forero de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velásquez; Alvaro Lecompte Luna; Euclides Londoño Cardona; Carmelo Martínez Conn; Jorge Penen Deltieure, Ausente; Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Consuelo Sarria Olcos; Julio Cesar Uribe Acosta; Rodrigo Vieira Puerta;

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONTRATO DE SEGURO. POLIZA DE SEGURO. POLIZA AUTOMÁTICA. CERTIFICADO DE SEGURO. RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE

Tiene razón el recurrente al censurar el entendimiento que la Sección 3ª dio a la ley en el sentido de que el contrato de seguro automático sólo se perfecciona al suscribirse el Certificado de Seguro, que viene a ser, en tal concepción, de la esencia de aquél. En consecuencia, carece de respaldo legal la exigencia, reclamada en la sentencia, de que el Certificado sea suscrito con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

La violación del artículo 1096 del C. de Co., por falta de aplicación, es incuestionable, por cuanto el fallador ignoró la subrogación efectuada en el *sub lite*. La Aseguradora al subrogarse *ipso jure* en los derechos del asegurado, esta legitimada para accionar contra Colpuertos, independientemente de la cesión efectuada por acuerdo "interpartes". De los presupuestos reseñados se infiere que la empresa demandada comprometió su responsabilidad en la forma que determina el artículo 2º del D.L. 630/42.

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

Bogotá, D.E., Agosto trece (13) de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente N°. A-044 Recurso de Anulación. Actora : ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

Se decide el recurso de anulación interpuesto por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. contra la sentencia de mayo 7 de 1987, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación dentro de los procesos acumulados 3422 y 4007 promovidos por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y 3682 instaurado por la Compañía Suramericana de Seguros S.A., contra la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA - Colpuertos-.

I. ANTECEDENTES.-

1.- *Tres Procesos.-*

Del auto de mayo 17 de 1984 por el cual se acumularon al proceso 3422 los procesos 3682 y 4007 se toma la siguiente breve descripción de los mismos:

"1.- PROCESO Número 3422.- En demanda presentada por el apoderado de la firma ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. se pretende la declaratoria de responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- por la pérdida de mercancías importadas por Sofasa S.A. y Metalcol Ltda., ocurrida en el incendio del 22 de abril de 1980 en el Patio numero 10 del Terminal Marítimo de Cartagena y la condena al pago de las sumas de dinero que la actora indemnizó a las firmas importadoras, más sus intereses corrientes desde el momento en que se produjo el daño hasta que el pago se efectúe.

La demanda se admitió el 23 de noviembre de 1981.

2.- PROCESO Número 3682.- En libelo presentado por el apoderado de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., se demanda la declaratoria de responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- por la pérdida de mercancía importada por las firmas SOFASA S.A. Y METALCOL LTDA. destruida por un incendio ocurrido en el Terminal Marítimo de Cartagena el 22 de Abril de 1980 y que se le condene al pago de una suma de dinero, más los intereses corrientes como lucro cesante, actualizados al momento de la sentencia o de su pago.

La demanda fue admitida el 28 de agosto de 1982.

3.- PROCESO Número 4007.- El apoderado de la Sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. pretende en demanda contra la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- en forma subsidiaria de las pretensiones perseguidas en la acción indemnizatoria ya propuesta en su nombre entre las mismas partes y radicado bajo el número 3422, la declaratoria de responsabilidad de la entidad y la indemnización de los perjuicios de pérdida de mercancías de importación, almacenadas

en bodegas oficiales, a que tiene derecho como cesionaria de los derechos y acciones de SOFASA S.A. propietaria de ellas y consistentes en pago de suma de dinero por concepto del daño emergente, más sus intereses corrientes desde el día en que se produjo la mora en la entrega de la mercancía o desde que se hizo imposible su entrega -23 de abril de 1980- y el reconocimiento del interés moratorio del 2% mensual a partir del vencimiento del término de treinta (30) días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

El 25 de mayo de 1983, se dictó el auto admisorio de la demanda." (Fols. 23-27 Cuaderno No.1, Exp. 4007).

2.- Dos recursos de Anulación.-

La sentencia que es objeto de impugnación contiene decisión adversa a la parte actora respecto de los procesos 3422 y 4007 e inhibitoria para el proceso 3682. Adicionalmente dispuso:

"2º.- Condénase a la Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., solidariamente con su apoderado el doctor Luis Emilio Martínez, al pago de las costas en los dos procesos indicados;

3º.- Condénase en forma solidaria a la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. y a su apoderado doctor Luis Emilio Martínez, con tarjeta profesional No. 10539 de Minjusticia a pagar a la entidad demandada los perjuicios que le haya causado por la actuación procesal temeraria que se analizó en los considerandos de este proveído. Su monto se liquidará en la forma prevista en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Envíese copia de esta providencia y de las demandas con que se iniciaron los procesos Nos. 3422 y 4007 al Tribunal Superior de Bogotá, para lo revelado a las faltas contra la ética profesional." (Fol. 56 Exp. A-004).

En razón de la decisión que se acaba de transcribir y con el propósito de impugnarla, el doctor LUIS EMILIO MARTINEZ interpuso a nombre propio recurso de anulación contra la sentencia en referencia. Este recurso fue declarado desierto en providencia de septiembre 23 de 1987 (Expediente No. A-044, fols. 101-108).

También interpuso recurso de anulación la Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., al que se refiere el presente pronunciamiento.

II.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.-

Proferida, como se anotó, por la Sección Tercera en mayo 7 de 1987, definió adversamente las pretensiones de la demandante Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. en los procesos 3422 y 4007, y en forma inhibitoria para el proceso 3682, promovido por la Compañía Suramericana de Seguros S.A.

Siendo única recurrente la Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., se examinará la sentencia sólo en lo que a ésta se refiere.

Dice la sentencia:

"PRIMERA.-

El actor incurre en conducta procesal contradictoria cuando en el punto decimoquinto de la demanda conque se inicia el proceso No. 3422, apoya sus pretensiones en LA CESIÓN que a su representado le hizo el dueño de las mercancías en los Certificados de Liquidación del siniestro u orden de pago No. 117139 de 20 de febrero de 1981; 11717.0 de 10 de junio de 1981 y 117169 de 22 de mayo de 1981; pero luego, en la misma pieza procesal, y bajo el rubro CONSIDERACIONES, concluye que el fundamento de las mismas es el fenómeno jurídico de la SUBROGACION. Esta situación se destaca aún más cuando el apoderado de la compañía demandante, en su alegato visible a folio 370 y ss. del expediente No. 3682, expresa, después de citar jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que en el caso en comento no se registra este último fenómeno jurídico pues'... se requeriría la concurrencia de los mencionados cuatro requisitos y no simplemente el de uno de ellos: el pago, como de la simple lectura de la norma se deduce para que operase la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio. De igual manera, cuestionada la validez de una póliza por falta de un requisito especial pedido por la ley, *tampoco opera la subrogación legal mencionada. Y, se afirma que en estos casos ni siquiera las aseguradoras estaban obligadas a pagar la indemnización.*

Infortunadamente -prosigue- para las compañías aseguradoras, unas son las reglas que regulan la subrogación legal para efectos del recobro de lo que éstas hayan pagado al asegurado por un siniestro sufrido; y, otras, las que rigen el cumplimiento de sus obligaciones comerciales con los asegurados, pues aparte del texto mismo de las pólizas rige entre ellos el principio de consensualidad (artículo 24 del Código de Comercio) (Subrayado de la Sala).

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala encuentra que sea con la tesis de 'LA SUBROGACION' o con la dela 'CESION', las demandas

que dieron lugar a los procesos Nos. 3422 y 4007 no están llamados a prosperar, por las siguientes circunstancias particulares del caso:

A) El siniestro ocurrió el día veintidós (22) de Abril de 1980;

B) La Póliza para Seguros de Transporte No. 42726-1 expedida a favor de SOFASA (Exp. 3422, Cdno No. 1, folio 7) lo fue el día 18 de Diciembre de 1975;

C) Los Certificados de Seguro vinculados a la anterior póliza fueron expedidos bajo los siguientes números y en las siguientes fechas:

Certificado No. 188962 (sic)	Marzo 21 de 1980

Certificado No. 196505	Julio 28 de 1980

Certificado No. 196506	Julio 28 de 1980

Certificado No. 203807	Febrero 17 de 1981

De estos documentos, sólo el primero fue expedido con anterioridad al momento en que ocurrió el incendio. Todos los demás, lo fueron con posterioridad. Sin embargo el certificado No. 188962 no puede apreciarse como prueba porque fue aportado al proceso en fotocopia, cuya autenticación no reúne los requisitos de la ley. En efecto: El sello de la Notaría Veintiocho del Círculo de Bogotá se limita a registrar que: '... la presente fotocopia coincide con un documento similar, que ha tenido a la vista...', sin indicar que se hizo el respectivo cotejo con el original, o con copia o fotocopia auténtica (Art. 253 C.P.C.). Respecto de los certificados Nos. 196505; 196506 y 203807, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que '... el contrato de seguro se perfecciona con la suscripción de la respectiva póliza y que ésta viene a ser prueba en los seguros ordinarios, tal como lo da a entender inequívocamente el artículo 1046 de Código de Comercio. Pero frente a los seguros automáticos o flotantes la ley exige un requisito adicional, cual es la suscripción de un certificado o documento posterior en el que se determinen los bienes que quedan cubiertos con los riesgos señalados en la póliza. El texto del artículo 1050 del mismo estatuto no permite otra interpretación y mientras esa identificación no se produzca no habrá nacido para el asegurado el derecho de exigir el cubrimiento ni para la aseguradora la obligación correlativa.

... En principio, el seguro responde a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un siniestro pretérito... (Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XII No. 124 Abril de 1982, págs. 361 y ss.ss Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo);

SEGUNDA. A folios 26 y siguientes del Cuaderno No. 1 Expediente 3422, aparecen las órdenes de Pago números: 117139 y 117170 a favor de SOFASA S.A., que montan TREINTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SIETE PESOS (\$39.079.707.00), al pie de las cuales aparece la nota que el representante de ésta firma suscribió, en la cual se lee que hace '... cesión pura y simple a favor de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. de cualesquiera derechos que tenga (n) o pueda (n) tener contra terceros posibles responsables de los daños y o pérdidas indemnizados por el presente pago...´.

A su turno, en el Proceso No. 4007, Cuaderno No.2, folios 1 y ss.ss. aparece el original de un documento intitulado 'CONVENIO DE CESION´ por medio del cual la SOCIEDAD DE FABRICACION DE AUTOMOTORES S.A. SOFASA, '...transfiere, por cesión, en favor de 'Aseguradora Colseguros S.A. la totalidad de los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle contra los responsables de las mencionadas pérdidas, en especial contra la entidad estatal denominada EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, COLPUERTOS, empresa que administra las bodegas en donde se encontraba almacenada la mercancía pérdida...´.

Respecto de la filosofía jurídica que la parte actora ha puesto en marcha, a través de la figura de la 'CESION´, la *sala reitera la jurisprudencia* que se recoge en sentencia de julio 18 de 1986 expediente No. 4081. Actor Colpatria y otros, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee:

'Se observa, como dato de especial significación, que las cesiones aparecen por partida doble y que las compañías cedentes (las importadoras) aparecen haciendo cesión de conformidad con el Código Civil, con posterioridad al siniestro (ver documentos a folios 6 y 33 del cuaderno principal y a folios 15, 16, 81 y 89 del C#3); y esas mismas compañías, al recibir el pago de la indemnización por las aseguradoras, suscriben nota de cesión o subrogación...´ 'Dispone el artículo 1096 del C. de Co. que 'el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieran hacer valer contra el danmificado...

'Se contempla en esta norma un caso de subrogación por el ministerio de la ley. Fenómeno que se produce ipso jure por el solo hecho del pago de la indemnización efectuado por la aseguradora, y tal como lo sostiene el profesor Efren Ossa, el efecto se produce por dicha circunstancia y no, como la subrogación convencional, mediante el acuerdo entre el

asegurado y el asegurador, ya que implica la transmisión del derecho con, sin o contra la voluntad del deudor (Teoría General del Seguro, Temis 1984, pag. 162).

Es importante tener en cuenta este aserto ya que efectuado el pago, todos los derechos y acciones que tenía el asegurado contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de la aseguradora que hizo el pago.

'Este aspecto es el que impide que el asegurado puede ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido ese pago, porque aquel nada tendrá en su patrimonio cuando celebre el convenio de cesión.

... Este doble juego no está permitido en la ley. La segunda cesión carece de validez, por cuanto cuando el cedente la hace a favor del cesionario, aquél ya no tiene los derechos que cede en su patrimonio, porque estos están ya radicados en el del cesionario. Puede hablarse entonces, que ésta última operación es inexistente, por carecer de objeto.

Pero, aún aceptando que no fuera inexistente, si lo que se pretende con esta cesión es dejar sin efectos la subrogación legal contemplada en el artículo 1096 del Co. de Co. o gobernar la relación asegurado-asegurador luego del pago por otras reglas diferentes, el convenio sería absolutamente nulo por objeto ilícito... Piensa la Sala que las Aseguradoras tomaron la vía de la cesión civil con miras a hurtarle el cuerpo a la jurisprudencia de la Sala, elaborada en torno a los efectos y alcances de la subrogación legal contemplada en el artículo 1096 del Co. de Comercio y a la oportunidad de los certificados de seguro expedidos con imputación a las pólizas automáticas o flotantes'."

(Fols. 45-50)

Cita la sentencia a renglón seguido conceptos del tratadista J. Efrén Ossa sobre la subrogación legal y la cesión de derechos y luego comenta:

"Por lo que hace relación a la Póliza No. 44274-9, se tiene que ella se aportó al proceso en fotocopia que no reúne los requisitos de ley, pues el Notario se limitó a estampar un sello que dice: 'Que la presente fotocopia coincide con un documento similar que ha tenido a la vista', sin hacer las precisiones exigidas por el artículo 253 del C. de P. Civil. Esta misma realidad lleva al sentenciador a no considerar el Certificado de Seguro No. 188-964, que obra al folio 16 del Cuaderno No. 1, Expediente 3422, pues adolece de la misma deficiencia.

Las consideraciones anteriores son suficientes para despachar negativamente las súplicas de la demanda." (Fols. 45-52).

Refiriéndose luego al proceso 4007, discurre la sentencia:

"La Sala no puede dejar sin valoración jurídica el alcance de la que dio lugar al proceso No. 4007. Con ella, indiscutiblemente se dio origen a una conducta procesal indebida, pues no tiene presentación de ninguna naturaleza intentar adicionar o corregir la demanda que se presentó el día 29 de septiembre de 1981, y que dio origen al proceso No. 3422, acudiendo al expediente de presentar una nueva, diecinueve meses después, cuando ya había precluido el término para reformarla. Es indiscutible que el Consejero Conductor del proceso ha debido inadmitirla en su momento, pero ello no abona la conducta del demandante. Es incuestionable que el principio general de la buena fe debe informar el inicio y desarrollo del proceso por lo que en su nombre debe negarse la legitimación procesal a la parte que por senderos no autorizados por la normatividad jurídica pretende hacer lo que no les es permitido hacer, yendo inclusive contra sus actos propios. La conducta procesal del apoderado de la parte actora, dentro del proceso No. 4007 es violatoria de lo preceptuado en los artículos 71 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que impone a las partes y a sus apoderados el deber de: 'Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales'. Al tratar el tema de la temeridad Couture en su 'Vocabulario Jurídico' enseña que es: 'Actitud de quien afirma hecho o *se conduce sin fundamentos o motivos, con conciencia de la propia sin razón*'. Para Colombo es temeraria: 'La demanda o la residencia del demandado cuando además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico son arbitrarias por basarse en hechos inventados o *ser jurídicamente absurdas, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón, o conciencia de la indiscutibilidad por parte del que litiga*'. (Citas tomadas de la obra *Ética del Abogado. Conducta procesal indebida*, Rodolfo Luis Vigo. Abeledo Perrot, págs. 108 y ss.ss).

La realidad procesal que se deja valorada lleva al sentenciador a condenar al pago de los perjuicios que se hayan causado con la conducta procesal indebida, los cuales se liquidarán en la forma establecida en el artículo 308 del Co. de P. Civil, tal como lo autoriza el artículo 72 de la misma obra. El apoderado dentro del proceso 4007 es responsable en forma solidaria con la sociedad demandante del pago de los perjuicios y de las costas del proceso. Su conducta deberá ser examinada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para lo relativo a las faltas contra la ética profesional como lo preceptúa el artículo 73 del mismo estatuto... "

(Fols. 52-53)

III.-EL RECURSO.-

Se interpuso a nombre de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. en escrito visible a folios 72 a 96 del Cuaderno No. 1 (Exp. A-044) y se refiere, como atrás se hizo notar, a los procesos radicados bajo los números 3422 y 4007.

El recurrente comienza por aclarar que la sentencia se impugna en cuanto "se denegaron las peticiones contenidas en la demanda radicada en el proceso No. 3422" (Fols. 73, 79) y que "la acción intentada en este proceso se fundó en el artículo 1096 del Código de Comercio" (Fol. 77). Tras presentar una síntesis de los hechos materia del litigio con inclusión de las peticiones formuladas en la demanda, procede a "exponer, en el mismo orden que trae la sentencia, las razones jurídicas que tuvo la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para resolver desfavorablemente las peticiones de la demanda incoada en el proceso 3422", para lo cual transcribe los textos pertinentes.

Formula el recurrente tres cargos.

1.- *Primer cargo.*

"Se acusa a la sentencia, por la causal prevista en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, es decir, por violación directa de la ley sustantiva, por falta de aplicación del artículo 1096 del Código de Comercio.

La falta de aplicación del mencionado artículo 1096 del Código de Comercio, proviene de una errónea interpretación de los artículos 1036; 1046; 1047 y 1050 del Código de Comercio.

El artículo 1036 del Código de Comercio, que se interpretó erróneamente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, preceptúa: 'el seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva'.

'El contrato de seguro *se perfecciona* desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza'.

Y el artículo 1046 del Código de Comercio dispone: 'el documento por medio del cual *se perfecciona y prueba* el contrato de seguro se denomina póliza...'

El artículo 1047 del Código de Comercio señala lo que debe expresar la póliza de seguro, además de las condiciones generales del contrato, en 11 ordinales y un párrafo.

El artículo 1050 del mismo código señala: ‘la póliza flotante y la automática, se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificados de seguro, o por otros medios sancionados por la costumbre.’

Ya vimos, a la página 46 de la sentencia (Folio 124), cómo la Sala se reafirma en el sentido de considerar que no basta que la póliza automática tenga fecha de expedición anterior al siniestro, sino que se requiere que el certificado de seguro expedido con imputación a la misma, también sea anterior en el tiempo.

En efecto, transcribo la parte pertinente de lo dicho por la Sala así:

‘Respecto de los certificados Nos. 196505; 196506 y 203807, la Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que... *el contrato de seguro se perfecciona con la suscripción de la respectiva póliza y que ésta viene a ser prueba en los seguros ordinarios, tal como lo da a entender inequívocamente el artículo 1046 del Código de Comercio*. Pero frente a los seguros automáticos o flotantes, la ley exige un requisito adicional, cual es la suscripción de un certificado o documento posterior en el que se determinen los bienes que quedan cubiertos con los riesgos señalados en la póliza. El texto del artículo 1050 del mismo estatuto, no permite otra interpretación y mientras esa identificación no se produzca, no habrá nacido para el asegurado el derecho de exigir el cubrimiento ni para la aseguradora la obligación correlativa.

... En principio, el seguro responde a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un siniestro pretérito ...’ (Jurisprudencia y Doctrina. Tomo XI número 124 abril de 1982 páginas 361 y siguientes. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo)´.

Del texto de los artículos ya citados se ve diáfamanamente, ya que su sentido es claro, natural y obvio, que la ley no exige en parte alguna que, para que el contrato de seguro se perfeccione, es necesario que en la póliza automática de transporte de mercancías, el certificado de seguro que se expida tenga fecha anterior a la de ocurrencia del siniestro. Tanto los artículos 1036 como 1046 del mismo código, establecen unas condiciones ‘*ad-substantiam actus*’ y ‘*ad-probationem*’. No exigen, tales normas, en parte alguna, que en tratándose de pólizas automáticas o flotantes, se expida un certificado de seguro de fecha *anterior al siniestro*, pues no es el certificado el que prueba el contrato, su existencia y validez, sino la póliza suscrita o firmada por el asegurador.

Para recalcar, aún más, la contradicción existente entre el texto de la ley, en sus artículos 1036, 1046, 1047 y 1050 del Código de Comercio y el aparte de la sentencia que se acaba de mencionar, transcribo, lo sustancial a este respecto, expuesto en el magistral salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo dentro de este mismo expediente, que aparece a la página 2 (folio 135) del mismo: 'B)- El artículo 1047 del Código de Comercio establece, en 11 ordinales y un párrafo, qué debe expresar la póliza de seguro. Para los efectos de la presente salvidad de voto, resulta innecesario reseñar el contenido de esos ordinales y comentarlos. Pero sí es indispensable precisar aquí, que no todas las pólizas de seguro deben contener necesariamente los datos a que se refiere la mencionada disposición, pues que en disposición posterior del propio código, (artículo 1050) se regula lo referente a la póliza flotante y a la automática -que son diferentes entre si- a cuyo propósito el precepto últimamente citado expresa que ellas *'se limitarán* a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en *declaraciones posteriores*. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, *certificado de seguro* o por otros medios sancionados por la costumbre'. (Las sublíneas no son del texto).

'Si, pues, el de seguro es un contrato solemne que se forma y prueba mediante un documento especial denominado 'póliza'; si, de otra parte, la consensualidad es, en materia mercantil, la regla y la solemnidad la excepción, en forma tal, que el acto solemne solo puede exigirse en los casos expresamente contemplados en las leyes (Código de Comercio artículo 824); y si, finalmente, no existe disposición legal alguna que de manera explícita exija como requisito esencial de la póliza automática la suscripción del 'certificado de seguro', no se ve cómo la jurisprudencia de la cual me aparto pueda sostener, sin incurrir en palmario desconocimiento de las normas y principios citados, que si bien el contrato de seguro se perfecciona y prueba con la póliza, ello solo es cierto en los que la Sala denomina 'seguros ordinarios', pero no en el caso de los que se instrumentan en pólizas automáticas, en los cuales -al decir de la opinión de la cual disiento- 'la ley exige un requisito adicional, cual es la suscripción de un certificado o documento posterior en el que se determinen los bienes que queden cubiertos con los riesgos señalados en la póliza'. Esa afirmación vulnera en materia grave el ordenamiento jurídico del país, pues equivale a consagrar jurisprudencialmente una forma o solemnidad que solo la ley puede imponer y que ésta, en parte alguna ha establecido.'

A-) CONCEPTO DE LA VIOLACION DE LAS NORMAS LEGALES CONCRETAS E INCIDENCIA DE LA MISMA EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA.

1) La errónea interpretación de los artículos 1036; 1046; 1047 y 1050 del Código de Comercio, incidieron en la violación directa del artículo 1096 del mismo estatuto mercantil, pues el juez NO APLICÓ, debiendo hacerlo, esta última disposición legal, ya que EFECTUADO EL PAGO (hecho admitido en la sentencia, a la página 47, consideración segunda), su consecuencia jurídica necesaria, realizado y admitido como ésta, el supuesto de hecho de la norma (el pago) era la que el asegurador quedara 'ipso jure' subrogado en los derechos del asegurado contra la persona responsable de la pérdida.

La incidencia de la violación de la ley, por falta de aplicación del artículo 1096 del Código de Comercio, en la parte resolutive del fallo, es evidente y aparece de bulto cuando FALLA en los siguientes términos:

‘1) Deniéganse las súplicas de las demandas que dieron lugar a los procesos 3422 ... en que figura como actor la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. y como demandada la Empresa Puertos de Colombia - Colpuertos-, por las razones indicadas en los considerandos de la presente providencia.’

Y ya vimos que los motivos del fallador para no aplicar el artículo 1096 del Código de Comercio, se remontan a lo que ha expuesto la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la equivocada jurisprudencia anterior que viene desde el año 1978 (ver expedientes Nos. 2891 de febrero 23 y 3059 de agosto 2, de 1982; 3109 y 2880 de 6 de mayo de 1982. Especialmente en el expediente 3734 de fecha 27 de febrero de 1986, con salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Irisarri) y que la Sala reitera a la página 46 de la sentencia que impugnó por medio de este recurso extraordinario de anulación, cuando dice, refiriéndose a la fecha en que los certificados de seguro (que para ella perfecciona y prueba el contrato de seguro de transporte de mercancías) fueron expedidos: ‘de estos documentos, solo el primero fue expedido con anterioridad al momento en que ocurrió el incendio. Todos los demás, lo fueron con posterioridad...’. Respecto de los certificados Nos. 196505; 196506 y 203807, la Sala reitera la jurisprudencia en el sentido de que ... el contrato de seguro se perfecciona con la suscripción de la respectiva póliza y que esta viene a ser prueba en los seguros ordinarios, tal como lo da a entender inequívocamente el artículo 1046 del Código de Comercio. Pero frente a los seguros automáticos o flotantes, la ley exige un requisito adicional, cual es la suscripción de un certificado o documento posterior en el que se determinen los bienes que quedan cubiertos con los riesgos (sic) señalados en la póliza. El texto del artículo 1050 del mismo estatuto no permite otra interpretación y mientras esa identificación no se produzca no habrá nacido para el asegurado el derecho de exigir el cubrimiento ni para la aseguradora la obligación correlativa’.

... En principio, el seguro responde a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un siniestro pretérito... (Jurisprudencia y Doctrina Tomo XI número 124 abril de 1982 página 361 y siguientes Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.)

2) El pago es inválido para la sentencia, conforme a la jurisprudencia anterior, que no permite la subrogación al asegurador, porque aquel tiene por causa un contrato de seguro válido, y éste es inválido según tal tesis, puesto que no basta solo la suscripción de la póliza por parte del asegurador (artículo 1036 y 1046 del Código de Comercio), para que el contrato se perfeccione y pruebe, sino que además, se requiere en requisito 'adicional' cual es el de que el certificado de seguro de transporte que se expida en aplicación a ella, tenga *fecha anterior* al siniestro.

3) Un pago celebrado en tales condiciones (tal como se reitera en el expediente 2880 de fecha 6 de mayo de 1982, página 12) y que la sentencia que acuso reitera en su parte considerativa, es inválido por que 'no hay duda dice el fallo del 6 de mayo de 1982 expediente 2880 ... de que si al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, el riesgo se ha realizado, dicho contrato no produce efecto alguno, conforme al artículo 1045 citado ...'

Y ya vimos, según la errónea interpretación que da el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con una honrosa excepción, a los artículos 1036, 1046, 1047 y 1050 del Código de Comercio, como es a partir de la expedición del certificado de seguro cuando el contrato de seguro queda perfecto, todo siniestro (artículo 1054 del Código de Comercio) ocurrido ANTES de que el contrato de seguro se perfeccione, es un hecho cierto, por consiguiente no existe como riesgo y es, por tanto, extraño al contrato de seguro.

4) La consecuencia es de que se aplique indebidamente el artículo 1045 del Código de Comercio al considerar que faltan dos elementos esenciales del contrato de seguro: riesgo asegurable y obligación condicional del asegurador (artículo 1530 del Código Civil), *cuando en realidad existen*, y considerar por esa circunstancia que, 'el contrato de seguro no produce efecto alguno' cuando en realidad, siendo que posee todos sus elementos esenciales sirve, si se hubiera aplicado correctamente el mencionado artículo 1045, para fundamentar el 'pago válido' que hubiera legitimado en la causa al asegurador para reclamar contra el responsable de la pérdida, conforme al artículo 1096 del Código de Comercio.

5) Se produce así, igualmente, una aplicación indebida del artículo 1054 del Código de Comercio, al considerar como '*hecho cierto*', extraño al contrato de seguro, lo que era '*suceso incierto*' a partir del

perfeccionamiento del contrato o suscripción de la póliza por parte del asegurador.

6) Ocurre igualmente una aplicación indebida del artículo 1530 del Código Civil, al estimar la sentencia como 'riesgo ya ocurrido' lo que es una obligación condicional (la que asume el asegurador) o sea, la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (el siniestro). O sea que, entendida rectamente la norma - como dice Hernando Morales en su libro Técnica de Casación Civil, ediciones rosaristas 1983 página 132-9) se le hace producir efectos distintos de los competentes por la misma norma.

No cabe duda tampoco de que el artículo 1096 del Código de Comercio, que se violó, tiene carácter sustancial o sustantivo, si nos atenemos a conceptos reiterados por la Corte Suprema de Justicia cuando dice (obra citada página 105): 'bien sabido se tiene que sólo es sustancial la norma declaratoria o atributiva de un derecho subjetivo, en cuya virtud el titular activo de la relación respectiva, está investido de poder jurídico para hacer valer la situación a su favor que esa norma consagra y es así, en orden al reconocimiento, tutela y eficacia de los derechos de tal especie, como se encuentran establecidos los procesos y el sistema probatorio, cuyas reglas en cuanto se limitan a este servicio, tienen apenas un carácter instrumental, a diferencia de los preceptos sustanciales que llevan en sí su propio fin, esto es, la consagración de los llamados derechos subjetivos'.

Como muy acertadamente señala el Honorable Magistrado que salvó el voto, Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, a la página 7 del mismo, 'en el seguro de transporte contratado bajo la modalidad de póliza automática no es posible, al concluirse el contrato, especificar con precisión la totalidad de los elementos del contrato, más la póliza que lo recoge, si versa sobre todos ellos, al menos genéricamente. No están todos determinados en la póliza *pero son determinables*, como lo reclama el artículo 1518 del Código Civil. 'La póliza automática de seguro de transportes, v. y gr.(sic), amén del asegurador y del asegurado, define genéricamente la naturaleza de los intereses objeto del seguro, delimita los riesgos a cargo del asegurador, circunscribe las órbitas de su aplicación (importaciones, exportaciones, despachos locales), estipula la vigencia, que puede ser definida o indefinida (es una póliza de tiempo según el artículo 1710 del Código de Comercio), determina la responsabilidad máxima por despacho, señala las bases para la fijación de la suma asegurada lo mismo que el criterio general para la liquidación de la prima a cargo del asegurado. Pero lo fundamental del contrato, su causa, el motivo que induce a su celebración es, sin duda, *la automaticidad* de los seguros sucesivos, subordinada al marco de presupuestos de que se ha hecho mención y que, como tal, tanto obliga

al asegurado como al asegurador'. (J. Efrén Ossa Gómez 'TEORIA GENERAL DEL SEGURO', Temis, Bogotá, 1984, página 251). Se trata, pues, y es lo que la opinión mayoritaria no ha logrado precisar de un contrato de seguro válido, definitivo y único, que tiene por virtualidad cubrir dentro de los límites que para cada caso particular convengan las partes que lo celebran, los riesgos asegurables que paulatinamente van apareciendo en el desarrollo de la actividad amparada. 'Las pólizas automáticas se llaman precisamente así -enseña Bustamante Ferrer- por que el asegurador, dentro las condiciones generales establecidas ampara los riesgos convenidos desde que principian a correr, aunque los avisos le lleguen posteriormente y el certificado se expida aún después de realizado el riesgo (MANUAL DE PRINCIPIOS JURIDICOS DEL SEGURO, Temis Bogotá 1983 página 99).'

En idéntico sentido se pronuncian otros eminentes tratadistas del derecho de seguros (con excepción obviamente del suscrito), tales como lo doctores José Fernando Torres ('El seguro Automático del Seguro de Mercancías' en el Informativo Jurídico de Fasecolda No. 38, septiembre de 1982), Saúl Florez Enciso (El Contrato de Seguro, editorial Derecho y Ley Bogotá 1982 páginas 111 y siguientes) Y Germán González Cajiao (Póliza automática de Transporte y Certificado de Seguro, en informativo Jurídico de Fasecolda, No. 15, de septiembre de 1979).

Y siendo un contrato de Seguro válido, con las características anotadas, mal puede sostenerse que las indemnizaciones que cubra la Compañía aseguradora para pagar siniestros amparados por la póliza y ocurridos dentro del lapso de su vigencia, carezcan de causa, o sea pagos inválidos que no dan derecho a que el asegurador repita contra el responsable, en los términos del artículo 1096 del Código de Comercio."(Fols. 85-91)

IV.-CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

De los planteamientos de la sentencia impugnada que específicamente censura la parte recurrente, se infiere que la tesis medular en que se basa la decisión adversa a la pretensiones de la demanda consiste en que, conforme a reiterada jurisprudencia de la misma Sección Tercera respecto del alcance del artículo 1050 del Código de Comercio, el contrato de seguro automático o flotante no se perfecciona sin el requisito adicional de un certificado en que se determinen los bienes cubiertos, el cual debe suscribirse antes de la ocurrencia del siniestro asegurado para que la subrogación de que trata el artículo 1096 produzca efectos legales.

Explica la sentencia que en el caso *sub lite* en que las pretensiones se apoyan en la figuras de CESION de derechos y acciones SUBROGACION,

ninguna de las dos tiene cabida: no opera la *cesión* porque, según el artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador que pague la indemnización se subroga por ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra los responsables del siniestro, en forma que, efectuado el pago, los derechos y acciones del asegurado pasan automáticamente al patrimonio del asegurador y aquél *ya no puede cederlos* pues han salido de su patrimonio. Tampoco opera la *subrogación* por cuanto los certificados de seguro, salvo el primero, son posteriores a la ocurrencia del siniestro.

La censura, tras aclarar que solamente impugna la sentencia en cuanto por ella se denegaron las pretensiones del proceso 3422 (ver folios 13-14 de esta providencia), alega falta de aplicación del artículo 1096 del Código de Comercio a consecuencia de errónea interpretación de los artículos 1036, 1046, 1047 y 1050 de la misma codificación, en razón de que ninguna de esas disposiciones exige para la perfección del contrato de seguro que el Certificado vinculado al mismo tenga fecha anterior a la ocurrencia del siniestro, pues "no es el Certificado el que prueba el contrato, su existencia y validez, sino la póliza suscrita o firmada por el asegurador."

Este es, en síntesis, el alcance del primer cargo formulado contra la sentencia.

Se analizan a continuación las normas invocadas, previa transcripción de los correspondientes textos.

Artículo 1036.- El seguro es un contrato solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El contrato de seguros se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza.

Artículo 1046.- El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse, en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición.

Artículo 1047.- La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

- 1º) La razón o denominación social del asegurador;
- 2º) El nombre del tomador;
- 3º) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de indentificarlos, si fueren distintos del tomador;
- 4º) La calidad en que actúe el tomador del seguro;

- 5º) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;
- 6º) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;
- 7º) La suma asegurada o el modo de precisarla;
- 8º) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;
- 9º) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo;
- 10º) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y
- 11º) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

Parágrafo.- Se tendrán como condiciones generales del contrato, aunque no hayan sido consignadas por escrito, las aprobadas por la autoridad competente para el respectivo asegurador en relación con el seguro pactado, salvo las relativas a riesgos no asumidos.

Artículo 1050.- La póliza flotante y la automática se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre.

Artículo 1096.- El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el danmificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada."

De los textos preinsertos cabe destacar en breve análisis los aspectos pertinentes.

I) El contrato de seguro es *bilateral* porque crea obligaciones recíprocas para el asegurador y el tomador; es *oneroso* porque compromete al primero a compensar el siniestro y al segundo a reconocer el valor de la prima; es *aleatorio* en razón de la contingencia a que quedan sometidas las partes, y finalmente, es de ejecución sucesiva por su cumplimiento progresivo, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea.

II) El contrato de seguro *se perfecciona*, pura y simplemente, con la suscripción de la póliza, cuya fecha es la del contrato.

III) La póliza es también *la prueba del contrato*: ella contiene las condiciones generales del convenio, particularmente aquellas de que trata el artículo 1047 transcrito, y debe ser firmada solamente por el asegurador.

IV) Para producir los efectos jurídicos que le son propios no requiere la póliza de documento adicional alguno en que intervengan el asegurador y el tomador. En tal virtud, no puede afirmarse, sin desconocer el texto legal, que el Certificado de Seguro se integre con la póliza para que éste tenga validez y eficacia plenas. A aquél corresponde simplemente señalar circunstancias puramente accesorias o suplementarias, según lo define el artículo 1117 del mismo Código. Es un anexo a la póliza que no afecta su esencia por no ser parte del cuerpo de la misma y consiguientemente puede expedirse antes de correrse el riesgo o después de haber ocurrido el siniestro. No deja, a este respecto, sombra alguna de duda el texto del artículo 1050 arriba transcrito, con referencia a la póliza flotante y la automática: el Certificado de Seguro es una de las formas posibles de consignar "declaraciones posteriores."

V) Pese a tener características propias, la póliza automática no difiere de la póliza común ni en su naturaleza jurídica ni en sus elementos constitutivos. Es simplemente *sui generis* en cuanto no requiere para su validez de formalidades tales como la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo que no significa que no tenga interés asegurable: lo tiene pero se consigna en el certificado de seguro o "por otros medios sancionados por la costumbre", según enseña el artículo 1050 del Código de Comercio.

La razón de ser del Certificado de Seguro es, como se deduce del citado precepto, identificar o individualizar la mercancía despachada que se encuentra amparada contra los riesgos cubiertos por la póliza, lo que tiene pleno sentido en el contexto del artículo 1118 del C. Co., cuyo tenor es como sigue:

"Art. 1118.- La responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o a la de sus dependientes, y concluye con la entrega al destinatario.

Con todo, esta responsabilidad podrá extenderse, a voluntad de las partes, a cubrir la permanencia de los bienes asegurados en los lugares iniciales o finales del trayecto asegurado."

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que el artículo 1050 habla del *contrato* y de "otros datos necesarios para su individualización", vale decir, la norma parte del supuesto de que el contrato existe legalmente celebrado.

De los textos legales analizados se impone la conclusión de que tiene razón la parte recurrente al censurar el entendimiento que la Sección Tercera dio a los mismos en el sentido de que el contrato de seguro automático sólo se perfecciona al suscribirse el Certificado de Seguro, que viene a ser, en tal concepción, de la esencia de aquél. En consecuencia, carece de respaldo legal la exigencia, reclamada en la sentencia, de que el Certificado sea suscrito con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

En tal virtud y a manera de recapitulación, es del caso formular las siguientes conclusiones:

- a).- El seguro automático, al igual que cualquier otro contrato de seguro, se perfecciona al suscribir el asegurador la póliza que lo contiene, sin que requiera documento adicional alguno para alcanzar su plenitud legal.
- b).- En la póliza automática aparecen definidos en abstracto el interés y el riesgo asegurables y consignadas las condiciones generales del seguro.
- c).- El certificado de seguro cumple una función suplementaria y tiene carácter probatorio sólo en cuanto a los aspectos no determinados en la póliza.
- d).- La responsabilidad del asegurador surge cuando las mercancías quedan a disposición del transportador y termina con su entrega al destinatario.
- e).- La expedición de los certificados de seguro es válida aunque ya se haya corrido el riesgo o se haya producido el siniestro.

Siendo ello así, obvio es que asiste la razón al recurrente, pues evidentemente se dan las circunstancias de la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, vale decir, se subroga el asegurador que paga la indemnización en los derechos del asegurado y puede ejercitar las mismas acciones de éste contra los responsables del siniestro. Obedece este postulado a razones de equidad y a principios universalmente aceptados en la legislación de seguros.

No lo entendió así la sentencia recurrida, que desde un principio había puesto el acento en que "sea con la tesis de la SUBROGACION o con la de la CESION, las demandas que dieron lugar a los procesos Nos. 3422 y 4007 no están llamadas a prosperar..."

Tiene razón, sin duda, en cuanto a la CESION, pues la SUBROGACION se efectúa *ipso jure* por el solo hecho del pago de la indemnización por la aseguradora, y, "tal como lo sostiene el profesor Efrén Ossa, el efecto se produce por dicha circunstancia y no, como la *subrogación convencional*,

mediante el acuerdo entre el asegurado y el asegurador, ya que implica la transmisión del derecho con, sin o contra la voluntad del deudor (Teoría General del Seguro, Temis 1984, pág. 162)."

Efectivamente el citado tratadista censura la estipulación contractual por la cual el asegurado se obliga a ceder al asegurador sus derechos contra el responsable del siniestro y concluye que ese procedimiento carece de valor, aclarando que tal cosa ocurre en el supuesto de que la indemnización aún no haya sido cubierta al damnificado porque, "en caso afirmativo, el derecho del asegurado, en la medida de aquella, se entiende incorporado al patrimonio del asegurador". "Teoría General del Seguro". Efrén Ossa, Editorial TEMIS 1984, pág. 181).

Resulta oportuna y pertinente tal aclaración, dado que la cesión es viable en tanto el asegurador no haya solucionado el valor del siniestro. De otro lado, la cesión verificada después de indemnizado el asegurado es inoperante y superflua por cuanto, según se ha visto, la subrogación se produce por mandato legal y, desde luego, prevalece sobre la estipulación contractual, dado el carácter sustantivo e imperativo de la norma en mención.

En conclusión, la violación del artículo 1096 del C.Co., por falta de aplicación, es incuestionable, por cuanto el fallador ignoró la subrogación efectuada en el *sub lite*. Síguese de ello que la ASEGURADORA COLSEGUROS, al subrogarse *ipso jure* en los derechos del asegurado, estaba legitimada para accionar contra la Empresa Puertos de Colombia, independientemente de la CESION efectuada por acuerdo *inter partes*.

Prospera el cargo y, por lo mismo, no será necesario examinar los dos cargos restantes.

V.- CONSIDERACIONES PARA EL FALLO DE INSTANCIA.-

En demanda presentada por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. contra la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA -Colpuertos- en septiembre 29 de 1981 (proceso No. 3422) se formulan las siguientes peticiones:

"PRIMERA : Que por los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo, para el juicio indemnizatorio de mayor cuantía, se declare a la Empresa Puertos de Colombia -Colpuertos- Civil o administrativamente responsable, por razón de la pérdida de 317 cajas que contenían partes y piezas para el ensamble de vehículos Renault, que aparecen debidamente especificados y valorados en los documentos que, como pruebas anticipadas, se anexan a esta Demanda, y a los documentos que aportaré oportunamente dentro del proceso.

SEGUNDA : Que en consecuencia, se CONDENE a la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos) y conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, al pago de la suma de Cuarenta y Cuatro Millones Cuatrocientos Noventa y Cinco Mil Quinientos Doce Pesos (\$44'495.512.00), suma anterior que se discrimina así: Para la firma, 'SOCIEDAD DE FABRICACION DE AUTOMOTORES (SOFASA) S.A.', la suma de Treinta y Ocho Millones Cero Setenta y Nueve Mil Setecientos Siete Pesos (\$38'079.707.00); y para la firma METALMECANICA COLOMBIANA LTDA. (METALCOL), la suma de Seis Millones Cuatrocientos Quince Mil Ochocientos Cinco Pesos (\$6'415.805.00), o hasta la suma que resulte probada de Autos, valor de la pérdida en la importación efectuada por las firmas SOFASA S.A. y METALCOL LTDA., pérdida que fue indemnizada por mi Poderdante, por concepto de daño emergente.-

TERCERA : Que, SE CONDENE a la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos) y conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, a pagar a mi Poderdante, como lucro cesante, los intereses corrientes sobre la suma de \$44'495.512.00, *desde el momento en que se produjo el daño en el patrimonio de mi Poderdante, (22 de Abril de 1980), hasta el día en que el pago se efectuó.*" (Fol. 40)

Los hechos se narran a folios 31 a 34 y, como a ellos se hace frecuente referencia en folios anteriores, no es necesario reproducirlos en este lugar.

1.- Está acreditado que el día 22 de abril de 1980, a eso de las tres de la tarde, se produjo un incendio de grandes proporciones en el Patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena y que, a consecuencia del mismo, se destruyeron 317 cajas que contenían piezas y partes sueltas de vehículos Renault importadas por las firmas SOFASA S.A. y METALCOL LTDA., las que habían sido previamente depositadas por la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA en el Patio Incendiado a su llegada a Cartagena en el vapor Tranch Bank.

Para evidenciar el siniestro y sus consecuencia, se aportaron los siguientes elementos de juicio:

- En el Acta de la Avería fechada el 27 de mayo de 1980 y suscrita por funcionarios de Colpuertos y Roldán y Compañía, se hace constar que el vapor Tranch Bank descargó el 16 de abril de 1980 seiscientos sesenta y una cajas que contenían piezas para vehículos, con pesos bruto declarado de 756.707 kilos y marcados SOFASA, las que fueron almacenadas en el Patio número 10, y que el 22 de abril de 1980 se presentó en dicho patio un incendio que consumió totalmente 317 cajas (Fol. 298. Cuaderno No. 1, Exp. No. 3682).

- El monto total del siniestro fue establecido por la firma ajustadora de seguros Hudson Ltda. en la suma de \$44.495.512.00 (Fols. 1-8, Cuad. No. 3, Exp. 3422). El documento se encuentra debidamente reconocido por el doctor Alfredo Cantor Silva, subgerente de la firma ajustadora, quien ratificó los indicados valores (Fols. 182-184, Cuad. No. 1.3, Exp. 3422). Se hace notar que el Doctor Cantor tuvo en cuenta las facturas comerciales, lista de empaques, conocimientos de embarque, cuentas de fletes, manifiesto, registro de importación, factura de reposición de partes afectadas por el incendio, facturas consulares y primas de seguro, lo que da a su peritación una gran seriedad e idoneidad técnica.

- La mercancía se encontraba amparada por pólizas de seguro otorgadas por la Aseguradora Colseguros S.A., así:

a.- Las importadas por la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. -SOFASA-, por la póliza automática No. 42726-1 de diciembre 18 de 1975 y su cláusula adicional No. 3 de febrero 23 de 1978, documentos aportados en original (Fols. 7-11, Cuad. No. 1 Exp. 3422).

b.- Los certificados de seguro correspondientes a la póliza No. 42726-1 a favor de SOFASA, a saber, No. 188962 de marzo 21 de 1980, 196505 de julio 28 de 1980, 196506 de julio 28 de 1980 y 203807 de febrero 17 de 1981, en fotocopia auténtica los tres últimos (Fls. 22, 23, 32, Cuad. No. 1, Exp. 3682).

- La mercancía importada por Metal Mecánica Colombiana Ltda. -METALCOL- estaba amparada por la póliza automática No. 44274-9 de abril 3 de 1979, con cláusula adicional No. 44274 y 44277 de julio 9 de 1979, allegadas en fotocopia auténtica (Fols. 65-72, Cuad. No. 1, Exp. 3682). El certificado de Seguro correspondiente a la póliza 44274-9 llega el número 188964 de marzo 21 de 1980, y se aportó en fotocopia auténtica (Fol. 31, Cuad. No. 1, Exp. 3682).

En este punto, es preciso aclarar que la alegada falta de autenticidad del documento contentivo de la póliza No. 44274-9 y de su certificado de seguro No. 188964 que obran en el expediente 3422, se subsana en el proceso 3682, acumulado al anterior junto con el 4007 mediante auto de mayo 17 de 1984 (Fols. 23-27, Cuad. No. 1, Proceso 4007).

2.- La empresa PUERTOS DE COLOMBIA es una entidad descentralizada del orden nacional, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. La ley 154 de 1959 creó a Puertos de Colombia como una empresa comercial del Estado. El decreto-ley 1174 de 1980 que la reestructura, señala que funcionará como una empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que tendrá la administración, explotación, conservación y vigilancia de los

terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura y Cartagena, entre otros. Entre sus varias funciones, conforme a dicho estatuto, está la de "organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga" en sus terminales, con el "mantenimiento de la instalaciones y equipos necesarios para el normal funcionamiento del Terminal" (artículos 3º y 6º).

Cierto es que, conforme al artículo 31 del decreto ley 3130 de 1968, los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, la misma norma señala que "aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, *son actos administrativos*."

De los presupuestos reseñados se infiere que la empresa demandada comprometió su responsabilidad en la forma que determina el artículo 2º del decreto-ley 630 de 1942, del siguiente tenor:

"Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de mercancías por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta cuando se considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje."

Dado que esta norma consagraba la responsabilidad objetiva de la administración mediante definición legal, y que los hechos ocurrieron bajo su vigencia, no es menester, en este caso, demostrar la responsabilidad o culpa subjetiva para que se configure el derecho a la indemnización.

En tal virtud, acreditado como está el ingreso de las mercancías al patio 10 del Terminal Marítimo de Cartagena y la destrucción de 317 cajas por el incendio que se produjo el 22 de abril de 1980 en este patio, surge la responsabilidad objetiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA y la consiguiente obligación de resarcir al propietario damnificado.

3.- Propuso la parte demandada las excepciones de inexistencia de la obligación y fuerza mayor o ausencia de culpa (Fols. 1-2, Cad. No. 2, Exp. 3422). Se apoya la primera en que los certificados de seguro fueron expedidos con posterioridad al 22 de abril de 1980, fecha del siniestro, por lo que no existía interés asegurable en ese momento ni podía haber lugar a la subrogación legal, en consecuencia.

Sobre este argumento se discurrió con alguna extensión en folios anteriores, donde se tuvo en cuenta, además, la reciente jurisprudencia de Sala Plena sobre la materia. Conviene recordar, por otra parte, que en el seguro de transporte la individualización del riesgo se hace en función del *trayecto asegurado*, fuera del cual el seguro no da origen a la obligación condicional del asegurador.

Pues bien, tanto en la póliza 42726-1 como en la 44274-9 se precisó que el trayecto asegurado comprendía "cualquier lugar del mundo hasta puertos colombianos".

Ello significa que sí existía un interés asegurable genérico, como lo requiere el artículo 1083 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta que ese interés, junto con el riesgo asegurable, la obligación condicional del asegurador y la prima, son *elementos esenciales* del contrato de seguro, sin los cuales no produciría efecto alguno según el artículo 1045 de la misma codificación. En cambio, el certificado de seguro no es elemento esencial del contrato, según atrás se puntualizó. Así pues, la subrogación de que trata el artículo 1096 del C. Co. adquiere plena eficacia en el *sub judice*.

Precisa hacer notar, así mismo, que el resarcimiento que el reasegurador hace al asegurador no implica que el responsable del siniestro pueda excepcionar válidamente por razón de ese pago, siendo, como es, un tercero respecto del reasegurador y no estando, por ende, legitimado para tal efecto, según lo define el artículo 1135 del C.Co. al expresar:

"El reaseguro no es un contrato a favor de terceros."

Respecto de la excepción de fuerza mayor, obvio es que corresponde a quien la alega probarla en los casos en que la ley la contempla como eximente de responsabilidad. No obra constancia de ello en autos. Al contrario, aparece un informe suscrito por funcionarios de la empresa demandada y dirigido a su Gerente, en el que aquellos concluyen que fue causa del fuego la autoinflamación de unas pacas de algodón, allí almacenadas (Fols. 300-301, Cuad. No. 1, Exp. 3682), lo que lleva a inferir la culpa objetiva de la administración, juntamente con la subjetiva.

En síntesis, está demostrada la responsabilidad de la administración y no lo están las excepciones propuestas.

4.- Acreditó la Aseguradora Colseguros S.A. haber pagado indemnizaciones por concepto de obligaciones derivadas de contratos de seguros, así:

- A SOFASA S.A. la suma de \$20.000.000 en febrero 20 de 1981 y \$18.079.707 en abril 21 de 1981, para un total de \$38.079.707 (Fols. 26-27, Cuad. No. 1, Exp. 3422);

- A METALCOL LTDA. la suma de \$6.415.805 en abril 21 de 1981 (Fol. 28, Cuad. No. 1, Exp. 3422)

Se acogarán, pues, las pretensiones formuladas en el proceso 3422, al que se refiere expresamente el recurrente según se explica a folio 13 de esta providencia. No se ordenará la actualización, porque ésta aparece solicitada en el proceso 4007, que no fue recurrido.

Si bien se solicita en la demanda, a título de lucro cesante, el pago de los intereses corrientes sobre la suma de \$44.495.512 "desde el momento en que se produjo el daño en el patrimonio de mi poderdante (abril 22 de 1980)", se reconocerán solamente a partir de la fecha en que la Aseguradora solucionó las indemnizaciones, como es obvio.

Finalmente, dado que el certificado de seguro No. 188962 de marzo 21 de 1980 no aparece adecuadamente autenticado en ninguno de los procesos acumulados y de él se derivó un pago indemnizatorio por \$ 638.187 (Fol. 1, Cuad. No. 3, Exp. 3422), se descontará este valor de la suma de \$20.000.000, concretándose así la condena a la suma residual de \$19.361.813.

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

FALLA:

1.- Anúlase la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en mayo 7 de 1987 en los procesos acumulados 3422, 3682 y 4007.

2.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada en el proceso 3422.

3.- Declárase que la Empresa Puertos de Colombia -Colpuertos- es administrativamente responsable de la pérdida de las mercancías a que se refiere esta providencia y, en consecuencia, se le condena a pagar a la Compañía Aseguradora Colseguros S.A.:

A.- La cantidad de \$19.361.813.00, más los intereses corrientes comerciales desde el 20 de febrero de 1981, hasta la ejecutoria de esta sentencia.

B.- La cantidad de \$18.078.707.00, más los intereses corrientes comerciales desde el 21 de abril de 1981 hasta la ejecutoria de este fallo.

C.- La cantidad de \$6.415.805.00, más los intereses corrientes comerciales desde el 21 de abril de 1981 hasta la ejecutoria de esta providencia.

Para el cobro y pago de las anteriores condenas por intereses, se anexarán a la cuenta de cobro las correspondientes certificaciones de la Superintendencia Bancaria sobre la tasa de interés corriente.

4.- Esta sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de agosto de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Presidente; Consuelo Sarria Olcos, con salvamento de voto; Jaime Abella Zárate; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, con salvamento de voto; Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Pablo J. Cáceres Corrales, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano; Gustavo de Greiff Restrepo; Clara Forero de Castro; Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velásquez, Ausente; Alvaro Lecompte Luna; Euclides Londoño Cardona; Carmelo Martínez Conn; Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez; Simón Rodríguez Rodríguez, con salvamento de voto; Rodrigo Vieira Puerta.

COLPUERTOS- Naturaleza de sus actos. RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE -Improcedencia (Salvamento de voto)

Las reestructuraciones ordenadas a Colpuertos por las normas legales cambiaron no solo su naturaleza jurídica, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sus actividades mercantiles se sometieron a las normas de derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles. En consecuencia, la responsabilidad que corresponde a Colpuertos en ejercicio de sus actividades comerciales se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimir las a la jurisdicción ordinaria. La norma invocada en la jurisprudencia fue expedida en el año 1931 y modificada en 1942, fechas en las cuales ni siquiera existía Colpuertos ; por eso allí se habla en términos que hoy resultan jurídicamente inadecuados e inaplicables.

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

Salvamento de voto de los Doctores: **CONSUELO SARRIA OLCOS Y CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA.**

Referencia: Radicación Nº.A-044. Actor : Aseguradora Colseguros S. A.

En la sentencia anterior se afirma :

"La Empresa PUERTOS DE COLOMBIA es una entidad descentralizada del orden nacional, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. La Ley 154 de 1959 creó a Puertos

de Colombia como una empresa comercial del Estado. El decreto-ley 1174 de 1980 que la reestructura, señala que funcionará como una empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que tendrá la administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura y Cartagena, entre otros. Entre sus varias funciones, conforme a dicho estatuto, está la de "organizar y prestar servicios de embarque, de desembarque, movilización y almacenamiento de carga" en sus terminales, con el "mantenimiento de las instalaciones y equipos necesarios para el normal funcionamiento del Terminal". (artículo 3o. y 6o.).

"Ciertamente es que, conforme al artículo 31 del Decreto ley 3130 de 1968, los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, la misma norma señala que "aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son *actos administrativos*".

"De los presupuestos reseñados se infiere que la empresa demandada comprometió su responsabilidad en la forma que determina el artículo 2o. del decreto-ley 630 de 1942, del siguiente tenor:

'Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de mercancías por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta cuando se considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje'.

"Dado que esta norma consagra la responsabilidad objetiva de la administración mediante definición legal, no es menester en estos casos, demostrar la responsabilidad o culpa subjetiva para que se configure el derecho a la indemnización".

Con el debido respeto, no compartimos los anteriores planteamientos por las siguientes consideraciones :

La Empresa Puertos de Colombia, creada por la ley 154 de 1959, fue *reestructurada* por el Decreto 561 de 1975 y definida entonces como una "empresa comercial del Estado", *sometida en sus actividades comerciales a normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria* y regulada por el derecho público cuando ejerciera funciones administrativas a través de actos administrativos. (artículos 1o. y 29 del Decreto 561 de 1975).

La Empresa Puertos de Colombia fue nuevamente reestructurada por el Decreto 1174 de 1980, y en dicha norma se volvió a definir como "empresa comercial del Estado" y se dispuso que su régimen jurídico "sería el previsto para la actividad y funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado. (artículo 24).

El Decreto 1174 de 1980 , con relación a las actividades de la Empresa, precisa que :

"En los términos del presente Decreto, la Empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno . Así mismo, en el caso de instalaciones de carácter privado tendrá a su cargo el control de las labores operativas de todas las obras portuarias ".

Y el mismo decreto 1174 de 1980 establece en su artículo 3o., como funciones de la empresa las de: prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga y los demás servicios adicionales propios de la actividad portuaria; construir nuevas facilidades portuarias , con sus propios fondos o con los que el Gobierno le asigne; fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que preste en los terminales, con la aprobación del Gobierno Nacional; prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo; regular el funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que hayan sido autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puerto habilitado por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Del análisis de las funciones enunciadas puede establecerse que la Empresa Puertos de Colombia realiza algunas actividades que constituyen la típica *función administrativa* que implica el ejercicio de las prerrogativas del poder público ; tales son: la regulación y verificación del funcionamiento de obras portuarias, la fijación de las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que prestan los terminales y las referentes a la dirección y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales.

Pero también , realiza actividades puramente comerciales como lo son la administración y explotación de los servicios portuarios y de los muelles. Así las define el artículo 20 numeral 9o. del Código de Comercio.

De conformidad con normas citadas, mediante las cuales se cambió la naturaleza y el régimen jurídicos de la Empresa Puertos de Colombia, siendo ya , a partir de 1975 una empresa comercial del Estado, las actividades que tienen el carácter de función administrativa se rigen por normas de derecho público y aquellas que constituyen su actividad comercial se rigen por las

normas del derecho privado y las controversias que surjan por razón de esta actividad se ventilan ante la jurisdicción ordinaria, tal como expresamente lo dispone el artículo 24 del citado Decreto 1174 de 1980 al remitirse el régimen jurídico de las empresas del Estado establecido en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

Lo anterior es la consecuencia necesaria de las disposiciones legales que modificaron la naturaleza jurídica de la Empresa, para adecuarla a las normas generales establecidas en el año de 1968, mediante las cuales se tipificaron las diferentes clases de entidades descentralizadas y se precisaron sus regímenes jurídicos.

Por ello, las referidas reestructuraciones ordenadas por las normas legales cambiaron no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sus actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la responsabilidad que corresponde a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades *comerciales* se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria.

La norma invocada en la jurisprudencia citada, fue expedida en el año de 1931 y modificada en 1942, fechas en las cuales ni siquiera existía la Empresa COLPUERTOS, ni se habían definido los conceptos de cada una de las clases de entidades descentralizadas y entre ellas el de una empresa comercial del Estado, la cual constituye, justamente, el instrumento para que ésta realice actividades de carácter comercial.

Lo anterior es la explicación de que, tanto en el decreto mencionado, como en la jurisprudencia a la cual salvamos el voto, se hable en términos que hoy resultan jurídicamente inadecuados e inaplicables. En efecto, expresiones tales como "bodegas oficiales" , o " el Gobierno responderá....." no tienen vigencia hoy en día , más aún si se considera que "el gobierno " no es sujeto de derecho sino lo es el Estado. Precisamente, el fenómeno de la descentralización administrativa , y las sucesivas reestructuraciones de Colpuertos determinaron que la actividad de almacenamiento de mercancía para importación o exportación esté atribuida hoy a un ente con su propia personalidad jurídica, con carácter de empresa comercial del Estado, sometida a normas de derecho privado y cuyas controversias corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria, cuando surgen en razón de sus actividades comerciales.

Carlos Gustavo Arrieta Padilla , Consuelo Sarria Olcos,

Fecha ut supra.

COLPUERTOS- Naturaleza de sus actos. RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE - Improcedencia (Salvamento de voto)

La vetusta normatividad que sirvió de fundamento a la sentencia objeto de la presente salvedad de voto: el Decreto- ley 630 de 1942 , artículo 3o, consagratorio de una responsabilidad objetiva de la administración por pérdida de "mercancías almacenadas en bodegas oficiales" ha sido superada por la reglamentación que posteriormente se ha dictado para la reorganización y funcionamiento de la administración nacional y de las entidades descentralizadas de ésta y contenidas entre otros ordenamientos en los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Referencia: Proceso N^o. A-044 Actora : SOCIEDAD ASEGURADORA -COLSEGUROS S. A.-

Disiento respetuosamente de la sentencia de 13 de agosto de 1990 mediante la cual se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto por dicha sociedad contra la sentencia de 7 de mayo de 1987, dentro de los procesos acumulados 3422 , 4007 y 3682 , en que actúa como parte demandada la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS .

En efecto :

1. Se afirmó a folios 242 y 243 de la mencionada sentencia lo siguiente:

"La EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA es una entidad descentralizada del orden nacional , dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio . La Ley 154 de 1959 creó a Puertos de Colombia como una Empresa comercial del Estado . El Decreto-ley 1174 de 1980 que la reestructura, señala que funcionará como una empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que tendrá la administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, y Cartagena, entre otros. Entre sus varias funciones, conforme a dicho estatuto, está la de "organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga " en sus terminales, con el "mantenimiento de las instalaciones y equipos necesarios para el normal funcionamiento del Terminal " (artículos 3º. y 6º.).

"Ciertamente es que, conforme al artículo 31 del Decreto -ley 3130 de 1968, los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, la misma norma señala que "aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, *son actos administrativos* ".

2. Disuerdo de la anterior apreciación porque estimo que la controversia del caso sublite es de carácter privado porque tiene que ver con la responsabilidad que se le pretende deducir a COLPUERTOS y la consiguiente indemnización de perjuicios por la pérdida de mercancías de importación almacenadas en sus bodegas, ocurrida en el incendio del 22 de abril de 1980 en el patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena.

Esa actividad corresponde a lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 3º. del Decreto 1174 de 1980 "por el cual se reestructura la Empresa Puertos de Colombia " y en el cual se establece que ésta, creada por la Ley 154 de 1959, funcionará como empresa comercial e industrial del Estado vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y tendrá a su cargo la "dirección , administración, explotación conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco , Leticia , y los demás Puertos que en el futuro sean incorporados por el Gobierno "(artículo 1º.).

En desarrollo de estos objetivos , los susodichos numerales 1 y 2 del artículo 3º disponen que "Colpuertos tendrá las siguientes funciones:

" 1. Por intermedio de cada uno de sus terminales organizar y prestar servicios de embarque, desembarque , movilización y almacenamiento de carga .

" 2. Igualmente, por intermedio de cada uno de sus terminales , organizar y prestar otros servicios adicionales, propios de la labor portuaria."

3. Correspondiéndole entonces como giro ordinario de sus negocios a Colpuertos - empresa comercial industrial del Estado - cumplir con los cometidos antes explicados, la cuestión litigiosa que encaja perfectamente dentro de ellos es de índole privada y por ello sujeta a la justicia ordinaria, la cual se estatuye en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 en armonía con el artículo 24 del Decreto 1774 de 1980 . Se está entonces frente a una actividad normal, común y corriente de todos los días de Colpuertos y bajo ningún respecto del ejercicio de una función pública excepcional, (excepción del artículo 31 *in fine* citado), cual sería entre otras y siguiendo el listado de funciones del artículo 3º. del referido decreto 1174 : la fijación de las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que presten los terminales con la aprobación del Gobierno Nacional (numeral 4).

4. Del mismo modo, el Código de Comercio en su artículo 20-9 caracteriza como comerciales las actividades relacionadas con la "explotación o prestación de servicios de puertos , muelles ... ".

5. La apreciación anterior de este Consejero corresponde a su pensamiento consignado en el mismo orden de ideas, en varias providencias, *mutatis, mutandi*, en la de 12 de noviembre de 1986 (Sección Primera, Proceso No.- 28, Actora Sociedad Navemar Ltda .).

6. Lo expuesto precedentemente explica muy bien que la vetusta normatividad que sirvió de fundamento a la sentencia objeto de la presente salvedad de voto : el Decreto -ley 630 de 1942 artículo 3º, consagratorio de una responsabilidad objetiva de la administración por pérdida de "mercancías almacenadas en bodegas oficiales ", ha sido superada por la reglamentación que posteriormente se ha dictado para la reorganización y funcionamiento de la administración Nacional y de las entidades descentralizadas de ésta y contenidas entre otros ordenamientos en los Decretos 1.050 de 1968 y 3130 de 1968 .

Debió ser, como colofón de lo dicho, la justicia ordinaria y no la contencioso administrativa quien dirimiera la presente controversia.

Simón Rodríguez Rodríguez ; Consejero de Estado

Bogotá. D.E., nueve de octubre de mil novecientos noventa (1990)

JURISDICCION COACTIVA. JUICIO EJECUTIVO. EXCEPCIONES. PRESCRIPCIÓN

En materia de procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el cobro de obligaciones fiscales emanadas de actos administrativos, así éstos se integren con pólizas de seguros u otras garantías otorgadas a favor de las entidades públicas, no son aplicables en materia de prescripción las normas del derecho común sino las especiales contenidas en el estatuto contencioso administrativo.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Bogotá, D.E., septiembre (5) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o. A-050 Actor : Fondo Vial Nacional

Demandados : Diasfaltos Bogotá Ltda. y Seguros del Estado S. A.

La Sala plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado , de fecha 6 de julio de 1987 , al resolver el incidente de excepciones propuesto por Seguros del Estado S . A. contra el auto de mandamiento de pago de fecha 27 de febrero de 1986, emanado del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

I. -LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la sentencia recurrida en anulación, la Sección Cuarta declaró no probadas las excepciones propuestas, ordenó continuar la ejecución y condenó en costas al ejecutado. Para el efecto, la sentencia se fundamentó en los siguientes argumentos relacionados con cada una de las excepciones propuestas :

1o.- Respecto de la excepción consistente en la *inexigibilidad de las obligaciones*, por estar demandados los actos administrativos que constituyeron el título ejecutivo que sirvió de fundamento para dictar el auto de mandamiento de pago, la sentencia considera que " el hecho de que la sociedad Diasfaltos Bogotá Ltda. haya presentado demanda ante esta Corporación contra los actos administrativos antes enunciados..... no puede proponerse como excepción, pues en proceso ejecutivo solo proceden las excepciones contempladas por el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil ". Agrega que "el planteamiento de la existencia de pleito pendiente no es aceptable como excepción " y que " la Compañía Seguros del Estado S.A. a través de su representante legal tuvo conocimiento y oportunidad para interponer el recurso de reposición que le fue concedido y no lo hizo , quedando en consecuencia el acto administrativo ejecutoriado y por consiguiente junto con el Acta de Liquidación Final del contrato, las Pólizas mencionadas constituyen título ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Decreto 01 de 1984 ".

2o.- En relación con la posible *prejudicialidad*, que la ejecutada plantea subsidiariamente en su escrito de excepciones, la sentencia expresa " que no corresponde , según reciente doctrina sentada por esta Corporación , conocer en esta oportunidad a esta Corporación sino que debe ser estudiada y decretada, si a ello hay lugar, por el Juez de Conocimiento , para el caso sub-júdice, por el Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales , en las condiciones y en las oportunidades previstas en los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil ".

3o.- Sobre la excepción *de cobro en exceso de la obligación contenida en la Póliza CV- 103 No. 6746 y Certificado No. 4870*, la sentencia hace referencia al Acta No. 147 de fecha 12 de marzo de 1984 , de liquidación Final del Contrato, que arroja un saldo a favor del Fondo Vial Nacional por valor de \$10 ´178.852.68, frente al cual el crédito fiscal ejecutado , es de 10 ´145.990.78. y por lo mismo "no encuentra este Despacho ninguno de los factores de exceso alegado por el excepcionante ". Agrega la sentencia en relación con este punto que "tratándose de una obligación solidaria, el cobro a cualquiera de los deudores es válido de acuerdo a los artículos 1.571 y 1.572 del Código Civil ".

4o.- Finalmente, en relación con la excepción de *prescripción prevista* en el artículo 1.081 del Código de Comercio "debió proponerla la Compañía Seguros del Estado S. A. en el momento de notificación de las Resoluciones Nos. 2431 de marzo 20 de 1980 y 11047 de 1979 proferidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes . En tal oportunidad la Compañía guardó silencio sobre la referida prescripción del artículo 1.081 del Código de Comercio. Como en el caso sub-júdice se trata de un crédito a favor del Estado que se cobra por jurisdicción coactiva el término de prescripción aplicable es el mismo al de la acción ejecutiva de diez (10) años previsto en el artículo 2536 del Código Civil. Este término contado desde la fecha de notificación de las Resoluciones 2431 de marzo 20 de 1980 y 11047 de 1979 . (fl. 69) hasta la fecha de notificación del auto de mandamiento de pago 3 de septiembre de 1986 (fl. 101). no alcanzó a transcurrir, luego la excepción no prospera " .

II .- LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

En el escrito de interposición del recurso y en su alegato de conclusión, el recurrente plantea los siguientes cargos contra la sentencia recurrida : (V. fls . 138 a 142 y 163 a 169) :

Primer Cargo.- Violación directa del art. 1081 del C. de Co. " que consagra la prescripción de la acción que emana del contrato de seguro , por interpretación errónea al considerar (la sentencia) que debe ser alegada en la vía gubernativa , al momento de notificación (.....) cuando la norma citada no establece en qué momento ha de alegarse sino que se limita a expresar que el respectivo término corre a partir de que el interesado conozca o haya debido conocer el hecho que de (sic) base a la acción " .

En los contratos de garantías ; el hecho base de la acción , o sea el siniestro , " está constituido por el acto administrativo en firme que declare la caducidad o declare el incumplimiento o apruebe la liquidación , según el caso", por lo cual al señalar la sentencia "un requisito de oportunidad para alegar la prescripción " , viola además la cláusula 6a., numeral 1 y 5 de la resolución 10500 de la Contraloría General de la República (antes Resoluciones 08660 de 1981, 08428 de 1980 y 1840 de 1957) y los art. 72 y 73 del Decreto 222 de 1983 (antes 61 y 62 del Decreto 150 de 1976) , por falta de aplicación de estas normas , " que establecen el momento a partir del cual corre el término de prescripción " .

La afirmación de la sentencia de que "la prescripción ha de alegarse al momento de la notificación es completamente absurda " , y está violando los arts. 2535 del C. C. y 62 del C. C.A., según los cuales se requiere la exigibilidad de la obligación para iniciar el cómputo de la prescripción y los actos deben encontrarse en firme y agotada la vía gubernativa .

También la sentencia viola el art. 2586 del C. C. (sic, se refiere al art. 2536) por aplicarlo indebidamente al señalar que la acción ejecutoria prescribe en 10 años, ya que según el art. 1081 del C. de Co., norma especial aplicable al contrato de seguro, la prescripción es de 2 años .

Además , la sentencia viola el art. 81 de la ley 42 de 1983, por aplicación indebida , ya que no debe estarse a lo dicho por el art. 2536 del C. C. , sino al art. 1081 del C. de C. que para el caso de pólizas de seguros establece una prescripción de 2 años.

Finalmente, la sentencia viola también por falta de aplicación el art. 81 de la Ley 42 de 1983 " que sometió los créditos del Estado a la prescripción extintiva del régimen común , que para el caso de la pólizas de seguro es de dos años conforme al art. 1081 ".

Segundo Cargo.- Violación directa del art. 26 de la Constitución Nacional, en cuanto al debido proceso , por dos aspectos :

a.-) El proceso debió ser suspendido por prejudicialidad administrativa, de conformidad con el ord . 2., del art. 170 del C . de P . C . , en concordancia con los art. 152 y 154 del mismo Código , " por cuanto los actos administrativos en que se fundamenta son objeto de proceso de nulidad " . ante el Consejo de Estado, como se ha probado con la respectiva certificación anexa al escrito de excepciones ; empero, en la sentencia impugnada, la Sección Cuarta " sostiene contradictoriamente que " esta figura podrá darse " pero que no la decreta porque ello corresponde al Juez de Ejecuciones Fiscales , aserto que configura otro esperpento porque dicho Juzgado al recibir el escrito de impugnación al mandamiento de pago o el de excepciones (.....) pierde competencia y remite original el expediente al Superior para lo de su cargo ". Por esto "se afecta el derecho de defensa en forma palmaria ".

b.-) También se violó el debido proceso "en cuanto a la excepción de cobro en exceso de la obligación " , ya que Seguros del Estado S . A. "se defendió en relación con el mandamiento de pago por \$10 ´145.9990.78 basado exclusivamente en la póliza de cumplimiento No. 103-6746 y certificado No. 4870 cuyo límite asegurado máximo es de \$2 ´536.497.79, presentándose en esta forma un exceso notable no asegurado. La sentencia se basa ya no en la póliza de cumplimiento citada sino en otra póliza. cuyo No. es 103 - 6747 certificado No. 4871 , que no se mencionó en absoluto en el mandamiento de pago, por indudable error del Juzgado de Ejecuciones Fiscales, que la Sección Cuarta se empeña en no encontrar en el expediente, poniéndolo de lado sin concederle ninguna importancia y con el argumento de que tal suma aparece en el Acta de Liquidación . Con lo anterior se viola la norma sobre congruencia de las sentencias y (sic) a que se refiere el art. 305 del C. de P. C. por falta de aplicación y consecuencialmente ante la garantía constitucional del debido proceso , porque la Aseguradora resultó juzgada en este proceso por

obligaciones distintas a la citada en el mandamiento de pago, así tal situación haya sido originada por una equivocación .

III .- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su turno el Fondo Vial Nacional, ejecutante en el proceso de la referencia, se opone a las pretensiones del recurrente por la razones aducidas en su alegato de conclusión y que en seguida se resumen (V. fls.155 a 162):

En relación con el primer cargo .- La sentencia recurrida no viola ni directa ni indirectamente el art. 1081 del C. de Co. ni ninguna otra de las normas que cita el recurrente. En efecto, por cobrarse un crédito a favor del Estado por jurisdicción coactiva, ha de aplicarse el término prescriptivo previsto en el art. 2536 del C. C.; conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado . En gracia de discusión, si fuere aplicable el art. 1081 del C. de Co. , tampoco habría ocurrido la prescripción de que trata esta norma, " porque solo hasta el 4 de enero de 1985 a las 08 horas se consolidó el titulo ejecutivo, por lo tanto la consolidación del riesgo amparado por la Aseguradora. Siendo esto así los dos años de que habla el art. 1081 del C. de C. se habrían cumplido el 4 de enero, los cinco años el 4 de enero de 1990, situación que no es de aceptación porque el mandamiento de pago se dictó el 27 de febrero de 1986 " . De acuerdo con el art. 2536 del C. C. "(sic) que el recurrente refuta violado, " fue derogado por el artículo 232 del Decreto 960 de 1970 " . por lo cual cualquiera explicación al respecto. Finalmente, se refiere a la presunta violación del art. 81 de la Ley 42 de 1983, para aclarar que esa ley no tiene art. 81 y su contenido no hace relación a normas de prescripción.

En cuanto al segundo cargo: La sentencia no viola precepto alguno de la Constitución . Respecto de la suspensión del proceso por prejudicialidad, que prohija el recurrente, ha de destacarse que ni la resolución que declaró en firma la liquidación, ni *la resolución confirmatoria*, han sido demandadas, por lo cual no tiene base jurídica tal suspensión, por prejudicialidad. Agrega que el proceso No. 2975 de Diasfaltos Bogotá Ltda. contra el Fondo Vial Nacional que cursó en el Consejo de Estado no cobijado o incluía para nada los actos administrativos antes indicados y la sentencia de 8 de octubre de 1987 que dio fin a dicho proceso niega las súplicas de la demandada y condena en costas a la actora. En cuanto a la excepción de cobro en exceso de la obligación reafirma " que las pólizas CU - 103 No. 6746 de diciembre 20 de 1977 y su certificado CU -C No. 4870 de agosto 16 de 1979, asegura la suma de \$10.145.990.78 y la póliza CU-103 No. 6747 también asegura inicialmente la suma de \$10.145.990.78 ambos documentos están debidamente citados o identificados en el mandamiento de pago "

Tampoco pudo haberse violado el art. 305 del C. de P.C., "amen de que no podía ser citado para este Recurso Extraordinario de Anulación por ser norma de procedimiento y no sustancial o constitucional " .

IV .- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

El art. 197 del Decreto 01 de 1984, aplicable al recurso extraordinario de anulación objeto de este fallo, establecía que " podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva " .

Lo anterior quiere decir, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta misma Sala, que solo son aceptables como normas violadas para efectos de este recurso, aquellas que tienen categoría constitucional o legal y, dentro de estas últimas, las que tienen el carácter de la ley sustantiva, es decir, no procesal.

Por lo tanto, para efectos del estudio del presente recurso deben excluirse aquellas normas aducidas por el recurrente que no reúnen las características citadas, como son : respecto del primer cargo, las "Resoluciones 10500 de 1984, 08660 de 1981 , 08428 de 1980 y 1810 de 1957 , todas de la Contraloría General de la República, lo mismo que la Resolución Reglamentaria 20 de 1983, al parecer de la Contraloría Distrital y que el recurrente adiciona en su alegato de conclusión, por ser normas sin categoría de ley, y el art. 62 del C. C. A. por ser de carácter procesal; y en relación con el segundo cargo, el ord. 2o. del art. 170 y los arts. 152-5. 154 y 305 del Código de Procedimiento Civil, por ser normas legales de carácter procesal y no sustantivo.

Con las anteriores limitaciones, la Sala procede al análisis de los dos cargos planteados por el recurrente, así :

En relación con el primer cargo .- La acusación queda reducida a la presunta violación directa de los arts. 1081 del Código de Comercio, 72 y 73 del Decreto-Ley 222 de 1983 , 2535 y 2536 del Código Civil.

Para mayor claridad del análisis, la Sala considera conveniente transcribir el texto de las normas citadas, que es del siguiente tenor :

"Art. 1081 .- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria .

"La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

"La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

"Estos términos no pueden ser modificados por las partes".

"Art. 72 del Decreto-Ley 222 de 1983 .- De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento .

"La cuantía de la cláusula penal deber ser proporcional a la del contrato.

"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 " .

"Art. 73 del Decreto-Ley 222 de 1983 .- *De la aplicación de las multas y de la cláusula penal.* - El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos anteriores ingresará al Tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida , y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva " .

"Art. 2535 del C .C. .- La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones .

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

"Art. 2536 del C. C. .-La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez " .

Adicionalmente, en relación con este cargo, que se refiere a la prescripción, el recurrente menciona en varias oportunidades el art. 81 de la Ley 42 de 1983, pero esta ley ni tiene artículo 81 ni trata para nada el tema mencionado, por lo cual la Sala se abstendrá de referirse a ella.

Precisando el sentido del cargo, este se refiere concretamente al término de prescripción de los créditos a favor del Estado que se cobran por jurisdicción coactiva y al momento en que debe proponerse la excepción de prescripción.

Frente a esta precisión, la Sala hace notar que ni los arts. 72 y 73 del Decreto-Ley 222 de 1983, ni los arts. 61 y 62 del Decreto-Ley 150 de 1976, bajo cuya vigencia se expidieron algunos de los actos que dieron lugar al proceso ejecutivo, se refieren al tema de la prescripción, por lo cual la Sala no los considera aplicables en el presente debate.

Así las cosas , el conflicto planteado en este cargo se traduce en que para la Sección Cuarta el término de prescripción es el mismo de la acción ejecutiva, de diez, años, previsto en el art. 2536 del C. C. , mientras que para el recurrente dicho término es el de dos años consagrado en el art. 1081 del C. de Co.

Para resolver este cargo es fundamental tener en cuenta que de acuerdo con el mandamiento de pago respecto del cual fueron planteadas las excepciones que dieron lugar a la sentencia recurrida y a este recurso, el título ejecutivo objeto de cobro está conformado por el contrato administrativo de obra 682 de 1977, su adicional No. 264 de 1979, la póliza CU-103 No. 6746 de diciembre 20 de 1977 y su Certificado de Modificación CU-C No.4870 de agosto 16 de 1979, expedidos para garantizar el cumplimiento general del contrato, el Acta de Liquidación Final No. 147 de marzo 12 de 1984, la Resolución No. 7338 de agosto 29 de 1984, mediante la cual se declaró en firme el Acta de Liquidación Final, y la Resolución No. 9551 de noviembre 8 de 1984, confirmatoria de la anterior, todo " de acuerdo al Artículo 68 Numeral 4, del Decreto Ley 01/84 en concordancia con los artículos 63, 73 y 289 del Decreto 222/83", según el texto del citado mandamiento ejecutivo, que obra a folios 95 y 96 del expediente.

Debe hacerse notar igualmente que en dicho mandamiento de pago se hace mención también a la póliza CU-103 No. 6747 de diciembre 20 de 1977, a su Certificado de Modificación CU-C No. 4871 de agosto 16 de 1979, expedidos para garantizar el buen manejo del anticipo, y a las Resoluciones No. 11047 de 1979, por la cual se sancionó a la sociedad contratista con una multa de \$110.000.00, y 2431 de marzo 20 de 1980 , por la cual se declaró la caducidad, se ordenó hacer efectiva la multa citada anteriormente, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal y la Póliza CU-103 No. 6746 y su Certificado de Modificación No. 4870. No obstante , debe tenerse en cuenta que estas referencias solo tienen el valor de antecedentes del título ejecutivo, pero en realidad no hacen parte de él, ya que dicho título resulta finalmente , como quedó establecido, del Acta de Liquidación, de las resoluciones que la declaración en firme, del contrato y de la póliza de cumplimiento del mismo.

De tal manera que el título ejecutivo se configuró cronológicamente con el último de los documentos que lo conformaron, es decir, con la ejecutoria de la Resolución No. 9551 de noviembre 8 de 1984, notificada a los representantes legales de Diasfaltos Bogotá Ltda. y de Seguros del Estado mediante edicto desfijado el 4 de enero de 1985 , como consta al folio 12 del expediente, por lo cual debe entenderse que fue a partir de esa fecha que comenzó a correr el término de prescripción cualquiera que él fuere, ya se trate de aplicación del principio general consagrado en el art. 2535 del C.C., según el cual "se cuenta este tiempo (el de la prescripción) desde que la obligación se haya hecho exigible", o de la norma especial del art. 1081 del

C. de Co., que establece que "la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción".

En consecuencia, desde este punto de vista, sea que se aplique el art. 2536 del C.C. (como lo hizo la Sección Cuarta), sea que se aplique el art. 1081 del C. de Co. (como lo plantea el recurrente), no se configuró el fenómeno de la prescripción, ya que la solicitud del Ministerio de Obras Públicas y Transporte en representación del Fondo Vial Nacional para que se iniciara el proceso ejecutivo fue radicada en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales el 27 de diciembre de 1985 (fl.1), el mandamiento ejecutivo fue proferido el 27 de febrero de 1986 (fls. 95 y 96) y la notificación del mismo fue realizada el 3 de septiembre de 1986, sin que hasta ninguna de esas fechas hubiera corrido el término de dos años a que se refiere el art. 1081 del C. de Co. ni mucho menos el de diez años previsto en el art. 2536 del C.C., contados a partir de la cual, como quedó visto, comenzó a correr el término de prescripción.

Por lo tanto, la presunta aplicación indebida del art. 2536 del C.C. o la falta de aplicación o aún interpretación indebida o errónea del art. 1081 del C. de Co. no tendrían "incidencia concreta en la parte resolutive", como lo exigía el numeral 3 del art. 199 del C.C.A., lo cual sería suficiente para desechar el cargo.

Pero, además de lo anterior, la Sala encuentra que la misma Sección Cuarta del Consejo, en relación con títulos ejecutivos conformados por actos administrativos y por aplicación del Decreto 01 de 1984, ha expresado con posterioridad a la sentencia recurrida, mediante jurisprudencia que esta Sala Plena acoge por considerar que corresponde a la naturaleza propia del régimen especial administrativo, que en materia de procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el cobro de obligaciones fiscales emanadas de actos administrativos, así estos se integren con pólizas de seguros u otras garantías otorgadas a favor de las entidades públicas, no son aplicables en materia de prescripción las normas del derecho común sino las especiales contenidas en el estatuto contencioso administrativo.

En efecto ha dicho la Sección Cuarta de esta Corporación :

" El decreto Extraordinario 01 de 1984 definió a nivel legal la integración de las pólizas de seguros y demás garantías otorgadas a favor de las entidades públicas, con el acto administrativo que declare la obligación, el cual presta mérito ejecutivo en los procesos por jurisdicción coactiva, siempre que en él conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible (art. 68 numerales 4 y 5)

" ...

" El mismo estatuto regula el carácter ejecutivo de los actos administrativos y la pérdida de dichos atributos en sus artículos 64 y 66, según los cuales, los actos administrativos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo son obligatorios, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa, y serán suficientes por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento, de inmediato, pero perderán su fuerza ejecutoria al cabo de cinco años de estar en firme sin que la Administración haya realizado tales actos.

"Estas normas del derecho público, por su especialidad, señalan los límites dentro de los cuales debe encuadrarse el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos del Estado, cuando el acto administrativo constituya condición de su eficacia, puesto que no podría considerarse extinguidos mientras éste posea fuerza ejecutoria.

" Se concluye de lo anterior, que las previsiones del art. 1081 del Código de Comercio no resultan aplicables en este campo, ni en cuanto al punto de iniciación del término de prescripción del derecho del estado, ni en cuanto al lapso en que éste pueda hacer efectivas las garantías otorgadas en su favor, el cual se rige por el de ejecutividad del acto con el cual se integran ". (Cfr. : Sentencia de única instancia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. del 18 de septiembre de 1988, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Z., Exp. No. 1948, actor : La Nación vs. Interamericana Cía. de Seguros Generales S .A. (María Cuéllar y otro). Jurisdicción coactiva).

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el segundo cargo.- Como quedó establecido en su oportunidad, este cargo se hace consistir en la presunta "violación directa" del art. 26 de la Constitución, pero a través de dos aspectos , ambos de carácter procesal, así : el primero, porque el proceso debió ser suspendido por prejudicialidad administrativa ,de acuerdo con el ord. 2o. del art. 170 del C. de P.C., en consecuencia con los art. 152-5 y 154 del mismo estatuto; y el segundo por cobro en exceso de la obligación asegurada, con lo cual se habría violado el art. 305 del C. de P. C. sobre congruencia de las sentencias.

Como puede verse fácilmente, el cargo no consiste en realidad en la "violación directa" de la norma constitucional citada, sino en una presunta violación indirecta a través de las normas del Código de Procedimiento Civil indicadas. Además, las normas que se pretenden violadas de manera directa son de carácter procesal y no sustantivo.

Por esas circunstancias no se cumplen en relación con este cargo la exigencia fundamental contenida en el art. 197 del C.C.A., de acuerdo con el cual la única causal de anulación de una sentencia es la "violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva". No obstante lo anterior, la Sala considera prudente no dejar pasar desapercibida la ligereza y la temeridad de la sociedad recurrente en el sentido de insistir en un presunto "cobro en exceso de la obligación", cuando la realidad probatoria del proceso muestra claramente que la póliza No. 103-6746 y su certificado No. 4870 , a los cuales se refiere el mandamiento ejecutivo, tienen un valor de \$10´145.990.78, como puede verse en las copias auténticas de los mismos que obran a folios 33 y 39 y ninguno de ellos el valor de 2´586.497.79 que menciona el recurrente en su escrito de excepciones y en su recurso a folios 105 y 141 del expediente.

En consecuencia, no prospera tampoco este cargo ni el recurso extraordinario propuesto y así habrá de declararlo la Sala.

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

FALLA:

Primero - No prospera el recurso extraordinario de anulación propuesta contra la sentencia de excepciones proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 6 de julio de 1987.

Segundo.- Condénase al recurrente, Seguros del Estado S. A., al pago de costas y perjuicios, los cuales se liquidarán mediante incidente.

COPIESE , NOTIFIQUESE ; PUBLIQUESE Y CUMPLASE .

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos noventa.

Reynaldo Arciniegas Baedeker; Presidente, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, ausente con excusa legal , José Joaquín Camacho Pardo, ausente con excusa legal ,Myriam Guerrero de Escobar, Guillermo Chahín Lizcano, Aclaración de Voto; Gustavo de Greiff Restrepo, Con Aclaración de Voto Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velázquez, Alvaro Lecompte Luna, Aclara Voto Carmelo Martínez Conn, Jorge Pennen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, ausente con excusa legal, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta ,

Nubia González Cerón , Secretaria General.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Improcedencia.
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia.
(Aclaración de Voto)**

Resulta insólito que se otorgue un recurso extraordinario como el de súplica, o el desaparecido de anulación, dentro de un proceso en el cual no se discuten ni la atribución ni la existencia de un derecho sustancial, sino que de lo que se trata es de hacer efectiva, por la vía de la jurisdicción coactiva, una obligación legal, judicial o administrativamente declarada. Es paradójico que el recurso extraordinario de anulación que se concebía precisamente para anular aquellas sentencias producidas con violación directa de la ley sustancial, se otorgue en relación con una providencia en donde dicha ley sustancial no tiene aplicación.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Referencia: Expediente N^o. A-050 Actor : La Nación c/ Diasfaltos Bogotá Ltda. (Seguros del Estado S. A.)

Recurso de anulación.

El suscrito Consejero se permite manifestar que ha expresado sus dudas en relación con la procedencia del recurso extraordinario de anulación, y de paso también con el de súplica extraordinaria, cuando el objeto de recurso recae sobre providencias emitidas por el Consejo de Estado en cumplimiento de su función como juez dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, que esta Corporación cumple por mandato de la ley.

En efecto, resulta absolutamente extraño al procedimiento del juicio especial de ejecución por jurisdicción coactiva la admisión o procedencia de recursos extraordinarios, si se tiene por sabido que en los juicios civiles, y en los administrativos que excepcionalmente se rigen por el procedimiento civil, el recurso extraordinario de casación sólo se concede en relación con los procesos ordinarios y en ningún caso con los de ejecución.

Por lo demás, resulta insólito que se otorgue un recurso extraordinario como el de súplica, o el desaparecido de anulación, dentro de un proceso en el cual no se discute ni la atribución ni la existencia de un derecho sustancial, sino que de lo que se trata es de hacer efectiva, por la vía de la jurisdicción coactiva, una obligación legal, judicial o administrativamente declarada. Es paradójico que el recurso extraordinario de anulación que se concebía precisamente para anular aquellas sentencias producidas con violación directa de la ley sustancial, se otorgue en relación con una providencia en donde dicha ley sustancial no tiene aplicación.

Finalmente es bueno anotar que aunque la providencia que resuelve el incidente de excepciones dentro del juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva ha recibido impropriamente a mi parecer, el nombre de "sentencia", no existe en la doctrina acuerdo pleno sobre la naturaleza de sentencia que pueda tener dicha decisión judicial. En esta forma, y en relación con el recurso extraordinario de anulación, que como es sabido sólo procedía contra sentencias ejecutoriadas, ha debido existir una diferenciación previa sobre este particular.

Fecha: ut supra

Guillermo Chahín Lizcano.

**JURISDICCION COACTIVA. JUICIO EJECUTIVO.EXCEPCIONES.
PRESCRIPCION (Aclaración de Voto)**

Es errónea la tesis que viene sosteniendo la Sección Cuarta de la Corporación en cuanto a la no aplicación, en relación con seguros de cumplimiento de contratos administrativos, de las regulaciones sobre prescripción contenidas en el artículo 1081 del Código de Comercio, lo que ha llevado a sostener que el siniestro no ocurre en el momento en que se incumpla el contrato sino desde cuando se produce el acto administrativo que así lo declare.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DR. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Ref: Expediente No. A-050 Actor: La Nación c/ Diasfaltos Bogotá Ltda. (Seguros del Estado S. A.)

Recurso de Anulación.

No obstante estar de acuerdo con la parte resolutive del fallo aclaro el voto porque considero, con todo respeto, que es errónea la tesis que viene sosteniendo la Sección Cuarta de la Corporación en cuanto a la no aplicación, en relación con seguros de cumplimiento de contratos administrativos, de las regulaciones sobre prescripción contenidas en el artículo 1081 del Código de Comercio, la que lo ha llevado a sostener que el siniestro no ocurre en el momento en que se incumpla el contrato sino desde cuando se produce el acto administrativo que así lo declare y aún más, como lo hace en la providencia de cuyas consideraciones me aparto, en este punto, "que en materia de procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el cobro de obligaciones fiscales

emanadas de actos administrativos, así estos se integren con pólizas de seguros u otras garantías otorgadas a favor de las entidades públicas, no son aplicables en materia de prescripción las normas del derecho común sino las especiales contenidas en el estatuto contencioso administrativo".

Y me aparto de lo anterior porque, cuando se trate de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, la administración no puede olvidar lo dispuesto por el citado art. 1081, ni apartarse de lo pactado en la correspondiente póliza para determinar, por sí y ante sí, cuándo ocurre el siniestro amparado por el asegurador y variar en esta forma el punto de partida del fenómeno prescriptivo de las obligaciones del asegurador.

En la discusión que suscitó la ponencia que fue acogida por la Sala y que se convirtió en el fallo que comento, por alguno de los Consejeros se alegó que de acuerdo con regulación de la Contraloría General de la República el siniestro se produce o, mejor, se materializa, con las resoluciones administrativas que así lo declaren. Me parece inadmisibles esta tesis pues llevaría a que por un acto de esa naturaleza se modifiquen regulaciones de carácter legal, entre ellas las contenidas en el art. 1602 del C.C. sobre la intangibilidad de los contratos, la del art. 1054 del C. de Co., que define el riesgo asegurado en los seguros terrestres, con su concordante en el art. 1072 que dice en qué consiste el siniestro y especialmente, para el caso que me ocupa, el 1081 sobre prescripción de los derechos de quienes son parte en el contrato de seguros.

Una cosa es que la administración puede hacer efectivas multas, cláusula penal pecuniaria y saldos a cargo del contratista en virtud de actos administrativos cuya fuerza ejecutoria, para efectos de prescripción se rijan por las disposiciones del estatuto contencioso administrativo y otra que ella pueda apartarse del contrato de seguro para prorrogar en el tiempo, hasta cuando a bien tenga dictar esos actos administrativos, el plazo que la ley establece para evitar que se produzca el fenómeno de la prescripción de las obligaciones del asegurador.

Debe recordarse, además, que tratadistas y jurisprudencia - y no solo en Colombia - siempre han considerado que las normas sobre prescripción son de orden público, no sometidas, por consiguiente, a los cambios que quieran introducir las partes en sus convenciones. Inclusive, en esa consideración de tratarse de asunto en que está interesado el orden público es como se justifica (*ratio legis*) la prohibición de contraer obligaciones irredimibles que tiene, en nuestro país, rango constitucional (art. 37 de la Constitución Política).

Fecha: ut supra.

Gustavo de Greiff Restrepo

Nota de la Relatoría: A esta aclaración se adhiere el Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna. La Aclaración del Consejero Doctor Uribe Acosta refiere su conocida posición en relación con el recurso extraordinario de anulación (Norma de Habilitación).

**PERJUICIOS MORALES A MENORES. JUEZ DE SEGUNDA
INSTANCIA - Facultades**

La Sala, teniendo en cuenta que se trata de hijos menores, de muy corta edad (3 años y medio y 1 año aproximadamente) que vivían con su padre, quien falleció en el accidente de que dan cuenta los autos, considera del caso ordenar el pago de 1.000 gramos oro a cada uno y no 500 gramos como lo señaló el Tribunal. (No es cierto que es al fallador de instancia a quien le corresponde apreciar prudentemente el valor de los perjuicios morales). El *ad quem* tiene las mismas facultades del *a quo* y por consiguiente, al decidir la apelación puede modificar lo resuelto por éste, si considera que incurrió en algún error de apreciación, inclusive haciendo más gravosa la situación del recurrente, cuando también conoce del fallo por vía de consulta.

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

Bogotá, D.E., once (11) de Septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°. S-136

Actor : Luis Francisco Rosero y Otros.-

Conoce la Sala Plena del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de febrero de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro de los procesos acumulados Nos. 3092 y 3102.

Este asunto fue traído a la Sala por su importancia en relación con la tesis planteada por el Ponente Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, en cuanto a la caducidad de la acción en el proceso acumulado 3102, la cual no fue acogida.

I.-ANTECEDENTES:

1o. Inés Mariana Ortega de Bastidas, en su propio nombre y en el de sus hijos menores Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas Ortega, solicitaron que se declarara a la Nación-Ministerio de Defensa, responsable civilmente de todos los perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a ellos con la muerte del señor Víctor Eulogio Bastidas Ramírez, "en hechos sucedidos el 20 de diciembre de 1985 en inmediaciones del Batallón Mecanizado "Cabal" de la ciudad de Ipiales, cuando el soldado MIGUEL LANDAZURY VALLECILLA, que se encontraba de guardia, disparó imprudentemente su carabina de dotación oficial causándole herida en la parte posterior del hemitorax izquierdo, que le produjo la muerte en contados segundos, actuación que conlleva una evidente falla en el servicio".

Pidieron, entonces, que se condenara a la misma entidad al pago de los perjuicios materiales y morales que por ese hecho se les ocasionaron así:

a) Veinte millones de pesos (\$20.000.000) por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que la víctima "dejó de producir en razón de su muerte violenta e injusta y por todo el resto de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba...";

b) Los directos "o daño emergente por gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc. que se sobrevinieron (sic)" con la muerte del señor Bastidas Ramírez, "conforme a lo que se demostrase en el proceso o en aplicación subsidiaria de lo previsto por el art. 107 del C. Penal";

c) "El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales..."; y

d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor".

2o. En proceso separado, Luis Francisco Rosero y Luisa Bertha Torres de Rosero, también en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Ana Lucía, Wilson Modesto y Gloria Narcisca Rosero Torres y los señores Marcos Fabio, Guadalupe, Raúl Hernando, Ramiro Efraín, Miriam Estela y María Fanny Rosero Torres, solicitaron que se declarara a la Nación-Ministerio de Defensa responsable civilmente de todos los perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a ellos con las lesiones sufridas por el

señor Marcos Fabio Rosero Torres, con ocasión de los mismos hechos de que trata la demanda mencionada en el numeral 1o. precedente y, que como consecuencia se la condenara al pago de tales perjuicios, así:

a) Veinte millones de pesos (\$20.000.000) por concepto de lucro cesante correspondiente a las sumas que el lesionado dejó de percibir en razón de las heridas sufridas "y por todo el resto posible de vida que le queda, en la actividad económica a que se dedicaba...";

b) Los directos "o daño emergente por concepto de gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios que le ha tocado afrontar para su recuperación, calculados en \$1.000.000,00; y por los gastos futuros que por las mismas razones deberá afrontar por todo el resto de su vida, estimados en TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000,00);

c) "El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales..."; y

d) "Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor".

3o. Los hechos en los dos procesos pueden sintetizarse así, como lo hace el colaborador fiscal del Tribunal a-quo:

"Que la noche del 20 de diciembre de 1985, cuando VICTOREULOGIO BASTIDAS RAMIREZ Y MARCOS FABIO ROSERO TORRES, se dirigían hacia sus hogares ocupando el taxi conducido por GERARDO NICOLAS AZA, y cuando transitaban frente a las instalaciones del Grupo "Cabal" de Ipiales, en forma normal, el soldado MIGUEL LANDAZURY VALLECILLA, quien se encontraba de guardia o centinela, llevado por un extremo de nerviosismo, disparó sin ningún motivo que lo justificase su arma -fusil- de dotación oficial contra los ocupantes del taxi, dando muerte al señor VICTOR EULOGIO BASTIDAS RAMIREZ y dejando gravemente herido a MARCOS FABIO ROSERO TORRES, que lo obligó a una prolongada hospitalización y diversas intervenciones quirúrgicas que lograron salvarle la vida, pero que lo dejaron inválido de por vida, quedando inútil laboralmente".

"Que el soldado agresor dio como única disculpa la de tener órdenes superiores de disparar contra cualquier persona que pasase cerca de las instalaciones del Batallón". (fl. 128 C. 1).

4o. Tramitada la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Nariño le puso fin, mediante fallo en donde accede a las declaraciones de responsabilidad solicitadas y condena a la Nación "y con cargo al presupuesto

del EJERCITO NACIONAL" a pagar a los demandantes Inés Mariana Ortega de Bastidas y a sus hijos Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas Ortega, por concepto de perjuicios morales por la muerte de su esposo y padre, señor Víctor Eulogio Bastidas Ramírez, el equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro para la cónyuge supérstite y de 500 gramos oro para cada uno de los hijos; a los demandantes Marcos Fabio Rosero Torres, en su condición de lesionado, y a Luis Francisco Rosero y Luisa Torres de Rosero, como padres de aquél, por el mismo concepto, el equivalente de 1.000 gramos, para el herido y de 250 gramos oro para cada uno de los padres.

En la misma sentencia se condena en abstracto al pago de los perjuicios materiales causados a los demandantes Inés Mariana Ortega de Bastidas, Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas Ortega y se deniegan las condenas "por daños morales y materiales impetrados por los hermanos del lesionado y por daños materiales suplicados por los padres del mismo".

5o. El Tribunal a-quo fundamentó su fallo en que se encontraba probado que el fallecimiento del señor Víctor Eulogio Bastidas Ramírez y las lesiones causadas al señor Marcos Fabio Rosero Torres se debieron a una clara falla del servicio debida a la actividad del soldado Miguel Landazury Vallecilla quien disparó su arma de dotación oficial en forma injustificada, cuando los citados señores se encontraban en un vehículo de servicio público que se había estacionado momentáneamente frente a las instalaciones del Grupo Mecanizado No. 3 "Cabal" de Ipiales y se les ordenó por dicho soldado, quien se encontraba prestando servicio de guardia, que se retiraran de dicho lugar, habiéndose producido una discusión con el señor Víctor Eulogio Bastidas Ramírez discusión que terminó con las trágicas consecuencias anotadas.

El Tribunal encontró también demostrados los perjuicios morales inferidos tanto al lesionado y sus padres, como a la cónyuge del fallecido y a los hijos menores de éste.

En relación con los perjuicios materiales consideró lo siguiente:

"...respecto al fallecido VICTOR EULOGIO BASTIDAS RAMIREZ se ha acreditado en el proceso la condición de cónyuge sobreviviente de INES MARIANA ORTEGA DE BASTIDAS y de los hijos habidos en el matrimonio GUILLERMO ARTURO y JHONNY ALEXANDER BASTIDASORTEGA, quienes compartían el mismo techo y sus ingresos con su esposo y padre, consecuencia que se deduce del mismo imperativo legal que obliga a los padres a velar por sus hijos menores y por su cónyuge no divorciado o separado legalmente. Y con relación del lesionado MARCOS FABIO ROSERO TORRES, no hay duda alguna sobre el perjuicio personal que ha venido soportando desde el momento en que se produjo su lesión y si bien las pruebas que obran en el informativo son indicadoras de que vivía con sus padres y sus hermanos

bajo el mismo techo y que con sus ingresos socorría a unos y otros, esta Corporación considera que los perjuicios materiales tienen efectividad con el ofendido más no con los progenitores ni menos con sus hermanos". (fl. 150; C. 1).

Al no encontrar cuantificados estos perjuicios materiales, dispuso que se procediera a su liquidación incidental posterior para cuyo efecto señaló las pautas que debían seguirse.

En cuanto a los hermanos del lesionado, menores Ana Lucía, Wilson Modesto y Gloria Narcisca Rosero Torres, y mayores Guadalupe, Raúl Hernando, Ramiro Efraín, Miriam Estela y María Fanny Rosero Torres, consideró que los perjuicios morales impetrados no debían reconocerse pues como se vió atrás, sólo aceptó que los habían sufrido el herido mismo y sus padres "quienes lo asistieron moralmente en tan grave percance" y con quienes vivía, a pesar de su mayor edad.

6o. La sentencia fue apelada por el apoderado de todos los actores (fl. 159) y concedido el recurso (fl. 161) se sustentó (fls. 163 a 172) alegando inconformidad con el fallo, así:

a) A los hijos del fallecido señor Víctor Eulogio Bastidas Romero, menores Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas, se les reconoció como perjuicios morales, el equivalente a 500 gramos oro cuando a su madre y cónyuge sobreviviente se le otorga por el mismo concepto el equivalente a 1.000 gramos del mismo metal; lo cual considera injusto, pues, en su concepto ha debido fijarse una indemnización igual. Dice el recurrente que esta Corporación en varias sentencias y en especial en las que definieron el caso de las "Corralejas de Sincelajo", se aceptó dicho criterio; agrega que "no existe razón para que, invariablemente, se indemnice al padre por el infortunio del hijo con el máximo establecido por el artículo 106 del C.P., esto es, con el equivalente en moneda nacional a 1.000 gramos de oro, mientras que al hijo, por la muerte del padre, se le reduzca ese derecho a la mitad, cuando entre uno y otro existirá, como unión espiritual y de sangre, un sólo y mismo grado de consanguinidad en línea recta".

b) En relación con el lesionado Marcos Fabio Rosero Torres, critica que a éste, por concepto de perjuicios morales se le reconozca el equivalente a 1.000 gramos oro y, en cambio, a sus padres Luis Francisco Rosero y Luisa Bertha Torres de Rosero sólo el de 250 gramos para cada uno de ellos y pide que se reforme la sentencia para condenar a la entidad demandada a un pago igual al primero pues "se estima que los padres toman el lugar del hijo y el dolor moral de éste lo sufren aquéllos por igual...".

c) Al referirse al ordinal quinto de la parte resolutiva, en donde se deniegan "las condenaciones por daños morales y materiales impetrados por

los hermanos del lesionado y por daños materiales suplicados por los padres del mismo", dice compartirlo en lo que respecta a la negativa sobre reconocimiento de perjuicios materiales para los padres y hermanos del lesionado "porque en realidad de verdad, aunque se hubiese demostrado en el proceso que el señor MARCOS FABIO ROSERO TORRES con su trabajo estaba velando por la estabilidad familiar aportando cuotas de sostenimiento para unos y otros, la otra gran verdad es que él no ha fallecido, él vive, aunque sumamente mal trecho, por lo tanto es él el que puede disponer a su libre arbitrio de lo suyo hasta que le sobrevenga la muerte, pues sólo en caso de haberse producido la muerte y siguiendo pautas semejantes a la de la sucesión los sobrevivientes tendrían derecho a participar de los perjuicios materiales", pero expresa que han debido reconocerse perjuicios morales a todos los hermanos, menores y mayores, porque "en el proceso está suficientemente demostrado con los testimonios que se aportaron a él, que dichas personas guardaban una unidad familiar y espiritual máxima con el lesionado..." y "a todos y a cada uno de ellos les dolió la suerte injusta corrida por su hermano y benefactor...", por lo cual pide se les reconozca "el máximo legal establecido por el artículo 106 del C. Penal, esto es, en el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro puro para cada uno..." y asevera que así procedió esta Corporación en el mismo caso de las "Corralejas de Sincelejo".

También solicitó la parte apelante en el proceso 3102, la práctica de una prueba pericial para que por médicos idóneos de la ciudad de Ipiales se determinara la merma de la capacidad laboral del señor Marcos Fabio Rosero Torres en razón de la lesión recibida; y que se ordenara su presentación ante el médico laboral adscrito al Ministerio de Trabajo en la ciudad de Popayán, para los mismos efectos.

Estas pruebas no fueron decretadas y el recurrente nada manifestó al respecto.

7o. La colaboradora fiscal de la Corporación en su vista de rigor (fls. 178 a 184) considera que están demostrados los elementos axiológicos para la prosperidad de las acciones indenmizatorias "tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado" (falla del servicio, daño cierto y determinado y relación de causalidad entre aquélla y éste).

Sobre los perjuicios morales dice que no es posible cuestionar su monto señalado por el a-quo "pues conforme a sus facultades legales, es al fallador de instancia, a quien le corresponde apreciar prudencialmente el valor de los perjuicios morales hasta determinado límite, sin ser viable para el superior controvertir la decisión adoptada, por lo cual debe respetarse la determinación tomada".

La Fiscalía manifiesta también que está de acuerdo con las demás determinaciones del Tribunal acerca de la condena al pago de perjuicios materiales para la esposa e hijos del fallecido, señor Víctor Eulogio Bastidas y para el lesionado señor Marcos Fabio Rosero Torres y acerca de la incapacidad sufrida por éste dice que "A folio 107 está el concepto emanado del médico forense en el cual fija la incapacidad médico legal definitiva, establece las secuelas y señala la incapacidad laboral", por lo cual considera que no es del caso realizar un nuevo examen a aquél ni acceder a un peritaje, pues el interesado ha debido, durante la primera instancia, reclamar, si no estaba de acuerdo, contra lo resuelto por el fallador cuando éste ordenó que previamente se recepcionaran unos testimonios para después señalar día y hora para ver si era del caso de nombrar peritos idóneos para establecer la merma laboral sufrida por dicho demandante y de lo contrario, dijo el Tribunal, "recibidas las historias clínicas se enviarán a los señores médicos legistas para que establezcan la incapacidad laboral sufrida por el demandante (fl. 46 y 46 vto.)", como en efecto se hizo sin objeción alguna del interesado.

II-CONSIDERACIONES:

Partiendo de la base de que en verdad se configuró, como lo afirma el Tribunal, la falla del servicio, se examinan cada uno de los procesos acumulados, así:

En relación con el proceso 3092 la Sala comparte el análisis probatorio y las conclusiones a que llegó el a-quo, sin que sean necesarias otras consideraciones para determinar que se produjo una falla del servicio, unos perjuicios y que existió entre éstos y aquella, una relación de causalidad.

Pero se vió, que los actores (señora Inés Mariana Ortega de Bastidas y sus hijos menores Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas Ortega) objetan al sustentar el recurso, que a los dos menores no se les hubiera reconocido perjuicios morales en la misma cuantía decretada en favor de la madre.

El daño moral subjetivo o extrapatrimonial, entendido como el dolor que se causa a una persona por la pérdida o la afectación a los bienes que integran su patrimonio espiritual (vida, honor, dignidad y respeto propios, sentimientos familiares, fidelidad, amor filial, paz interior, etc.) ha sido reconocido por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países y en la actualidad su indemnización no es objeto de discusión. En lo que difieren los tratadistas, los legisladores y los jueces es en la manera de estimarlo o, más precisamente de cuantificarlo.

En cuanto hace a esta Corporación el criterio predominante consiste en dejar su valor al arbitrio del juez, aceptando como límite máximo la orientación

los hermanos del lesionado y por daños materiales suplicados por los padres del mismo", dice compartirlo en lo que respecta a la negativa sobre reconocimiento de perjuicios materiales para los padres y hermanos del lesionado "porque en realidad de verdad, aunque se hubiese demostrado en el proceso que el señor MARCOS FABIO ROSERO TORRES con su trabajo estaba velando por la estabilidad familiar aportando cuotas de sostenimiento para unos y otros, la otra gran verdad es que él no ha fallecido, él vive, aunque sumamente mal trecho, por lo tanto es él el que puede disponer a su libre arbitrio de lo suyo hasta que le sobrevenga la muerte, pues sólo en caso de haberse producido la muerte y siguiendo pautas semejantes a la de la sucesión los sobrevivientes tendrían derecho a participar de los perjuicios materiales", pero expresa que han debido reconocerse perjuicios morales a todos los hermanos, menores y mayores, porque "en el proceso está suficientemente demostrado con los testimonios que se aportaron a él, que dichas personas guardaban una unidad familiar y espiritual máxima con el lesionado..." y "a todos y a cada uno de ellos les dolió la suerte injusta corrida por su hermano y benefactor...", por lo cual pide se les reconozca "el máximo legal establecido por el artículo 106 del C. Penal, esto es, en el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro puro para cada uno..." y asevera que así procedió esta Corporación en el mismo caso de las "Corralejas de Sincelaje".

También solicitó la parte apelante en el proceso 3102, la práctica de una prueba pericial para que por médicos idóneos de la ciudad de Ipiales se determinara la merma de la capacidad laboral del señor Marcos Fabio Rosero Torres en razón de la lesión recibida; y que se ordenara su presentación ante el médico laboral adscrito al Ministerio de Trabajo en la ciudad de Popayán, para los mismos efectos.

Estas pruebas no fueron decretadas y el recurrente nada manifestó al respecto.

7o. La colaboradora fiscal de la Corporación en su vista de rigor (fls. 178 a 184) considera que están demostrados los elementos axiológicos para la prosperidad de las acciones indemnizatorias "tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado" (falta del servicio, daño cierto y determinado y relación de causalidad entre aquella y éste).

Sobre los perjuicios morales dice que no es posible cuestionar su monto señalado por el a-quo "pues conforme a sus facultades legales, es al fallador de instancia, a quien le corresponde apreciar prudencialmente el valor de los perjuicios morales hasta determinado límite, sin ser viable para el superior controvertir la decisión adoptada, por lo cual debe respetarse la determinación tomada".

La Fiscalía manifiesta también que está de acuerdo con las demás determinaciones del Tribunal acerca de la condena al pago de perjuicios materiales para la esposa e hijos del fallecido, señor Víctor Eulogio Bastidas y para el lesionado señor Marcos Fabio Rosero Torres y acerca de la incapacidad sufrida por éste dice que "A folio 107 está el concepto emanado del médico forense en el cual fija la incapacidad médico legal definitiva, establece las secuelas y señala la incapacidad laboral", por lo cual considera que no es del caso realizar un nuevo examen a aquél ni acceder a un peritaje, pues el interesado ha debido, durante la primera instancia, reclamar, si no estaba de acuerdo, contra lo resuelto por el fallador cuando éste ordenó que previamente se recepcionaran unos testimonios para después señalar día y hora para ver si era del caso de nombrar peritos idóneos para establecer la merma laboral sufrida por dicho demandante y de lo contrario, dijo el Tribunal, "recibidas las historias clínicas se enviarán a los señores médicos legistas para que establezcan la incapacidad laboral sufrida por el demandante (fl. 46 y 46 vto.)", como en efecto se hizo sin objeción alguna del interesado.

II-CONSIDERACIONES:

Partiendo de la base de que en verdad se configuró, como lo afirma el Tribunal, la falla del servicio, se examinan cada uno de los procesos acumulados, así:

En relación con el proceso 3092 la Sala comparte el análisis probatorio y las conclusiones a que llegó el a-quo, sin que sean necesarias otras consideraciones para determinar que se produjo una falla del servicio, unos perjuicios y que existió entre éstos y aquélla, una relación de causalidad.

Pero se vió, que los actores (señora Inés Mariana Ortega de Bastidas y sus hijos menores Guillermo Arturo y Jhonny Alexander Bastidas Ortega) objetan al sustentar el recurso, que a los dos menores no se les hubiera reconocido perjuicios morales en la misma cuantía decretada en favor de la madre.

El daño moral subjetivo o extrapatrimonial, entendido como el dolor que se causa a una persona por la pérdida o la afectación a los bienes que integran su patrimonio espiritual (vida, honor, dignidad y respeto propios, sentimientos familiares, fidelidad, amor filial, paz interior, etc.) ha sido reconocido por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países y en la actualidad su indemnización no es objeto de discusión. En lo que difieren los tratadistas, los legisladores y los jueces es en la manera de estimarlo o, más precisamente de cuantificarlo.

En cuanto hace a esta Corporación el criterio predominante consiste en dejar su valor al arbitrio del juez, aceptando como límite máximo la orientación

que daba el artículo 90 del Código Penal de 1936 y la de un mil gramos oro señala el artículo 106 del actual Código de Penas (Decreto-Ley 100 de 1980).

Esta misma Corporación ha deducido siempre el daño moral entre padres, hijos menores y cónyuges, cuando se produce en este núcleo familiar la pérdida o la lesión de uno de aquellos bienes que atrás se señalaron como integradores del patrimonio espiritual. Cuando quien alega el perjuicio moral es un hermano de quien fue afectado directamente en su patrimonio espiritual, debe probarse la comunidad de vida o las circunstancias de especial afecto y colaboración que reinen entre ellos.

Como se vió, (No. 3o. capítulo 1 Antecedentes), el juzgador a-quo condenó a la entidad demandada a pagar a la cónyuge sobreviviente y a los dos hijos del señor Bastidas Ramírez, por este concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente a 1.000 gramos oro para la primera y 500 gramos oro para cada uno de los segundos. Al apelar, estos actores solicitan que se igualen las indemnizaciones por este concepto, siguiendo el criterio que tuvo la Corporación en el caso conocido como de las "Corralejas de Sincelejo".

La colaboradora fiscal de esta Corporación, por su parte (No. 7o, capítulo 1 Antecedentes) se opone a lo pedido porque en su concepto "es al fallador de instancia a quien le corresponde apreciar prudentemente el valor de los perjuicios morales".

La Sala, teniendo en cuenta que se trata de hijos menores, de muy corta edad (3 años y medio y 1 año y medio aproximadamente) que vivían con su padre, quien falleció en el accidente de que dan cuenta los autos, considera que es del caso acceder a la petición del apelante, y por tanto reformará la parte pertinente de la sentencia recurrida.

En cuanto a lo expresado en la vista fiscal a este propósito, no lo comparte la Sala puesto que el ad-quem tiene las mismas facultades del a-quo y por consiguiente, al decidir la apelación puede perfectamente modificar lo resuelto por éste, si considera que incurrió en algún error de apreciación, inclusive haciendo más gravosa la situación del recurrente, cuando también conoce el fallo por vía de consulta.

En lo relacionado con los perjuicios materiales a la misma cónyuge e hijos, el apelante estuvo de acuerdo con lo decidido por el Tribunal.

En cuanto al proceso 3102 los motivos de inconformidad manifestados por el apelante se traducen en estas peticiones:

a) Que sea reformado el numeral 3o de la sentencia, reconociendo a favor de los padres del lesionado Marcos Fabio Rosero Torres, -Francisco Rosero y Luisa Bertha Torres de Torres- el equivalente en moneda nacional

de 1.000 gramos de oro puro para cada uno de ellos por concepto de perjuicios morales, en vez de los 250 gramos oro que les reconocieron.

b) Que se revoque el numeral 5 de la sentencia y en su lugar se reconozca en favor de los hermanos del lesionado Marcos Fabio Rosero -Ana Lucía, Wilson Modesto, Gloria Narcisa, Guadalupe Raúl Hernando, Ramiro Efraín, Miriam Estela y María Fanny Rosero Torres -, el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro puro para cada uno de ellos.

El apelante comparte la negativa a reconocer perjuicios materiales a los padres y hermanos del lesionado.

Como se dijo anteriormente, el monto de los perjuicios morales se deja al arbitrio del juez, quien lo deducirá de la gravedad de los hechos y sus consecuencias, las cuales permiten entrever el dolor causado a las personas; habiéndose aceptado entre padres, hijos menores y cónyuges.

Como fundamento de sus peticiones la parte recurrente aduce que entre el señor Marcos Fabio Rosero Torres, sus padres y hermanos, existía unidad familiar y espiritual máxima; que sus padres sufrieron el mismo dolor que el hijo y ese dolor fue compartido por sus hermanos.

Estima la Sala que es necesario tener en cuenta que el señor Marcos Fabio Rosero Torres no falleció a causa del insuceso que constituyó falla del servicio. Fue lesionado y su capacidad laboral quedó disminuida relativamente, como lo indica el concepto médico forense que obra al folio 107, el cual no fue desvirtuado oportunamente.

Aun cuando en verdad un hecho de tal naturaleza conmueve y suscita dolor a los padres y posiblemente a los hermanos del lesionado, no aprecia la Sala razones suficientes para modificar lo resuelto por el Tribunal y encuentra suficiente el reconocimiento de 250 gramos oro para cada uno de los padres.

En cuanto a los hermanos, no se probaron circunstancias especiales de afecto o manifestaciones externas que mostraran un dolor indemnizable por la lesión sufrida por su hermano.

Por tanto, habrá de confirmarse lo resuelto por el a-quo.

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

FALLA:

1o. Refórmase el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida, el cual quedará así: CONDENAR, como consecuencia de la anterior declaración, a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a pagar a los demandantes INES MARIANA ORTEGA DE BASTIDAS en calidad de cónyuge sobreviviente y GUILLERMO ARTURO y JHONNY ALEXANDER BASTIDAS ORTEGA en su condición de hijos de VICTOR EOLUGIO BASTIDAS RAMIREZ por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente en pesos colombianos de un mil (1.000) gramos de oro, para cada uno de ellos.

La equivalencia en pesos colombianos se determinará con certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo de oro a la ejecutoria de esta providencia.

2o. Confírmase la sentencia apelada en todo lo demás.

Copia de esta providencia se enviará al Ministerio de Defensa y a la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintidós (22) de Agosto de mil novecientos noventa (1990).-

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Presidente; Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Ausente, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Joaquín Barreto Ruíz, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Ausente; Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Viera Puerta,

Nubia González Cerón, Secretaria General.

· ACCION DE REPARACION DIRECTA. CADUCIDAD (Salvamento de Voto)

La providencia, en lo que concierne al proceso 3102, ha debido ser inhibitoria por caducidad. Cuando se presentó la demanda (enero 12/88) ya había transcurrido el plazo que la ley señala para su caducidad (art. 136 inc. 4); como quiera que el hecho que dio nacimiento al derecho indemnizado a los actores (diciembre 20/85) ya había precluido.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Ref: Expediente No. S-136

Actor: Luis Francisco Rosero y Otros

La sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que fue aprobada en su sesión del 22 de agosto de 1990, decidió las pretensiones de los actores, incoadas en dos procesos (los Nos. 3092 y 3102) que fueron acumulados.

En concepto de quien salva el voto, la providencia, en lo que concierne al proceso 3102, incoado por Luis Francisco Rosero y Luisa Bertha Torres de Rosero, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Ana Lucía, Wilson Modesto y Gloria Narcisa Rosero Torres, ha debido ser inhibitoria por caducidad de acuerdo con lo que al efecto se decía en el proyecto que presenté, primero a la consideración de la Sección Tercera y

luego a la citada Sala Plena y que justifica mi voto contrario a la sentencia que fue aprobada por mayoría. Allí se expuso:

"La caducidad, a voces de Eduardo J. Couture, es la 'extinción, consunción o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto en la ley' (vocabulario jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985) y Hernando Morales Molina dice: 'La caducidad consiste en que la ley establezca determinados plazos perentorios e improrrogables para intentar ciertos procesos' (Curso de Derecho Procesal Civil, Ed. ABC, Bogotá, 1985, pág. 361).

"Todos los procesalistas están de acuerdo en señalar como características de la institución, que la diferencia de la prescripción, el que no admite suspensión ni interrupción, su vencimiento no puede evitarse o diferirse, ni aun por fuerza mayor, no admite modificación por voluntad de los interesados, es decir, no puede ser objeto o materia de convención, el juez puede y debe declararla de oficio y una vez producida se extingue en forma absoluta, sin que el derecho que desaparece pueda alegarse por excepción.

"Como el plazo prefijado para el ejercicio del derecho (acción o pretensión) sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial, Tomo LXI, pág. 588), éste se cumple en el día fijado aunque sea feriado.

"El Código de Régimen Político y Municipal establecía en su artículo 62 que los plazos de meses y años' se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil'.

"En materia procesal civil y por extensión en procesal contenciosa administrativa (art. 267 C.C.A.) el artículo 121 del C. de P.C. suprimió, en lo relativo a los términos de meses y años, la última parte del art. 62 del C. de R.P. y M., y por consiguiente, el plazo vence en el día que corresponda sin consideración a que sea feriado o de vacante, en lo que estuvo acertado el legislador porque, se repite, el plazo es improrrogable, no admite suspensión ni interrupción; si dentro de él debe cumplirse una actuación, el titular del derecho o facultad no tiene porqué esperarse hasta el último día para ejercitarlo o para hacer uso de ella. La actividad que de él se requiera debe desarrollarla dentro del lapso (*faber est suae quisque fortunae*). Y estuvo acertado, además, porque se trata no de momentos concretos en los cuales algo debe ser hecho sino de espacios de tiempo *dentro* de los cuales el hecho debe cumplirse.

"Aplicando estos principios al caso de autos la Sala encuentra que cuando se presentó la demanda en el proceso 3102 (enero 12 de 1988, fl. 11) ya había transcurrido el plazo que la ley señala para su caducidad (art. 136, inc. 4o), como quiera que el hecho que dió nacimiento al derecho indemnizado a los actores (diciembre 20 de 1985) ya había precluido".

Por estimar que los argumentos expuestos son válidos, con respeto para mis ilustres colegas que no los compartieron, me ví obligado a salvar el voto.

Gustavo de Greiff Restrepo

Bogotá, D.C., septiembre 11 de 1990.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica.
LICITACION - Inhabilidades. DAÑO EVENTUAL**

La sentencia lo que echó de menos fue la certeza del perjuicio, mas que su prueba misma, pues nadie estaría en condiciones de probar que, de no haber estado inhabilitado, hubiera sido favorecido con la adjudicación de uno o varios contratos para deducir de ese hecho cierto el monto del perjuicio. La mera posibilidad de presentarse a una licitación no garantiza adjudicación posterior. Es eventual la posibilidad de ser escogido para contratar entre varios licitantes, cuando no existe inhabilitación para celebrar el contrato. Pero en últimas, si se tratara de la prueba del perjuicio este sería un punto que no es viable plantear en un recurso extraordinario de anulación. No hubo violación directa de normas sustantivas.

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

Bogotá, D.C., Veintiséis (26) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N^o.A-077

Actor: Sociedad "Melendro y López Ltda."

Recurso Extraordinario de Anulación

La Sociedad "Melendro y López Ltda., Ingenieros, Arquitectos y Contratistas", interpone recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 11 de febrero de 1988, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES

Ante el Consejo de Estado la Sociedad mencionada solicitó la nulidad de unas resoluciones por las cuales el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, declaró la caducidad administrativa del Contrato No. 792 de 16 de agosto de 1978, celebrado entre la sociedad demandante y la entidad, y decidió además liquidar tal contrato, ocupar las obras, formular a la respectiva Compañía de Seguros la reclamación correspondiente y retener los pagos debidos al contratista.

A manera de restablecimiento del derecho pidió condenar al SENA a pagarle el valor de la obra debida y ejecutada hasta el momento de la declaratoria de caducidad, con sus respectivos intereses. También a indemnizarle los perjuicios ocasionados, por los siguientes conceptos : a) daño emergente, b) lucro cesante, c) daño moral, d) daño derivado de las inhabilidades a que quedó sometido el contratista con ocasión de la declaratoria de caducidad, por un término máximo de 5 años, según lo previsto en el artículo 7o. del Decreto 150 de 1976.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Tercera del Consejo de Estado accedió parcialmente a las súplicas de la demanda pues anuló las resoluciones acusadas y el acta de ejecución de la caducidad, condenó al SENA a pagar a la Sociedad perjuicios materiales e intereses comerciales y moratorios desde el 19 de febrero de 1980 y hasta la fecha de la sentencia y a partir de ésta de acuerdo con el artículo 177 del C.C.A., y denegó las restantes súplicas del libelo.

En cuanto a los perjuicios derivados de la inhabilidad expresó la Sección Tercera: "no hay constancia o prueba alguna que demuestre que la sociedad demandante ha sido excluida de licitación alguna con entidades oficiales, por lo que no hay prueba de tal extremo del petitum".

CARGOS FORMULADOS

Violación directa de las siguientes normas: artículos 2o, 8 numeral 2o y parágrafo, 13, 14, 15, 78 y 301 del Decreto-Ley 222 de 1983, en concordancia con el artículo 10 literal a) del numeral 2 de la ley 19 de 1982; artículos 6, 16, 18, 27, 1502, 1504, 1519, 1523, 1740, 1741, 1742 (artículo 2 ley 50 de 1936) y 1746 del Código civil; artículo 11 de la ley 153 de 1887.

Para sustentar el cargo el señor apoderado de la Sociedad recurrente luego de indicar el contenido de cada una de las normas invocadas concluye que, al no condenar al pago de perjuicios derivados de la inhabilidad para contratar dejó de aplicarse la normatividad vigente sobre la materia porque Melendro y López Ltda. no podía acudir a licitar para que fuese excluida, ya

que de haber actuado así, se hubiera hecho merecedora de sanciones contempladas en las normas, puesto que la inhabilidad es una incapacidad temporal para celebrar determinado acto jurídico, por la presencia de una circunstancia expresamente traída por la ley como causal, según lo ha dicho Sección Tercera del Consejo de Estado.

Finalmente manifiesta "La violación directa que se deja analizada incide en la parte resolutive de la sentencia como la causa al efecto, pues de haberse aplicado el régimen legal de la inhabilidad nacida de la declaratoria de caducidad y con efecto imperativo inmediato en virtud de la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, mientras no se declaren nulos, se hubiese concluido inexorablemente en la parte resolutive del fallo que a consecuencia de la anulación de los actos administrativos se debía restablecer en su derecho a la demandante por la incapacidad temporal en que estuvo para contratar. O al menos debió haberse dado aplicación al art. 172 del C.C.A. sobre condena in genere."

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Séptimo de la Corporación afirma que el recurso no debe prosperar, y para ello hace el siguiente análisis.

Lo que el Consejo de Estado dijo en el fallo recurrido es que no hay prueba de la existencia del perjuicio de que se trata, y los perjuicios tienen que ser probados en su existencia y cuantía por quien demanda su reparación, dado que no hay perjuicios presuntos.

Los argumentos del impugnante serían de recibo si el fallo hubiera negado la inhabilidad legal del contratista como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato. Pero no fue eso lo que afirmó sino que se abstuvo de condenar por perjuicios derivados de tal inhabilidad por falta de prueba de algún perjuicio indemnizable.

Si bien es cierto la inhabilidad le impedía al contratista licitar de nuevo en los siguientes 5 años, la adjudicación de tales posibles licitaciones era para él algo completamente eventual y aleatorio.

Este tipo de perjuicios por su incertidumbre no es indemnizable.

En el fondo lo que el recurrente busca convirtiendo el posible cargo de violación indirecta en el de violación directa, es obtener una segunda instancia, lo que resulta a todas luces improcedente.

Para decidir la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES :

Estima el recurrente que la sentencia viola en forma directa las normas citadas, por no haber accedido a condenar a la entidad demandada al pago de perjuicios derivados de la inhabilidad que conlleva la declaratoria de caducidad por incumplimiento de un contrato.

Como la Sección Tercera anotó a este respecto que ninguna prueba había de la exclusión de la Sociedad demandante en licitaciones abiertas por entidades públicas, se dice que los ordenamientos legales referentes a inhabilidades y sus consecuencias fueron infringidos por cuanto le era imposible a la Sociedad pretender participar en una licitación.

Las disposiciones que se invocan se refieren a la capacidad para contratar, al régimen de inhabilidades en materia contractual, a la extensión de la inhabilidad en caso de declaratoria de caducidad del contrato, a las consecuencias de la inhabilidad y las sanciones aplicables a los contratos celebrados contra expresa prohibición, a la divulgación de las listas de inhabilitados, a los requisitos de consentimiento, objeto y causa lícitos para contratar y a las causales de nulidad absoluta de los contratos.

Ninguna de estas disposiciones pudo resultar infringida directamente por la sentencia recurrida al no reconocer los citados perjuicios, puesto que esta decisión no obedece ni a su indebida aplicación, ni a su errónea interpretación ni a la falta de aplicación de las mismas.

En efecto, en la sentencia no se trató siquiera el tema de la inhabilidad en si misma. Simplemente, al ser inherente a la declaratoria de caducidad del contrato, desapareciendo ésta de la vida jurídica, desaparecería la inhabilidad, y el fallo no se ocupó siquiera del tema ni tenía porque hacerlo.

Le asiste razón al señor Fiscal cuando en su concepto afirma que se negó la indemnización de perjuicios solicitada en el literal d) porque solamente son indemnizables los perjuicios ciertos, actuales y efectivos y no los eventuales. Y en verdad es eventual la posibilidad de ser escogido para contratar entre varios licitantes, cuando no existe inhabilidad para celebrar el contrato.

O sea, que la sentencia lo que echó de menos fue la certeza del perjuicio, mas que su prueba misma, pues nadie estaría en condiciones de probar que, de no haber estado inhabilitado, hubiera sido favorecido con la adjudicación de uno o varios contratos para deducir de ese hecho cierto el monto del perjuicio. La mera posibilidad de presentarse a una licitación no garantiza adjudicación posterior. Pero en últimas, si se tratara de la prueba del perjuicio este sería un punto que no es viable plantear en un recurso extraordinario de anulación.

De lo anterior se deduce, que no hubo violación directa de normas legales sustantivas, requisito que el artículo 197 del C.C.A. exigía para la prosperidad del recurso extraordinario de anulación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el concepto Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Sociedad "Melendro y López Ltda., Ingenieros, Arquitectos y Contratistas", contra la sentencia de 11 de febrero de 1988, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

No se condena a la recurrencia en costas y perjuicios por no aparecer causados. Por tanto devuélvase la caución otorgada.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).-

Reynaldo Arciniegas Baedeker; Consuelo Sarria Olcos; Jaime Abella Zarate, Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Joaquín Barreto Ruiz; José Joaquín Camacho Pardo; Gustavo de Greiff Restrepo, Con Aclaración de Voto; Clara Forero de Castro; Miguel González Rodríguez; Miryam Guerrero de Escobar; Amado Gutiérrez Velasquez; Alvaro Lecompte Luna, Con Aclaración de Voto; Carmelo Martínez Conn, Ausente; Jorge Penen Deltieure; Simón Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta, Ausente; Diego Younes Moreno; Gaspar Caballero Sierra, Conjuez; José Ignacio Narvaez, Conjuez.

LICITACION - Inhabilidades. DAÑO EVENTUAL (Aclaración de Voto)

Consideramos que la afirmación del fallo según la cual " le asiste razón al señor Fiscal cuando en su concepto afirma que se negó la indemnización de perjuicios solicitada en el literal d) porque solamente son indemnizables los perjuicios ciertos, actuales y efectivos y no los eventuales. Y en verdad es eventual la posibilidad de ser escogido para contratar entre varios licitantes cuando no existe inhabilidad para celebrar contrato... " y algo que en el mismo sentido se expresa a continuación, ha debido suprimirse y es lamentable que no se haya hecho pues aparece la Corporación retrocediendo en materia que los más ilustres tratadistas sobre responsabilidad civil tienen decantado y aceptado.

ACLARACION DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO Y ALVARO LECOMPTE LUNA

Ref: Expediente No. A-077

Actor : Soc. "Melendro y López Ltda."

Ponente : Doctora Clara Forero de Castro

Consideramos necesario aclarar nuestro voto por razón de lo expresado en un aparte del capítulo CONSIDERACIONES, donde se lee:

"Le asiste razón al señor Fiscal cuando en su concepto afirma que se negó la indemnización de perjuicios solicitada en el literal d) porque solamente son indemnizables los perjuicios ciertos, actuales y efectivos y no los

eventuales. Y en verdad es eventual la posibilidad de ser escogido para contratar entre varios licitantes cuando no existe inhabilidad para celebrar el contrato".

Con todo respeto para la ponencia que se convirtió en fallo, consideramos que lo transcrito y algo que en el mismo sentido se expresa a continuación de aquel párrafo ha debido suprimirse y es lamentable que no se hubiera querido hacer así por su autora, la H. Consejera Forero de Castro, pues aparece la Corporación retrocediendo años, décadas, en materia que los más ilustres tratadistas sobre Responsabilidad Civil - y la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - tienen decantado y aceptado.

Una cita de la excelente obra de que es autor Jorge Peirano Facio (Responsabilidad Extracontractual, Ed. Temis, Bogotá, 1981, pág. 364 y ss.) nos releva a cualquier comentario adicional; dice el ilustre tratadista uruguayo:

"Es preciso tener en cuenta que un daño no deja de ser cierto por el hecho de que su cuantía sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación, o porque resulte más o menos dificultoso acreditarlo (Esto es evidente, puesto que según se desprende de lo dicho en el texto, la certidumbre del daño dice relación con su existencia misma, y no con su prueba; lo que no excluye que si ésta no es convincente, aquélla se tenga por no acreditada). Esta última consideración nos lleva como de la mano a encarar ciertas situaciones límites, en las cuales es realmente arduo determinar el carácter de certidumbre del perjuicio. Tal cosa pasa, notablemente, en los casos en que el perjuicio que sufre la víctima consiste en la pérdida de una oportunidad (chance) más o menos probable de realizar una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene en este caso de que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente, presenta serios inconvenientes. Los autores extranjeros suelen recordar numerosas hipótesis de ésta índole planteadas ante los tribunales franceses: es el caso del caballo de carreras que a consecuencia de una demora imputable a su transportador no llega a tiempo para participar en el certamen privando así a su dueño de la oportunidad de ganar el premio; del apoderado que por su negligencia no se presenta en tiempo a una licitación, perdiendo para su mandante la oportunidad de obtener la adjudicación, etc.. En torno a estas situaciones, y a otras que se pueden presentar, la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia fue en un comienzo vacilante; algunos autores, como DEMOGUE, se inclinaron a pensar que estos perjuicios no tenían el carácter de certeza necesario como para ser indemnizables: el argumento más serio que podría formularse en favor de esta tesis radica en que mediando una chance no puede acreditarse fehacientemente la relación causal entre el hecho ilícito y el daño. Sin embargo, como ya se destacó con anterioridad en este mismo párrafo, este planteo es equivocado, puesto que el análisis de la certidumbre del daño no puede ser referido al elemento causalidad. El nudo de la cuestión radica en la consideración de la

chance en sí misma: posee ésta, o no, independientemente de todo hecho futuro, un valor en sí misma? La respuesta afirmativa se impone: basta considerar algunas situaciones como la especulación sobre billetes de lotería o sobre cualesquiera derechos aleatorios, para comprender que la chance posee un valor en sí misma (Si se parte de este supuesto, el problema del nexo causal, aparentemente insoluble en estas especies, no presenta dificultad alguna, puesto que la única causalidad que debe acreditarse, es la que liga el hecho imputable con la pérdida de la chance, y no la que vincula el hecho imputable con la no obtención de la oportunidad favorable a que la chance, se refería). Planteada así la cuestión, no existe razón alguna para negar el carácter de daño indemnizable a la pérdida de una chance: todo el problema se reduce a saber cuál es el valor de ésta.

Los tribunales franceses no han vacilado al apreciar este asunto buscando indicios y argumentos que permiten desentrañar el grado de probabilidad que la chance poseía".

Gustavo de Greiff Restrepo; Alvaro Lecompte Luna

Bogotá, D.E., 10 de octubre de 1990.

PERSONAL DOCENTE. TRASLADO. REINTEGRO. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

De la confrontación de la tesis jurisprudencial expuesta en el fallo supuestamente contrariado y el criterio manifestado por la Sección Segunda en la decisión impugnada, salta a la vista que no puede existir discrepancia alguna, porque mientras la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se refiere al traslado de docentes, la sentencia recurrida versa sobre el reintegro de los mismos. Precisamente la Sección Segunda pone de manifiesto el error del a quo al confundir el reintegro con el traslado, cuando anota que para que éste sea posible es necesaria la vinculación con la administración, en tanto que el reintegro solamente puede producirse cuando se está fuera del servicio.

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

Bogotá, D.E., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jorge Penen Deltieure*

Referencia: Expediente N^o. S-128 . Actor : Julio César Patiño Montaña

En este proceso, reconstruido con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 3825 de 1985, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decide el recurso extraordinario de súplica invocado contra la sentencia proferida por su Sección Segunda el 29 de Septiembre de 1989, por medio de la cual

revocó la pronunciada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 30 de septiembre de 1983.

ANTECEDENTES

Mediante sentencias fechadas el 10 de agosto de 1979 y el 10 de diciembre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda del Consejo de Estado, respectivamente, declararon la nulidad de la Resolución No. 7868 del 12 de agosto de 1977, con la cual del Ministerio de Educación Nacional declaró insubsistente el nombramiento del señor Julio César Patiño Montaña del cargo de Rector del Liceo Nacional "Policarpa Salavarrieta" de Bogotá, jornada nocturna, y ordenó su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como al pago de todos los sueldos, compensaciones económicas, etc., etc.

Para dar cumplimiento a tales decisiones el Ministerio de Educación expidió la Resolución No. 7288 de fecha 12 de junio de 1981, en cuyo artículo 1o. dispuso "... el reintegro a partir de la fecha de la presente Resolución al señor JULIO CESAR 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 "Alejandro de Humboldt" de Popayán, Cauca. Reemplaza a EMIRO ANTONIO CAJAS PABON, quien renunció". Contra esa Resolución el interesado interpuso recurso de reposición, que fue resuelto con la Resolución No. 18553 del 4 de noviembre de 1981, confirmado en todas sus partes la recurrida.

Estas últimas Resoluciones fueron impugnadas en ejercicio de la acción de plena jurisdicción. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia fechada el 30 de septiembre de 1983 declaró la nulidad de los actos acusados, y el Consejo de Estado, Sección Segunda, al conocer en grado de consulta, la revocó mediante fallo de 29 de septiembre de 1989.

Contra esta última decisión se interpuso el recurso extraordinario de súplica, que hoy decide esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal de Instancia expresó en el fallo, favorable a las pretensiones de la demanda, lo siguiente:

"... 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 H. Consejo de Estado, como optó, mediante Resoluciones que aquí se acusan, por reintegrar el 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 art. 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. (sic)) a más de que tal manera se muestra como un esguince dañino a la ley, movido - es obvio deducirlo - por (sic) motivos que no quieren decir su nombre, y que, naturalmente, desdican de una correcta administración pública y del Estado de Derecho que nos rige.-

Es lógico inferir por lo someramente expuesto, que la Administración Pública - Ministerio de Educación Nacional -, al proferir los actos aquí acusados (Resoluciones No. 7288 y 18553 del 12 de junio y del 4 de noviembre de 1981), obró con infracción de la ley, entre otras, normas, del art. 121 del C.C.A. y del art. 61 del Decreto 2277 de 1979, procediendo, por eso, su nulidad u el consiguiente restablecimiento del derecho.-".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sentencia de la Sección Segunda, objeto del recurso extraordinario de súplica, fechada el 29 de septiembre de 1989 revocó la consultada, con los siguientes razonamientos:

"... 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.

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.

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 ..."

Conviene observar que el "escolio 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.

Solo en este segundo proceso, cuya sentencia se revisa por apelación del Ministerio de Educación Nacional, rectifica el accionante su inicial planeamiento 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." (Fol. 77).

Si en estos términos se hubiera formulado la petición de reintegro en el proceso anterior, sería acertado el pronunciamiento del Tribunal de Cundinamarca.

Pues bien, en razón de que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda (C.P.C. art. 305), forzoso es concluir que en la sentencia del 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 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.

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."

EL RECURSO

Afirma el recurrente que la sentencia impugnada contrarió:

"... la Jurisprudencia contenida en el fallo de 9 de julio de 1980. Consejero Ponente Doctor CARLOS GALINDO PINILLA - Demandante IGNACIO TOVAR CALVO - Expediente No. 10.162, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en cuanto (sic) ésta estableció la garantía del personal docente de no ser trasladado en perjuicio de su situación económica, y a un lugar distinto al sitio habitual de trabajo, en razón de que el Actor JULIO CESAR PATIÑO MONTAÑA al ser reintegrado al Cargo de Rector en el Liceo Nacional Mixto "Alejandro de Humboldt" de Popayán (sic) fue trasladado del cargo de Rector de la Jornada Nocturna del Liceo Nacional Policarpa Salavarrieta de Bogotá, en perjuicio de sus intereses económicos representados por la doble remuneración que estaba devengando en Bogotá al desempeñar los cargos de Rector de dicho Liceo Nacional Policarpa (sic) Salavarrieta de Bogotá y Profesor del Colegio Departamental de la Merced de Mosquera, Cundinamarca, y el menoscabo de su organización familiar por estar domiciliado en la Ciudad de Bogotá, desde hace largo tiempo, estar pagando la casa de su habitación y tener sus hijos estudiando en establecimientos educativos ubicados en Bogotá, tal como está demostrado dentro del proceso.

Igualmente al confrontar la s consideraciones del fallo, suplicando con la jurisprudencia citada aparece el enfrentamiento expresado, lo cual

significa que la Sección Segunda varió la jurisprudencia de la Corporación, representada por la Sala General o Sala Plena, sin competencia para ello, incurriendo en causal de nulidad que invalida la sentencia Suplicada y que impone a la Sala Plena hacer el pronunciamiento de mérito correspondiente."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al interpretar el alcance del recurso extraordinario de súplica de que trata el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en numerosas decisiones tiene que dicho recurso procede exclusivamente respecto de autos interlocutorios y sentencias dictadas por cualquiera de las secciones de la misma Sala Plena, cuando la jurisprudencia supuestamente contrariada por tales providencias está contenida en sentencia pronunciada por las antiguas Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo y de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. El recurso que hoy decide la Sala es procedente porque la jurisprudencia supuestamente contrariada se encuentra en sentencia pronunciada por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En su planeamiento de fondo el texto del fallo que se estima contrariado, es decir el pronunciado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 18 de julio de 1980, expresa:

"Las disposiciones legales y complementarias sobre el escalafón de enseñanza secundaria garantizan no solo permanencia dentro de la carrera en categoría que se alcance sino que prohíbe el descenso en la jerarquía o disminución de la remuneración que corresponda al respectivo grado (artículo 1 y parágrafo del artículo 6 de la Ley 43 de 1945).

Pero estos derechos, como es obvio, no cercenan la facultad de la administración para trasladar al personal escalafonado a cargos diferentes en la docencia o a cargos administrativos dentro del propio ramo de la enseñanza, en cuanto se conserve la categoría y la remuneración que a ello corresponda. (artículo 36 y 34 del Decreto 30 de 1984)".

La sentencia objeto del recurso extraordinario se expresa, en lo que interesa al fondo del asunto debatido, en los siguientes términos:

"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 se 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 le 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 enjuiciados, los que, guardando estricta correspondencia con el pronunciamiento judicial anterior, mantiene incólume la presunción de legalidad que los ampara."

De la confrontación de la tesis jurisprudencial expuesta en el fallo supuestamente contrariado y el criterio manifestado por la Sección Segunda en la decisión impugnada, salta a la vista que no puede existir discrepancia alguna, porque mientras la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se refiere al traslado de docentes, la sentencia recurrida versa sobre el reintegro de los mismos. Precisamente la Sección Segunda pone de manifiesto el error en el que incurrió el a-quo al confundir el reintegro del señor Julio César Patiño Montaña con su traslado, cuando anota que para que el traslado sea posible es necesaria la vinculación con la administración, en tanto que el reintegro solamente puede producirse cuando se está fuera del servicio. El mismo demandante invoca el artículo 61 del Decreto ley 2277 de 1979 (fol. 118) como norma violada, artículo que se refiere al traslado de docentes.

La sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el punto 1 de su capítulo II, intitulado LA CUESTION DE FONDO, expresa: Mediante la Resolución No. 299 de 1975 (fl. 5) el Ministerio de Educación Nacional trasladó al señor del empleo que desempeña como Rector del Externado "Camilo Torres en Bogotá" (jornada de la mañana) a igual cargo en el Colegio Nacional "Restrepo Millán" (sección nocturna de Bogotá)...". En cambio, el fallo de la Sección Segunda, objeto del recurso extraordinario de súplica, se refiere a un proceso incoado para obtener el reintegro del demandante a un cargo como docente.

La sentencia supuestamente contrariada no expresa lo que el recurrente manifiesta en el memorial por medio del cual interpone el recurso extraordinario, en el sentido de que "... ésta estableció la garantía del personal docente de no ser trasladado en perjuicio de su situación económica y a un lugar distinto al sitio habitual de trabajo...". Por el contrario, en ella lo que se expresa es que sí puede la administración trasladar al personal escalafonado a cargos diferentes en la docencia o a cargos administrativos dentro del propio ramo de la enseñanza, siempre y cuando se conserve la categoría y la remuneración correspondiente. En efecto, en esa sentencia luego de afirmar que las disposiciones legales y reglamentarias sobre el escalafón de la enseñanza secundaria "... garantizan no solamente la permanencia dentro de la carrera en la categoría que se alcance, sino que prohíbe el descenso en la jerarquía o la disminución de la remuneración que corresponda al respectivo grado...",

muy claramente se afirma que estos derechos "... , como es obvio, no cercenan la facultad de la administración para trasladar al personal escalafonado a cargos diferentes en la docencia o a cargos administrativos dentro del propio ramo de la enseñanza, en cuanto se conserve la categoría y la remuneración que a ella corresponda. ". Entendió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que el Ministerio de Educación podía disponer, dentro de las condiciones y circunstancias apropiadas, el traslado de personal escalafonado - "... según la mejor conveniencia del servicio. ".

En el caso que examina la Sala no puede hablarse de jurisprudencia contrariada, ni siquiera sobre la suposición de que el reintegro del demandante en la forma en que se hizo implica un traslado disfrazado.

Lo visto hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que no debe prosperar el recurso extraordinario de súplica.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de súplica propuesto contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictada por la Sección Segunda de esta Corporación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE A LA SECCION CORRESPONDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Consuelo Sarria Olcos, Vice-Presidente; Jaime Abella Zárate; Carlos Betancur Jaramillo; Rodrigo Vieira Puerta; Myriam Guerrero de Escobar; Guillermo Chahín Lizcano; Carlos Gustavo Arrieta Padilla; Gustavo de Greiff Restrepo; Miguel González Rodríguez; Amado Gutiérrez Velásquez; Carmelo Martínez Conn; Jorge Penen Deltieure; Simón Rodríguez Rodríguez; Libardo Rodríguez Rodríguez; Julio César Uribe Acosta;

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERSONAL DOCENTE. TRASLADO. REINTEGRO (Aclaración de voto)

Al reintegrarse al actor a un cargo docente en la ciudad de Popayán, como consecuencia de las sentencias dictadas por la jurisdicción Contencioso-administrativa en proceso anterior al presente, se quebrantó el artículo 61 del Decreto-ley 2277/79, que consagra para el personal docente de la Nación el derecho a no ser trasladado de un cargo a otro con sede territorial distinta. La decisión de juez administrativo que ordene un reintegro, no puede constituir una autorización a la administración para que por ese medio o modo del reintegro, realice un traslado disfrazado y que no cumpla con las exigencias de ley, o que, como en el caso de los docentes, no esté permitido sino con la autorización o previa la petición del interesado.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Referencia: Expediente N^o. S-128. Actor : Julio César Patiño Montaña.

Aún cuando compartí la parte resolutive de la sentencia de septiembre 28 del presente año, en cuanto por ella se declara la no prosperidad del recurso extraordinario de súplica, ya que realmente la jurisprudencia supuestamente contrariada, invocada por el apoderado del demandante como fundamento del recurso, a diferencia de otras sentencias y respecto de otros funcionarios públicos, no se refiere a la garantía o derecho del personal docente - consagrado expresamente como tal en el estatuto docente de 1979 - de no ser trasladado en condiciones que impliquen un desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, desde el punto de vista social, familiar, económico,

etc., sin embargo consideré que debía aclarar mi voto, en razón de las siguientes consideraciones:

1a. Como bien lo expresó el a-quo al reintegrarse al actor a un cargo docente en la ciudad de Popayán, como consecuencia de las sentencias dictadas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en proceso anterior al presente, se quebrantó una norma vigente en ese entonces, y aún hoy en día, como es la contenida en el art. 61 del decreto ley 2277 de 1979 (estatuto docente), que consagra para el personal docente de la Nación el derecho a no ser trasladado de un cargo a otro con sede territorial distinta, pues en el fondo al cumplirse los pronunciamientos judiciales se dio la figura del traslado ya que el actor, en el momento de su separación del servicio, desempeñaba su empleo en la ciudad de Bogotá.

La Sección Segunda, no lo consideró así en la sentencia suplicada, con el inadmisibles argumento de que 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". Y digo inadmisibles, pues la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, como ahora se denomina (acción de restablecimiento del derecho antes y de plena jurisdicción en el código de 1941), como bien lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de nuestros jueces administrativos, tiene entre sus características la de que la sentencia que ponga término a ella, tiene efectos ex-tunc, es decir, que anulado el acto administrativo acusado, las cosa vuelven al estado en que se encontraban en el momento inmediatamente anterior a la expedición de dicho acto, como si nada hubiere acontecido, razón por la cual en las sentencias que se dictan en relación con funcionarios públicos separados ilegalmente del servicio oficial, siempre se dispone en su parte resolutive que "no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados al Estado por el actor, para todos los efectos legales, y en especial para lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales". En tales condiciones, se cumple con uno de los elementos de la definición de la figura del traslado que hacen nuestras leyes: "forma de provisión de un empleo que se encuentra vacante, con un funcionario en servicio activo....".

2a. En la ponencia aprobada por la Sala, con la sola aclaración de voto suscrito aun cuando en el debate o discusión varios de los señores consejeros estuvieron de acuerdo con esos planteamientos del suscrito, parece compartirse ese criterio de la Sección Segunda, y, por ello, consideré conveniente hacer aclaración de voto sobre ese particular, observando, de paso, que en ninguna disposición laboral-administrativa está expresamente prevista la figura del "reintegro", como sí lo está la del traslado.

Por lo demás, la decisión de los jueces administrativos de ordenar, como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo de separación del servicio, el reintegro del actor al mismo cargo que desempeñaba, o a otro de

igual o superior categoría, es un medio o manera que permite a la Administración cumplir la decisión en razón de que el cargo del cual fue separado el empleado público, lo más seguro es que esté ocupado por otra persona en el momento de ejecutoria de la sentencia. Pero ello no puede en manera alguna constituir una autorización a la Administración para que por ese medio o modo del reintegro, realice un traslado disfrazado y que no cumpla con las exigencias de la ley, o que, como en el caso de los docentes, no esté permitido sino con la autorización o previa la petición del interesado.

Fecha ut supra.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

EMPLEADOS RAMA JURISDICCIONAL - Incompatibilidades CONSULTORIO JURIDICO

Los empleados de la Rama Jurisdiccional, que realicen estudios de derecho, no pueden ejercer la abogacía, directamente o mediante consultorios jurídicos, por expresa prohibición legal y, según el artículo 7º, inciso 2o. del Decreto-ley 1888 de 1989, "su violación constituye falta disciplinaria". La experiencia en los consultorios jurídicos puede ser sustituida para efectos académicos, mediante asentimiento de la correspondiente universidad, por el ejercicio de cargos en las entidades y en las condiciones que la ley establece.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y nueve (1989)

Consejero Ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación Nº. 309. Referencia: Consulta del Ministerio de Justicia sobre obligatoriedad de cursar la materia de consultorio jurídico en las facultades de derecho por funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Justicia hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

" Comedidamente, solicito se emita concepto sobre la consulta elevada por el señor EDGAR GUEVARA IDARRAGA, referente, a si los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional, pueden ser parte del Consultorio Jurídico de las Universidades de Derecho en Colombia; en consecuencia

ejercer las funciones de consulta, asesoramiento tanto de particulares, de la Universidad, estudiantes del mismo consultorio y el cargo de docente en esa materia.

"Fundamenta su consulta en los artículos 59, 60 y s.s. del Decreto 052 de 1987, Decreto 1660 de 1978, artículo 3o. Decreto No. 765 de 1971, artículo 30 y 39 del Decreto Ley 196, de 1971, Decreto 250 de 1970, artículos 157 del Código Penal y Constitucional Nacional.

"Le asiste al peticionario la inquietud, sobre la posible inhabilidad e incompatibilidad y falta disciplinaria, en que pueda incurrir al cursar la materia de Consultorio Jurídico".

LA SALA CONSIDERA

1o.) El artículo 40 de la Constitución dispone que "en adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional" y que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito", sin perjuicio de las excepciones que establezca la ley.

En este orden de ideas, el artículo 3º del Decreto-ley 196 de 1971 define como abogado a quien "obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas" y el artículo 25 ibídem dispone que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto".

2o.) Los artículos 28, 29, 30 y 31 del Decreto-ley 196 de 1971 prescriben los casos de excepción. Entre ellos se cuentan los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos constituídos y aprobados legalmente, que, según el artículo 30, inciso 2º, ibídem, pueden litigar en los siguientes asuntos:

" a) En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía;

" b) En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral;

" c) En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia, y

" d) De oficio, en los procesos penales, como voceros o defensores en audiencia...".

De este modo la ley permite a los estudiantes de derecho ejercerlo en forma limitada, en los casos indicados, como una oportunidad excepcional de entrenamiento y servicio.

3o.) El artículo 7º del Decreto-ley 1888 de 1989 -como lo hace el artículo 59 del Decreto-ley 052 de 1987- prescribe que los cargos de la Rama Jurisdiccional no pueden acumularse y son incompatibles, entre otras actividades, "con la gestión profesional de negocios y con toda participación en el ejercicio de la abogacía...". Por consiguiente, los empleados de la Rama Jurisdiccional, que realicen estudios de derecho, no pueden ejercer la abogacía, directamente o mediante consultorios jurídicos, por expresa prohibición legal y, según el artículo 7º, inciso 2º, del Decreto-ley 1888 de 1989, "su violación constituye falta disciplinaria".

4o.) Sin embargo, según el artículo 3o, parágrafo, del Decreto 0765 de 1975, reglamentario de los artículos 30, 31 y 32 del Decreto-ley 196 de 1971, la experiencia en los consultorios jurídicos puede ser sustituida para efectos académicos, mediante asentimiento de la correspondiente universidad, por el ejercicio de cargos en las entidades y en las condiciones que el mismo precepto menciona.

Transcríbase, mediante sendas copias auténticas, a las señoras Ministra de Justicia y Secretaria 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 R., Secretaria.

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA. COMPETENCIA DISCIPLINARIA

Están sujetos al control y a los procedimientos disciplinarios de los Tribunales de Etica Médica todos los médicos que ejerzan la profesión en el territorio nacional. Todas las personas que hayan terminado estudios universitarios de medicina y obtenido el título correspondiente, deben sujetarse a las normas que regulan la ética médica, así no hayan obtenido la correspondiente tarjeta profesional que los autoriza para ejercer dicha profesión dentro del territorio colombiano.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta Rad N°362. Tribunales de ética médica. Ambito de su competencia. Ley 23 de 1981, Artículo 46.

El doctor Eduardo Díaz Uribe en calidad de Ministro de Salud, eleva a la Sala una consulta en relación con los Tribunales de Etica Médica, la cual se transcribe textualmente a continuación:

CONSIDERACIONES PREVIAS

PRIMERA.- Los Tribunales de Etica Médica fueron creados por la Ley 23 de 1.981 "Por la cual se dictan normas de ética médica .

La citada ley en su artículo 63 dispone: "Créase el Tribunal Nacional de Ética Médica con sede en la capital de la república, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

El artículo 46 *ibídem* expresa: "Para ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud.
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalan las disposiciones legales.

Así mismo la ley 14 del 28 de abril de 1962. Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía establece:

Artículo Primero.- Para todos los efectos legales se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de medios y reconocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de enfermedades, así mismo para la rehabilitación de las deficiencias o defectos, sean físicos, mentales o de otras que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.

Artículo Segundo.- A partir de la vigencia de la presente ley sólo podrán ejercer la medicina y cirugía:

-Quienes hayan adquirido título médico y cirujano expedido por alguna de las facultades o escuelas universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país.

-Los colombianos y los extranjeros que adquieran o hayan adquirido título de médico y cirujano en facultades o escuelas universitarias de países en los cuales Colombia tenga celebrados tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, en los términos de los respectivos tratados o convenios.

-Los colombianos graduados en el exterior con título de una facultad, o escuela universitaria de renombrada competencia, en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina. Cuando esta entidad conceptúa desfavorablemente respecto de la competencia de la facultad o escuela universitaria otorgante del título, el interesado deberá aprobar un curso de idoneidad reglamentado por el Gobierno.

-Los extranjeros en países en los cuales Colombia no tenga celebrado tratados sobre equivalencia de títulos universitarios que posean título de médico y cirujano adquirido en universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y que hayan obtenido licencia del Gobierno mediante la superación de un examen de idoneidad en una de las facultades de medicina del país, de acuerdo con reglamentación que dicte el mismo Gobierno.

-Los médicos que hayan adquirido legalmente licencia o permiso podrán continuar ejerciendo la medicina en las mismas condiciones establecidas en las respectivas licencias o permisos.

Estipula asimismo que la Ley 14 de 1962, artículo 3o. como requisito esencial, para que dichos títulos expedidos por las universidades o escuelas de que trata la presente ley tengan validez, el interesado deberá solicitar su refrendación ante las autoridades competentes, esto es, Ministerio de Educación Nacional y Salud respectivamente.

Por otra parte la Ley 50 del 27 de mayo de 1981, "por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio Medicinal en todo el territorio nacional", prevé dentro del cumplimiento del mencionado Servicio Social, la práctica del ejercicio profesional sin el lleno de los requisitos previstos en la Ley 23 de 1981 artículo 46.

Con apoyo en el contenido de las disposiciones legales transcritas, este organismo ha considerado que el ámbito disciplinario de los tribunales de ética Médica inherente de su función propia otorgada por la ley, hace relación con todos los médicos que de una u otra forma ejerzan su profesión en Colombia, se hallen registrados o no, bien sea que lo hagan en desarrollo de una actividad privada de carácter personal o individual; ya como dependientes de entidades médico asistenciales particulares o como empleados públicos, trabajadores oficiales o de la seguridad social, al servicio del Estado, o en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio.

Como quiera que se ha considerado que los mencionados tribunales son competentes para avocar el conocimiento de los procesos disciplinarios - ético profesionales cuando el médico titulado por razón del simple ejercicio de la medicina contraviene las normas ético médicas.

SE CONSULTA:

PRIMERA. ¿Cuál es el ámbito de competencia de los Tribunales de Ética Médica?

SEGUNDA. ¿Quiénes son sus destinatarios?

TERCERA. ¿Son sujetos o destinatarios de las normas de ética médica los profesionales en esta área de la Salud que sin cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 23 de 1981, artículo 46, la ejercen ?

CUARTA. ¿Los Tribunales de Ética Médica son competentes para conocer de actos que riñen contra la ética médica realizados por personas que si bien han obtenido de una universidad legalmente autorizada, su título de médico, por otra parte no reúnen los requisitos contenidos en la ley 23 de 1981, artículo 46 ?

LA SALA CONSIDERA

1. Los Tribunales de Ética Médica son organismos creados por la ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias.

Su función principal es la de controlar que los profesionales que ejercen la medicina en el país lo hagan dentro de las disposiciones de la ética médica, "con autoridad para conocer de los procesos ético-profesionales" cuando se presenten infracciones de las correspondientes disposiciones legales por razón del ejercicio de la medicina (artículo 63, ley 23 de 1981).

2. El artículo 46 de la ley 23 de 1981 prescribe que para "ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales ".

La anterior disposición debe armonizarse con lo prescrito por el artículo 2º de la ley 50 de 1981 en cuanto crea la obligación de prestar el servicio social como "requisito indispensable y previo para obtener la refrendación" del correspondiente título profesional.

Las normas de la ley 50 de 1981, que regulan lo relativo al servicio social obligatorio, sustituyeron aquellas que reglamentaban lo concerniente al denominado "año rural" que debían cumplir, entre otros profesionales, los médicos, para obtener la licencia que les permitiera ejercer la profesión.

Este servicio social obligatorio debe ser prestado con posterioridad a la obtención del respectivo título profesional (artículo 2º Ley 50 de 1981), lo que implica haber cursado, aprobado y terminado estudios universitarios, que permiten calificar a la persona como profesional, pero que además, debe cumplir con algunos otros requisitos para poder obtener la correspondiente tarjeta que lo habilite para practicar o ejercer la respectiva profesión.

En este orden de ideas, la Sala estima, que las personas que han culminado los estudios de medicina y obtenido el correspondiente título profesional y que están prestando el servicio social obligatorio, se deben considerar profesionales en ejercicio, sujetos al régimen de ética médica y, por lo mismo, al control que desarrollan los Tribunales de Etica Profesional respecto del ejercicio de la medicina en Colombia.

3. De otra parte, la Ley 23 de 1981, faculta a los Tribunales de Etica Médica para adelantar los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

Las normas de la mencionada ley no hacen ninguna distinción entre la calidad de médico inscrito y de médico sin tarjeta profesional, lo que permite concluir que el estatuto de ética-médica debe ser aplicado para todas las personas que han obtenido título profesional y que ejercen la medicina en Colombia, bien sea en forma particular o prestando sus servicios en una entidad pública o privada y también en el ejercicio del servicio social obligatorio.

De donde se deduce, que los Tribunales de Etica Médica deben aplicar a los médicos el régimen disciplinario ético-profesional previsto en los capítulos II y III de la ley 23 de 1981, sin hacer ninguna distinción.

4. La mencionada Ley 23 de 1981, creó el Tribunal Nacional de Etica Médica, con sede en la capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional para decidir en los procesos disciplinarios adelantados contra las faltas a la ética médica, en los cuales proceda aplicar la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones proferidas por los Tribunales de Etica-profesional (Artículo 85 y 88 ley 23 de 1981).

Según el artículo 84 ibídem, a los Tribunales Seccionales Etico-profesionales con sede en cada uno de los departamentos, intendencias o comisarías les corresponde aplicar las sanciones de amonestación privada, censura y suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses, en los procesos disciplinarios que adelanten por infracción del reglamento de ética médica.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala procede a responder a los interrogantes planteados en la consulta por el señor Ministro de Salud en su orden :

PRIMERA. -Los Tribunales de Etica-Médica conocen, de acuerdo a su jurisdicción, de las faltas cometidas contra el Estatuto de Etica-Médica consagrado en la Ley 23 de 1981. Como se indicó, al Tribunal Nacional de Etica Médica le corresponde aplicar exclusivamente la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación que se interpongan, de acuerdo a la ley, contra decisiones de los Tribunales Seccionales.

SEGUNDA. -Están sujetos al control y a los procedimientos disciplinarios de los Tribunales de Etica Médica todos los médicos que ejerzan la profesión en el territorio nacional.

TERCERA. -Todas las personas que hayan terminado estudios universitarios de medicina y obtenido el título correspondiente, deben sujetarse a las normas que regulan la ética médica, así no hayan obtenido la correspondiente tarjeta profesional que los autoriza para ejercer dicha profesión dentro del territorio colombiano.

CUARTA. -Los Tribunales de Etica Médica son competentes para conocer de los procesos disciplinarios que surjan con ocasión de infracciones a la ética-médica, aún cuando el sujeto de la infracción sea un médico que ha obtenido su título profesional pero no ha cumplido con los requisitos previstos en el artículo 46, de la ley 23 de 1981.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE la consulta formulada por el Ministro de Salud doctor Eduardo Díaz Uribe, en relación con los Tribunales de Etica Médica y su ámbito de competencia -Ley 23 de 1981, artículo 46-.

Transcribase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Salud.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada con oficio 26811 del 16 de julio de 1990.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
-Funciones.

De conformidad con los numerales 1º y 2º del artículo 98 de C. C. A., las atribuciones consultivas de la Sala se circunscriben a "cuestiones relativas al servicio civil" y a "consultas jurídicas, de ordenamiento administrativo generales o particulares, que le someta el Gobierno". De donde se deduce que sobre las demás materias relativas a los órdenes judicial y legislativo la Sala no tiene competencia para emitir concepto, porque su carácter es el de órgano consultivo del Gobierno en asuntos administrativos exclusivamente, tal como, además, es desarrollo de la atribución 1ª del artículo 141 de la C. N.: Como la consulta sometida a consideración de la Sala no es del orden administrativo, sino que por el contrario se refiere exclusivamente a temas relativos al orden judicial, la Sala estima que carece de competencia para absolver la consulta formulada.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Julio doce (12) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta Rad. N°366. Medidas de Embargo a las Rentas Departamentales decretadas por jueces que ofician directamente a las entidades bancarias. Decreto 3040 de 1982, artículos 3o, 4o y 5o.

El doctor Horacio Serpa Uribe en calidad de Ministro de Gobierno, y a solicitud del Gobernador del Departamento del Atlántico, formula a la Sala una consulta previas las textuales consideraciones:

En efecto, los artículos mencionados del Decreto 3040 de 1982, disponen lo siguiente:

"Artículo 3o.- Los productores, importadores, distribuidores y demás responsables de pago de impuestos o de sumas debidas por otros conceptos a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, deberán consignar a órdenes de las Tesorerías correspondientes, las sumas causadas por tales conceptos dentro del término que señalen las respectivas normas.

"Artículo 4o.- La renta bruta de las entidades territoriales está constituida por la suma de los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente haya ingresado a las Tesorerías regionales durante la respectiva vigencia fiscal, menos los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc. .

"Artículo 5o.- La ejecución de las medidas cautelares decretadas sobre las rentas de las entidades territoriales se hará efectiva sobre el porcentaje de la renta bruta permitido por la ley, previa su determinación por la correspondiente Secretaría de Hacienda, la cual deberá efectuarse anualmente dentro de los treinta (30) días siguientes a la expiración de cada vigencia fiscal".

La Superintendencia Bancaria impartió instrucciones a los Bancos sobre tales normas, mediante la Circular Externa No. D.B.021 del 24 de marzo de 1983, incluyendo un concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, cuyo contenido en sus aspectos esenciales, es el siguiente:

Habida consideración de algunas dificultades de interpretación en torno al articulado del Decreto 3040 de 1982, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República dirigió a los Gobernadores, Intendentes, Comisarios, Alcalde Mayor de Bogotá y Alcaldes Municipales, la Circular que para el conocimiento de ustedes transcribo a continuación:

1. El Decreto fue expedido con fundamento en el ordinal 11 del artículo 120 de la Constitución que asigna al Presidente, la función de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos..", atribución presidencial que por derivar directamente de la Constitución Política y sin subordinación a un acto previo del legislador, determina la naturaleza del Decreto como reglamento constitucional, esto es, como acto administrativo con plena fuerza y categoría de ley y, por lo mismo, con la virtualidad de modificar o derogar disposiciones preexistentes en cuanto fueren incompatibles con sus ordenamientos.

2. El artículo 3o., del Decreto establece la obligación a cargo de todo deudor de rentas de las entidades territoriales, de consignar las sumas debidas

en las Tesorerías. Esta disposición ratifica así la necesidad de cumplir exactamente las normas que establecen los ingresos y los identifican como pertenecientes a las rentas y tesoros regionales.

3. La consignación a que se hace referencia en el numeral 2o, debe ser producida por todas las personas naturales o jurídicas que tengan la condición de deudores de la respectiva entidad territorial.

Se entienden comprendidos dentro de esta calidad de deudores los contribuyentes de impuestos, contribuciones, tasas, multas, derechos, así como la propia Tesorería General de la Nación en relación con las sumas que por cualquier concepto (impuestos nacionales, partidas presupuestales) deban girarse a las Tesorerías Regionales.

4. Con lo anterior, el Decreto 3040 elimina definitivamente la práctica de medidas cautelares de embargo y retención de fondos, provenientes de los Jueces, en cuanto tales medidas se ordenen directamente a los deudores, es decir, en la fuente. Quiere ello decir que el Decreto que se analiza prohíbe a tales jueces decretarlas en las condiciones dichas e impide a los deudores de los fiscos territoriales llevarlas a cabo, en el evento de que fueren ordenadas.

5. La disposición del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 3o. presupone un concepto de renta bruta departamental, intendencial, etc., el cual a su vez implica un cómputo referido a una vigencia fiscal. En tal efecto, si la renta, de suyo, es un ingreso periódico que forma parte del presupuesto, y si -por otro lado- la ejecución del mismo se adelanta por vigencias fiscales, es imposible independizar el concepto de renta bruta del de ejercicio fiscal. De ahí, que el Decreto haya consagrado que la primera sólo pueda determinarse verificando tal ejercicio.

En consecuencia, habiendo utilizado la norma procesal anotada el vocablo "renta bruta" puede concluirse que sólo a partir de la expiración de cada vigencia es posible determinarla y -por consiguiente-, el porcentaje legal inembargable de conformidad con la ley; cualquier interpretación diferente que permita el cumplimiento de medidas cautelares en relación con rentas percibidas *durante* vigencias fiscales no terminadas, podrían conducir a una clara violación del Código de Procedimiento Civil, si al finalizar el año correspondiente las rentas embargadas superan el porcentaje embargable de la renta bruta (Se subraya).

En síntesis, no es posible el embargo de rentas que ingresen a los Tesoros durante cada año, sin que éste haya finalizado.

En consecuencia, toda vez que las entidades que ustedes representan, actúan en algunos eventos, como recaudadores de impuestos, a nombre de las entidades territoriales, resulta claro que en tales supuestos, se convierten

en deudores del respectivo fisco, y por lo tanto, no es viable que sobre dichos recursos recaiga la práctica de medidas cautelares de embargo y retención de los fondos, emanadas de los Jueces de la República, si se considera que la ejecución de las mismas sólo podrá hacerse efectiva sobre el porcentaje de la renta bruta señalado por la ley, una vez determinada ésta por la correspondiente Secretaría de Hacienda, a la luz de lo dispuesto por el transcrito artículo 5o. del Decreto en mención.

Finalmente, les solicito hacer conocer el texto de la presente Circular a todos los Gerentes de Sucursales y Agencias, a efecto de lograr su estricto cumplimiento."

Como se desprende claramente de las normas antes transcritas, y de los apartes de la Circular de la Superintendencia Bancaria que incluye el concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Decreto 3040 de 1982, estatuye el procedimiento para la práctica de las medidas de embargo y retención de Fondos Departamentales, del cual se infiere que los oficios de embargo deben dirigirse a las Tesorerías Departamentales, para que éstas de común acuerdo con las Secretarías de Hacienda, establezcan si hay rentas disponibles para cumplir la respectiva orden judicial, e indiquen a la entidad bancaria donde tengan los fondos, que haga el depósito judicial en la cuantía y a órdenes del proceso, indicado por el juez.

Con fundamento en lo expuesto se consulta a esa H. Sala :

La anterior interpretación es la correcta y *por lo tanto es irregular el proceder de algunos jueces que ofician directamente a las entidades bancarias*, las cuales procedente a cumplir la orden judicial, porque no tienen conocimiento de cual es el porcentaje de la renta bruta permitida por la ley y disponible para la ejecución de las medidas, en desarrollo del artículo 5o. del Decreto 3040 de 1982, y del artículo 648 numeral 3o. del Código de Procedimiento Civil ?

¿Les es dado a las entidades bancarias abstenerse de cumplir las órdenes judiciales que les lleguen directamente, porque se trata de mandamientos indebidamente expedidos, o no ajustados a derecho ?

LA SALA CONSIDERA:

1. La consulta formulada a la Sala por el señor Ministro de Gobierno se refiere a las decisiones judiciales relativas a las órdenes de embargo sobre los fondos departamentales y las demás entidades territoriales; a través de ella se quiere establecer si la actuación de los jueces es correcta al disponer que las órdenes de embargo mencionadas sean cumplidas por las entidades bancarias que manejan los dineros provenientes del recaudo de impuestos y

otros conceptos de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios y, si esas entidades bancarias deben o no cumplir con dichas órdenes.

2. De conformidad con los numerales 1 y 2, del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, las atribuciones consultivas de la Sala se circunscriben a "cuestiones relativas al servicio civil" y a "consultas jurídicas, *de orden administrativo* generales o particulares, que le someta el Gobierno". De donde se deduce que sobre las demás materias relativas a los órdenes judicial y legislativo la Sala no tiene competencia para emitir concepto, porque su carácter es el de órgano consultivo del gobierno en asuntos administrativos exclusivamente, tal como, además, es desarrollo de la atribución 1a., del artículo 141 de la Constitución Nacional.

3. Como la consulta sometida a la consideración de la Sala no es del orden administrativo, sino que por el contrario, se refiere exclusivamente a temas relativos al orden judicial, la Sala estima que carece de competencia para absolver la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, SE ABSTIENE de emitir concepto en el asunto consultado por falta de competencia.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

INCORA. SUBSIDIO DE ALIMENTACION

El artículo 11 del Decreto-ley 109 de 1985 subrogó el artículo 51 del Decreto-ley 1042 de 1978, así como el inciso 2º del artículo 3º del Decreto-ley 1045 del mismo año, porque regula de modo completamente diferente el derecho a percibir el subsidio de alimentación. En efecto, varió el término de referencia, la remuneración básica mensual, la cuantía de la suma que se reconoce para tal concepto. De este modo el precepto de 1985 excluyó del derecho a percibir el subsidio a ciertos empleados públicos de los organismos nacionales antes referidos, desde el 1º de enero de 1985. El Incora, establecimiento público nacional debe sujetarse respecto del subsidio de alimentación al artículo 11 del Decreto-ley 109 de 1985.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Diciembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta Radicación N°-001

El Ministro de Agricultura formula a la Sala la siguiente consulta:

" El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-. fue creado por la Ley 135 de 1961 como un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, y en su artículo 5º esta Ley Agraria determinó que el Gobierno designaría un Comité especial integrado por cuatro (4) miembros de composición

política paritaria, encargado de redactar los Estatutos que una vez aprobados por el mismo Gobierno, regirían las actividades de éste y las facultades y deberes de sus distintos órganos.

"Elaborados los Estatutos, el Gobierno por Decreto N^o. 3337 del 29 de diciembre de 1961, los adoptó y el artículo 30 de éstos al fijar las funciones de la Junta Directiva, órgano supremo del Instituto, dispuso en su literal b): "Establecer la organización administrativa del Instituto. Para tal efecto creará las subgerencias, Divisiones y demás dependencias que sean necesarias: creará los cargos que se requieran y asignará las respectivas funciones; igualmente determinará la forma como el Instituto deberá atender, dentro de su organización, *el pago de las prestaciones sociales, tanto legales como extralegales, a que tengan derecho los servidores de la entidad*" (he subrayado).

"Al desarrollar esta facultad estatutaria, la Junta, en aplicación del criterio sobre autonomía administrativa y patrimonio propio de los entes descentralizados imperantes hasta la reforma administrativa de 1968, autorizó suministrar almuerzo a los funcionarios del Instituto. Posteriormente la Gerencia reglamentó esta prestación, mucho antes que el Gobierno Nacional, por Decreto N^o. 2477 y en razón de la jornada continua de trabajo, creará el subsidio de alimentación para algunos empleados públicos residentes en Bogotá. Tal prestación, en virtud del artículo 51 del Decreto Extraordinario N^o. 1042 de 1.978 y como auxilio de alimentación, se hizo extensiva a todos los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, que no devengaran mensualmente una asignación mayor al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala del nivel operativo.

"El aparte final de este artículo 51, dispuso: "Cuando el organismo suministre la alimentación a sus empleados no habrá lugar al reconocimiento de este auxilio"; con lo cual el INCORA consideró aplicable el auxilio a todos sus servidores, por venir suministrándoles desde años atrás esta clase de auxilio.

"Sin embargo, el artículo 11 del Decreto N^o. 109 de 1985, que trata sobre escalas de remuneración de los empleados, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional, establece que a partir del 1^o de enero de 1985: "El subsidio de Alimentación de los empleados públicos de las entidades a que se refiere el artículo 1^o del presente Decreto que devenguen asignaciones básicas mensuales no superiores a CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$45.000.00) y que no perciban gastos de representación, será de UN MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.500.00) MENSUALES, moneda corriente, pagaderos por las respectivas entidades. No se tendrá derecho

a este subsidio cuando el funcionario disfrute de vacaciones o se encuentre en uso de licencia. PARAGRAFO.- Cuando las entidades suministren alimentación a los empleados que conforme a éste artículo tengan derecho al subsidio, no habrá lugar a su reconocimiento en dinero".

"Se pregunta, si el suministro de almuerzo que viene haciendo el INCORA a todos sus empleados, resulta legal, frente a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 11 del Decreto 109 de 1.985, que limita el suministro de almuerzo sólo a quienes tienen derecho al subsidio, esto es, a quienes devenguen asignaciones básicas mensuales no superiores a \$45.000.00 y no perciban gastos de representación.

"Se plantea pues si tal suministro debe seguirse entendiendo como una contraprestación, establecida, como en efecto lo fue, con mucha anterioridad a las nuevas normas, de conformidad con disposiciones vigentes al momento de otorgarse el beneficio, tomando en cuenta lo prescrito por el inciso 2º del artículo 3º del Decreto Extraordinario Nº. 1045 de 1.978 que dispone: "Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos."

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.- En verdad el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA -INCORA- nació mediante la ley 135 de 1.961 como un establecimiento público, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Sus estatutos fueron aprobados por el Decreto ejecutivo 3337 de diciembre 29 de 1.961, y en ejercicio de sus funciones la Junta autorizó suministrar almuerzo a los funcionarios del Instituto, en especial por razón de la jornada continua de trabajo.

2.- Luego se dictó el decreto ley 1042 de 1.978 que prescribía en el artículo 51 que, salvo los casos en los cuales los organismos administrativos suministren alimentación a los empleados, los Ministerios, departamentos administrativos, Superintendencias, Establecimientos públicos y Unidades Administrativas Especiales en el orden nacional, "reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos (\$5.00) diarios, siempre que trabajen en jornada continua".

3.- También se expidió el Decreto-ley 1045 de 1.978 que el inciso segundo del artículo 3º dispuso: "Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados

públicos en disposiciones anteriores a éste decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos".

4.- Sin embargo, el artículo 11 del Decreto-Ley 109 de 1.985, que trata de las escalas de remuneración de los empleados del sector central nacional, comprendidos los establecimientos públicos como lo es el INCORA, establece que, a partir del 1º de Enero de 1985 el subsidio de alimentación de los Empleados Públicos de dichas entidades nacionales "que devenguen asignaciones básicas mensuales no superiores a cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000.00) y que no perciban gastos de representación, será de un mil quinientos pesos (\$1.500.00) mensuales, moneda corriente pagaderos por las respectivas entidades ...no se tendrá derecho a éste subsidio cuando el funcionario disfrute de vacaciones o se encuentre en uno de licencia. PARAGRAFO.- Cuando las Entidades suministren alimentación a los empleados que conforme éste artículo tengan derecho al subsidio, no habrá lugar al reconocimiento en dinero".

5.- Aparece así claro que el artículo 11 del Decreto ley 109 de 1.985 subrogó al artículo 51 del Decreto-ley 1042 de 1.978 así como el inciso 2º del artículo 3º del Decreto-ley 1045 del mismo año, porque regula de modo completamente diferente el derecho a percibir el subsidio de alimentación. En efecto, varió el término de referencia, la remuneración básica mensual, la cuantía de la suma que se reconoce para tal concepto. De este modo el precepto de 1.985 excluyó del derecho a percibir el subsidio a los empleados públicos de los organismos nacionales antes referidos, desde el 1º de enero que devenguen asignaciones básicas mensuales superiores a \$45.000.00, que perciban gastos de representación, o que estén en uso de vacaciones o se encuentren en uso de licencia.

6.- En consecuencia, el INCORA, establecimiento público nacional debe sujetarse respecto del Subsidio de Alimentación al artículo 11 del Decreto-ley 109 de 1.985, siendo oportuno recordar que los funcionarios y entes públicos sólo pueden realizar lo que expresamente nuestro orden jurídico les prescriba o permita, y proceden en contrario constituye una clara violación de ese orden.

En los anteriores términos se contesta la consulta del señor Ministro de Agricultura.

Transcribese.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala, *Jaime Betancur Cuartas*, *Humberto Mora Osejo*, Ausente con excusa; *Eduardo Suescún Monroy*,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.(3 de agosto de 1990).

PROEXPO. CONTRATO DE OBRA PUBLICA. CONTRATO DE EMPRESTITO - Régimen aplicable

Proexpo, empresa industrial y comercial del Estado, según sus estatutos, debe sujetar al Decreto-ley 222 de 1983, Estatuto Contractual, sus contratos de obras públicas y de empréstito, con observancia, además de las normas que expresamente se refieran a las empresas industriales y comerciales.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Febrero seis (6) de mil novecientos ochenta y seis (1.986)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas-*

Referencia: CONSULTA RADICACION: No. 005.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 141 de nuestra Constitución Política, atentamente solicito de esa Corporación la AMPLIACION DEL CONCEPTO relacionado con el régimen de contratación del Fondo de Promoción de Exportaciones, Proexpo, y que fue emitido por esa Sala el 19 de diciembre de 1.985, con ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartas.

Motiva esta solicitud las siguientes inquietudes jurídicas que el referido concepto deja sin absolver, así :

En nuestra consulta solicitamos se nos precisara si el artículo 38 de los estatutos que rigen a Proexpo, aprobados por el Decreto 1175 de 1976, está

vigente o si por el contrario ha sido modificado por el Reglamento Autónomo 386 de 1982 y más precisamente por los artículos 7 y 8 de la misma norma.

En respuesta a esta inquietud esa sala en el concepto en referencia nos manifiesta en el punto 2o. que "por expreso mandato del artículo 38 de los estatutos de Proexpo debe someterse al Decreto 150 de 1976, sustituido por el vigente Decreto- Ley 222 de 1983".

De otra parte, en el punto 4o. del mismo concepto se afirma que aunque el Reglamento Autónomo 386 de 1982 quiso presumiblemente establecer un régimen unitario de contratación "lo cierto es que en sus disposiciones no sustrajo los referidos contratos, de manera expresa, de la sujeción al Decreto ley 222 de 1983 . . . ".

Ante este último planteamiento encontramos lo siguiente:

El Reglamento Autónomo 386 parece que sí excluyó expresamente para el Banco de la República la aplicación del Decreto Ley 150 de 1976, vigente cuando se expidió al Decreto 386. En efecto, encontramos que el Decreto 386 en el inciso 2o. del artículo 2o. estableció que al Banco de la República no se le aplicaría el régimen de las entidades descentralizadas del orden nacional, "determinado principalmente por los Decretos Extraordinarios 1050, 2400, 3074, y 3130 de 1968 y 128, 130 y 150 de 1976".

Por su parte la Resolución Ejecutiva No. 105 de 1982 en su artículo 2º estableció que al Banco de República no le serían aplicables entre otras normas el Decreto 150 de 1976 y aquellas que lo modifiquen, adicionen, o sustituyan.

Sin embargo, en cuanto al régimen de contratación propiamente tal, el mismo estatuto 386 dispone que los contratos que el Banco de la República celebre con terceros en nombre y por cuenta propios y aquellos que celebre con el fin de cumplir otros contratos para la administración de determinados servicios se ceñirán al régimen de contratación propio del Banco, o en los casos no previstos por éste a las normas del Derecho Privado.

Dentro de una interpretación armónica, entendemos que tanto el artículo 2o. inciso 2o., del Decreto Autónomo 386, como el artículo 2o. de la comentada Resolución 105, son aplicables a Proexpo teniendo en cuenta que el artículo 7o. del Decreto 386 establece para las entidades que administra el Banco Emisor la aplicación del régimen de contratación propio de éste y en su defecto la aplicación del Derecho Privado. Ello nos indica que si para las entidades administradas por el Banco de la República rige el régimen de contratación propio de ese establecimiento bancario y si para este último se excluye la aplicación del Decreto 150 de 1976 y demás normas que lo modifiquen, adicionen, o sustituyan tampoco se podría aplicar el Decreto

150 de 1976 (hoy 222 de 1983) para una entidad administrada por el Banco de la República como es el caso del Fondo de Promoción de Exportaciones.

Por consiguiente, en cuanto al régimen contractual de que trata el artículo 7o. del Decreto 386, expresamente se estaría excluyendo la aplicación del Decreto 150 de 1976 y normas que lo sustituyan (Decreto 222 de 1983), por mandato del mismo Reglamento Autónomo.

Así las cosas, tenemos que el régimen de contratación expedido por el Banco de la República por Resolución No. 1 de 1985 originaria de su Junta Directiva, preciso un régimen de contratación para los contratos civiles y mercantiles que suscribiera dicha institución bancaria a nombre propio o a nombre de las entidades que administra y nada expresó en relación con los contratos que el 222 denomina administrativos ; por el contrario, el referido régimen contempla los siguientes contratos: "de obra, de suministro, de adquisición y permuta de bienes muebles, de compraventa y permuta de bienes inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios y de seguros, estableciendo en su artículo 71 que los demás contratos no previstos en dicha resolución se regirán por las normas inherentes a su propia naturaleza.

De esta manera para el Banco y las entidades que administra se aplica en su integridad el régimen de contratación previstos por la Resolución 1 de 1985, comprendiendo contratos tales como los de prestación de servicios, obras y para los contratos no contemplados en dicha resolución se aplicarían las disposiciones pertinentes según la clase de contratos a celebrar.

Por otra parte, si el Reglamento Autónomo 386 excluyó la aplicación de las normas que regulan a las entidades descentralizadas del orden nacional, para el Banco de la República y más específicamente para los contratos que celebre el mismo y las entidades que administra, presumiblemente como esa Honorable Corporación lo afirma en su concepto, la intención del Gobierno Nacional con la expedición de ese decreto fue la de establecer un régimen unitario en cuanto a la contratación del Banco y de las entidades que éste administra. En consideración a que dicha norma constituye un Reglamento constitucional expedido con fundamento en el ordinal 14 del artículo 120, podría una disposición posterior, como es el Decreto 222 de 1983, modificar este Reglamento Autónomo ?.

También resulta interesante anotar que la clasificación de contratos administrativos y contratos civiles de la administración fue establecida por la Ley 19 de 1982.

No obstante, el Decreto 386 de 1962 señala para las entidades que administra el Banco, la aplicación del régimen propio de dicho establecimiento bancario el cual como ya se expresó contempla como de Derecho Privado, contratos definidos por la Ley 19 de 1982 como administrativos.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1.- De nuevo se ha hecho cuidadoso estudio de la legislación en el caso, así como de lo planteado por el consultante, y al respecto resulta que es sostenible el criterio del concepto del diecinueve de diciembre del mes próximo pasado, en el sentido de que PROEXPO, empresa industrial y comercial del Estado, según sus Estatutos, debe sujetar al decreto-Ley 222 de 1983, Estatuto Contractual- sus contratos de Obras Públicas y de empréstito, con observancia, además, de las normas que expresamente se refieran a las empresas industriales y comerciales.

2.- El Reglamento Autónomo 386 de 1982 "por el cual se ejerce la intervención Presidencial en el Banco de Emisión", en uso de las atribuciones que le confiere el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, artículos 7o. y 8o., estableció un régimen de contratación específico y exclusivo para el Banco de la República y se limitó a confirmar que éste "continuará cumpliendo con las funciones que las leyes, decretos, y contratos vigentes le atribuyen con respecto a la administración", entre otros, del Fondo de Promoción de Exportaciones. En ninguno de los textos citados está expreso que a Proexpo se le aplique el régimen contractual del Banco de la República, o que quedare exento del decreto 150 de 1976 hoy 222 de 1983- en cuanto a los contratos de empréstito y de obras públicas, y demás normas que sean pertinentes, como empresa industrial y comercial del Estado.

Como se observa, se trataría de un cambio o exclusión de un régimen contractual, que por constituir una excepción debe ser expresa y de interpretación restrictiva. De consiguiente, no existe fundamento para concluirse que hubiera sido modificado el artículo 38 de los Estatutos que sujetó los indicados contratos al Estatuto Contractual de la Administración Pública.

3.- Es de comprender que el Banco de la República ejerce sobre Proexpo funciones de administración, pero desde luego sin menoscabo o cambio de su naturaleza Jurídica y de la observancia de las normas legales que conciernen a su estructura como ente descentralizado del orden nacional. Es claro que Proexpo, por su naturaleza legal, está regido por el derecho privado, con excepción de los contratos referidos, por expreso mandato de la ley.

4.- En cuanto a que la Resolución Ejecutiva No. 105 de 1982, en su artículo 2o., haya exonerado al Banco de la República de las normas contractuales del entonces vigente decreto-ley 150 de 1976, ello como se dijo antes se estableció exclusivamente para el Banco, pero de ninguna manera, por mera interpretación, podía extenderse esa excepción que

debe ser expresa, con carácter restrictivo, a los entes por el Banco administrados, con desconocimiento de su propia naturaleza legal.

5.- Finalmente, habrá de observarse que el decreto-ley 222 de 1983 es posterior al Reglamento Autónomo 386 de 1982, y en dicha nueva reglamentación contractual quedaron expresamente comprendidas las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto a los contratos de empréstito y obras públicas, además de las normas que expresamente se refieren a esas empresas. Por lo demás, el reglamento Autónomo no podría modificar el decreto-ley 150 de 1976, ni ir más allá de la esfera del Banco Emisor.

En los anteriores términos se contesta la Consulta formulada por la Ministra (E) de Desarrollo Económico.

Transcribese en copia auténtica.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*,
Humberto Mora Osejo; *Jaime Paredes Tamayo*,

Elizabeth Castro R., Secretaria.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA- CONTROL FISCAL.

La ley regula la forma de ejercer el control fiscal de las empresas industriales y comerciales del Estado y el artículo 21 de la Ley 20 de 1975 la hace aplicable a las sociedades de economía mixta con aporte del Estado equivalente, por lo menos, al 50% del capital social. Por consiguiente para que se pudiera considerar que ese control fiscal no subsiste, hubiera sido menester que la Corte hubiera declarado inexecutable el artículo 21 de la Ley 20 de 1975 o que una ley posterior lo derogara. Por el contrario la Corte lo declaró executable y no ha sido objeto de modificación ni menos de derogación. Por consiguiente ese control fiscal existe y se debe cumplir.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., catorce (14) de Febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Consulta. Radicación : No. 003

En Oficio No. 6408 del Señor Ministro de Defensa Nacional, formula a la Sala la Consulta que a continuación se transcribe :

"A qué régimen de vigilancia fiscal están sometidas las Sociedades de Economía Mixta, en las cuales el Estado posea el 50% o más del capital.

Lo anterior, en razón a lo siguiente :

1. En sentencia del 11 de diciembre de 1979 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, declaró la exequibilidad de varios artículos de la Ley 20 de 1975, entre ellos el artículo 21, referente al régimen de vigilancia fiscal de las Sociedades de Economía Mixta.
2. Mediante sentencia del 24 de abril de 1980, la Corte Suprema de Justicia -Sala Constitucional-, declaró inexecutable los artículos 1o, 20, 22, 26, 28, 30, 31, 37, 39, 52 y 54 del Decreto Ley 924 de 1976 "sobre estructura orgánica de la Contraloría General de la República", pero únicamente en relación con las Sociedades de Economía Mixta.
3. La Superintendencia de Sociedades ha exigido que en algunas de las mencionadas Sociedades de Economía Mixta haya control fiscal de la Contraloría, con fundamento en la Ley 20 de 1975, artículo 21 ".

CONSIDERA LA SALA

Para efectos de su control y los mecanismos del mismo, el artículo 21 de la Ley 20 de 1975 por la cual se modifican y adicionan las normas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del Control Fiscal, y se dictan otras disposiciones, distingue las Sociedades de Economía Mixta, según el monto de su aporte estatal.

El control fiscal de sociedades en las que el Estado posea el 50% o más del capital se asimila al de las Empresas y sus mecanismos son los propios del control posterior, según el parágrafo del artículo 5o. de la Ley, pero cuando aparezcan frecuentes o repetidas irregularidades debe establecerse control previo a solicitud de la Junta Directiva o por determinación de la Contraloría General de la República, (artículo 20 *ibidem*). Dicho artículo 5o. para evitar que los mecanismos de control impidan o dificulten las actividades de las Empresas y Sociedades a ellas asimiladas para efectos de control , prescribe precisamente que tendrán sistemas adecuados de fiscalización que consulten principios modernos de auditoría financiera y el giro especial de sus negocios.

"El control posterior que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República, consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y en determinar si se ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos" . (Art. 4o. Decreto 925 de 1976).

El control fiscal de las Sociedades en que el Estado posea menos del 50% del capital se ejerce, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 20 de 1975, "...por Revisores Fiscales elegidos por la Asamblea de Accionistas de

listas pasadas por el Contralor General de la República y su función será desempeñada, en los términos previstos 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 Auditor o Revisor Fiscal ".

Sobre entidades crediticias y financieras, constituidas como sociedades de economía mixta, con aporte estatal igual o superior al 50% del capital social, el control fiscal se realiza mediante los mecanismos que contemplan los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 20 de 1.975 en coexistencia con el control permanente de la Superintendencia Bancaria.

En los contratos de Sociedad del Estado o de sus entidades descentralizadas no se puede prescindir de la vigilancia fiscal que corresponde a la Contraloría General de la República (Art. 58, Ley 20 de 1.975).

La institución y desarrollo del régimen especial, de Derecho Público, al cual se subordina el ejercicio del control fiscal de las sociedades de economía mixta, atribuido a la Contraloría General de la República, no ha encontrado en la jurisprudencia las interpretaciones más armónicas y concordantes.

Pero no porque sea susceptible de diversas interpretaciones, de dos concepciones jurisprudenciales opuestas, puede desconocerse la única alternativa que ofrece en nuestro sistema jurídico la existencia y vigencia de una norma legal, como es su aplicación.

Tal es el caso del artículo 21 de la Ley 20 de 1.975, declarado exequible además, por la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 23 de Octubre de 1.978, artículo al cual se refiere la consulta del señor Ministro de Defensa Nacional aunque el fallo que cita de 11 de Diciembre de 1.979, fue el que declaró exequibles los artículos 22 a 27, 31 a 33 y 37 a 58 de la Ley 20 de 1.975.

La exequibilidad y actual vigencia del artículo 21 de la Ley 20 de 1.975, el significado de sus términos claramente tomados en sentido técnico-jurídico, la distinción por su monto, entre dos aportes sociales, que sustenta la disposición respecto del control de cada sociedad, un tenor literal, en fin, que corresponde a la expresión de una voluntad jurídica en su exacto alcance, sin ambivalencia o contradicción, no deja margen de duda alguna sobre la procedencia de su aplicabilidad y el valor intrínseco de su contenido, que depende más de las actuales necesidades éticas y económicas de un sistema jurídico que de la voluntad ocasional del legislador.

De ahí que no sea posible sólo a través de los criterios legales de adscripción y vinculación de las entidades descentralizadas, extraer el fundamento del control fiscal de las mismas, con exclusión del criterio esencial

en que tal control se informa o afianza: la gestión y utilización de recursos provenientes del tesoro público y su defensa. Finalidad pública de gestión y aporte público de recursos son elementos determinantes del control y de la presencia de la Contraloría cuando la norma que lo establece determina la forma y grado del mismo dentro del orden al que pertenezca la entidad vigilada. (Artículos 59 y 190 de la Constitución Política).

La competencia total y exclusiva para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración nacional, tanto respecto de los organismos principales como de las entidades descentralizadas, está atribuida a la Contraloría General de la República, y dicha competencia no excluye ningún organismo ni sustrae de dicho control a ninguno de los bienes y recursos ni los aspectos de su manejo.

"De modo que en el orden nacional no puede existir sino un organismo de vigilancia fiscal, que es la Contraloría mencionada, y la ley no puede restringir ni dividir su competencia, no estando limitada ni condicionada en la Constitución, ya que ésta solo otorga al legislador la facultad de determinar el modo de su ejercicio, mas no los sujetos ni la materia sobre las cuales recae ese control. (Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de 11 de Febrero de 1.971).

Caracterizadas por el aporte estatal, cuya naturaleza se sostiene dentro del patrimonio social, las sociedades de economía mixta son controlables en cuanto a la destinación de tal aporte, según lo haya ordenado la ley pertinente los mismo que su producido, en cuanto resulte en determinada participación de utilidades en favor del Estado aportante.

"Lógicamente, sobre los derechos y títulos de acción y su producido cabe el control fiscal de la Contraloría. Advirtiéndose que dicho control como el de la inversión o aporte nacional a una sociedad de economía mixta recae sobre la entidad que realiza esta operación y es tenedora de aquéllos, mas no sobre la gestión industrial o comercial de la sociedad".

"Se trata de fondos nacionales por su origen legal, y recaudo oficial, de fondos nacionales por su destino, que se cumple mediante el manejo de ellos por la entidad encargada de emplearlos.

"La índole oficial nacional de los fondos recibidos se conserva intacta desde el instante de su recibo, durante su manejo por la sociedad y hasta que deje de existir por la utilización final a que la ley los destina, a fin de que la vigilancia fiscal pueda llenar su cometido". (Concepto citado).

Ni enerva ni deja en duda la aplicación del artículo 21 de la Ley 20 de 1.975, el hecho de que no subsistan, en lo que respecta a sociedades de economía mixta, las normas del Decreto-ley 924 de 1.976 declaradas

inexequibles por la Corte Suprema de Justicia -Sala Constitucional- el 24 de abril de 1.980, así, desde el punto de vista de la sentencia, constitucionalmente no sea posible el control fiscal de la Contraloría General de la República sobre las sociedades de economía mixta.

"2o.)- De las normas declaradas inexequibles por la sentencia del 24 de abril de 1.980, "en relación con las sociedades de economía mixta, solo el artículo 52 del Decreto-ley 924 de 1.976 se refiere a éstas, en cuanto el párrafo dispone que "las revisorías fiscales de las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tenga menos del 50% del capital social tendrán la categoría de las auditorías especiales". Las demás disposiciones del mencionado decreto, correspondientes a los artículos 1o., 20, 22, 26, 28, 30, 37 y 54 del Decreto-ley 924 de 1.976, no atañen a las sociedades de economía mixta y por lo mismo, según la referida sentencia, son exequibles. Algunas de estas disposiciones solo se refieren, en forma genérica, a las diversas dependencias del Estado y a las entidades adscritas o vinculadas a Ministerios o Departamentos Administrativos, entre las cuales se cuentan los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, pero no las sociedades de economía mixta. A este respecto es claro e inequívoco el artículo 8o. del Decreto-ley 3130 de 1.968. La inexequibilidad del párrafo del artículo 52 del mismo decreto sólo significa que las "revisorías fiscales" de las sociedades de economía mixta, con aportes del Estado inferiores al 50%, no se asimilan, en cuanto a la categoría, a las "auditorías especiales".

"Esto se explica porque el Decreto-ley 924 de 1976, "por el cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría General de la República", no regula las funciones de esta entidad, ni menos la manera de ejercerlas, sino su estructura orgánica, por definición abstracta, indeterminada o general.

"3o.)- En cambio, el artículo 21 de la Ley 20 de 1.975, que fue declarada exequible por sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de Octubre de 1.978, clara e inequívocamente prescribe que "las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 50% o más del capital, quedan sometidas al mismo régimen de vigilancia fiscal de las empresas industriales y comerciales del Estado" y que las demás, en las que el Estado posea un aporte menor del indicado, serán controladas por Revisores Fiscales, nombrados por la asamblea general de listas enviadas por el Contralor General de la República'.

"Este precepto legal, que define la manera de fiscalizar las sociedades de economía mixta y que tiene en su favor la intangibilidad del efecto de cosa juzgada, necesariamente debe ser observado. En consecuencia, el control fiscal de las sociedades de economía mixta, en las cuales el aporte del Estado sea igual o superior al 50% del capital social, debe efectuarse en idéntica forma que el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

"4o.)- Según los artículos 3o., inc. 2o. y 5o. y 20 de la Ley 20 de 1.975 y 4o. del Decreto-ley 925 de 1.976, el control fiscal de las empresas industriales y comerciales del Estado, en principio, no es previo ni perceptivo sino posterior, a menos que su Junta Directiva solicite el previo, o que el Contralor lo disponga en forma temporal o permanente, si del examen de las cuentas o de las visitas que practique la Contraloría se deduce que se han cometido frecuentes o repetidas irregularidades.

"Este control debe efectuarse mediante auditorías especiales. Nótese que el artículo 52 del Decreto-ley 924 de 1.976 que las prescribe se refiere a las que deben existir "ante las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas", es decir, según el artículo 8o. del Decreto-ley 3130 de 1.968, en los establecimientos públicos y en las empresas industriales y comerciales del Estado. Sólo el artículo 21 de la Ley 20 de 1.975 remite, por asimilación, a las sociedades de economía mixta con aporte del Estado igual o superior al 50% del capital social al régimen de fiscalización de las empresas industriales y comerciales del Estado, antes indicado. En otros términos, la ley regula la forma de ejercer el control fiscal de las empresas industriales y comerciales del Estado y el artículo 21 de la Ley 20 de 1.975 la hace aplicable a las sociedades de economía mixta con aporte del Estado equivalente, por lo menos, al 50% del capital social. Por consiguiente, para que se pudiera considerar que ese control fiscal no subsiste, hubiera sido menester que la Corte hubiera declarado inexecutable el artículo 21 de la Ley 20 de 1.975 o que una ley posterior lo derogara. Por el contrario, la Corte lo declaró executable y no ha sido objeto de modificación ni menos de derogación. Por consiguiente, ese control fiscal existe y se debe cumplir". (Concepto de la Sala de Consulta-Radicación No. 1.940- Consejero ponente : Doctor Humberto Mora Osejo de fecha 15 de Septiembre de 1.983).

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

Por la Secretaría envíese copia auténtica.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo;

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CAJA DE CREDITO AGRARIO. IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, como sociedad de economía mixta, es contribuyente del impuesto de renta, dado el mandato general del Decreto Legislativo 1979 de 1974 y dada la no inclusión de dicha entidad en las situaciones de excepción, que son taxativas. La exención del artículo 35 de la Ley 57 de 1931, quedó derogada en lo relativo al impuesto de renta y complementarios, por el artículo 2º del Decreto Legislativo 1979 de 1974 y por el artículo 4º del Decreto Legislativo 2054 de 1974.

Consejo de Estado. - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente : *Doctor Eduardo Suescún Monroy*

Referencia: Consulta

Radicación : N° 010

El señor Ministro de Agricultura formula la siguiente consulta sobre la situación de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en relación con el impuesto de renta.:

"La CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, fue creada por la Ley 57 de 1931 y Decreto 1998 del mismo año, como una Sociedad Anónima de Economía Mixta, del orden nacional, perteneciente al

sector agropecuario, vinculada al Ministerio de Agricultura y sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado.

La CAJA, como Sociedad, tiene una duración indefinida, según la Ley 27 de 1981, su capital pagado a julio/85 es de \$12.493'752.155.96 perteneciente al Estado colombiano en un 99.95%, es una entidad oficial de fomento, cuyo fin primordial consiste en atender la demanda de crédito, especialmente del sector rural, dirigido a facilitar y estimular la producción agraria en un país que es eminentemente agrícola.

Las circunstancias anteriores convierten a la CAJA en una entidad ejecutora de gran parte de las políticas gubernamentales en materia de fomento agropecuario en todas las modalidades que ésta presente cuando motivos de orden público así lo exigen, como en programas de parcelaciones, titulación de baldíos, refinanciación de créditos a damnificados en zonas de desastre, créditos a amnistiados, etc.

Como consecuencia de su naturaleza, finalidad y conformación del capital, la CAJA DE CREDITO AGRARIO tiene un régimen legal especial, no solo para el desarrollo de sus actividades, sino de privilegio y protección otorgados por leyes y decretos. Podría citarse a título de ejemplo, las leyes 14 de 1983 y 33 de 1971, 16 de 1982 y 68 de 1983 sobre recapitalización de la Entidad, así como el Decreto-Ley 3130 de 1968 que en su artículo 43 dice:

"Del ejercicio de privilegios y prerrogativas. Los establecimientos públicos, como organismos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación".

"Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las leyes, y los generales aplicables a esta clase de organismos".

Para plantear los fundamentos del tema de la consulta, es necesario mencionar en relación con la norma arriba citada, la protección que en materia de impuestos le otorgó la Ley 57 de 1931, cuyo texto dice:

"Tanto la Caja de Crédito Agrario como las letras agrarias, acciones, bonos, etc., de la institución y las operaciones que ésta ejecute, estarán exentas de los impuestos nacionales, departamentales y municipales, y de toda clase de contribuciones. Además gozará la Caja de todas las ventajas que le da la Ley como institución de utilidad pública".

Se infiere entonces, que este tratamiento preferencial, comprende a la CAJA DE CREDITO AGRARIO como persona jurídica y por consiguiente a todos los bienes y derechos que integran su patrimonio y a las operaciones que efectúe dentro del giro de sus actividades.

La Reforma Tributaria de 1974 mediante el Decreto- Ley 1979 de 1974 (Artículo 2º), involucra dentro de la categoría de contribuyentes del impuesto de renta y patrimonio a las empresas de economía mixta:

"A partir del año gravable de 1974 son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta de orden nacional, cualquiera sea la proporción del capital que en éstas corresponda a Entidades Oficiales..."

Entendiendo que el deber de todo contribuyente comprende la presentación de la declaración tributaria, en la cual, además de denunciar sus ingresos, rentas, deducciones y bienes, determina el impuesto a cargo, la consulta específica que se eleva ante esa Honorable Sala, es si en virtud a lo expuesto en los párrafos precedentes y la exención conferida en forma especial por el artículo 35 de la Ley 57 de 1931, la Caja de Crédito Agrario, solo estaría obligada a cumplir con la presentación de la declaración de renta y patrimonio con todas sus informaciones y anexos, sin que esta circunstancia exija la liquidación de impuestos a cargo".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1.- La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero es una sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional al tenor de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 27 de 1981.

2.- El artículo 2º del Decreto Legislativo 1979 de 1974 dice:

"A partir del año gravable de 1974 son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las sociedades anónimas, las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, cualquiera que sea la proporción del capital que en éstas corresponda a entidades oficiales.

Se exceptúan las entidades que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública".

En esta forma para el ordenamiento jurídico todas las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional quedaron consideradas, desde 1974, como sujetos pasivos del impuesto de renta y complementarios. Se exceptuaron solo, en el segundo inciso de la norma, a las empresas encargadas de prestar servicios de energía, acueducto, alcantarillado, correo, telecomunicaciones y salud pública.

De lo anterior resulta claro que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como sociedad de economía mixta, es contribuyente del impuesto de renta, dado el mandato general de la norma y dada la no inclusión de dicha entidad en las situaciones de excepción, que son taxativas.

En consecuencia, por ser sujeto pasivo del impuesto de renta y complementarios, la Caja de Crédito Agrario debe cumplir la obligación sustancial de pagar el tributo, si analizados los hechos previstos en la ley, resulta base sobre la cual deba liquidarse dicho impuesto.

Para tal efecto, la Caja de Crédito Agrario debe cumplir con el deber formal de denunciar a la Administración Tributaria la ocurrencia y medida de los hechos generadores del impuesto, acaecidos en el respectivo ejercicio, mediante la presentación de la respectiva declaración de renta y patrimonio.

3.- En cuanto a la exención del artículo 35 de la Ley 57 de 1931, debe advertirse que quedó derogada en lo relativo al impuesto de renta y complementarios, por el artículo 2º del Decreto Legislativo 1979 de 1974 y por el artículo 4º del Decreto Legislativo 2054 de 1974. En efecto, estas normas en forma expresa sometieron a dicho régimen a las sociedades de economía mixta y a las empresas industriales y comerciales del Estado, sin que como ya se anotó, hubiese incluido dentro de las excepciones a la Caja de Crédito Agrario. Por otra parte, tampoco se ha expedido norma alguna que mantenga la vigencia de la exención del pago del impuesto de renta y complementarios establecida en la Ley 57 de 1931 a favor de la Caja de Crédito, como sí lo hizo el decreto 2374 de 1974 con la exención creada por la ley 10 de 1946 en favor de la Flota Grancolombiana S.A.

4.- Todo lo anterior resulta claro a partir de la reforma tributaria de 1974 que en forma sistemática se ocupó del impuesto de renta y en forma expresa sometió al régimen de ese impuesto, como regla general, a las sociedades de economía mixta si bien previó que los fondos provenientes de estos gravámenes se destinaran exclusivamente a complementar el financiamiento de la educación primaria.

Sin embargo, teniendo en cuenta los fines sociales y económicos que está llamada a cumplir la Caja Agraria dentro del área del desarrollo del campo y de los campesinos, sería conveniente que el gobierno propusiera al Congreso de la República una solución que bien podría ser como la establecida en la ley 9a de 1983 que exoneró del pago de impuesto de renta a las empresas encargadas de la financiación de los servicios de energía y educación (art. 35), o como la establecida en la ley 54 de 1977 que otorgó a la Empresa Colombiana de Petróleos, a los Ferrocarriles Nacionales, a la empresa Puertos de Colombia y a la compañía Nacional de Navegación el derecho a efectuar ciertos descuentos del monto del impuesto (art. 13).

Aún más, como la situación de contribuyentes del impuesto de renta afecta a las distintas empresas oficiales y sociedades de economía mixta del orden nacional, debe recomendarse también un reexamen general del punto para asegurar que la legislación tributaria no trate a dichas entidades como contribuyentes particulares sino como entidades que hacen parte integrante del Estado mismo.

5.- Visto lo anterior, la Sala conceptúa que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero está sujeta a cumplir con las normas sustanciales y procedimentales relativas al impuesto de renta y complementarios, tal como lo establecieron las citadas disposiciones de la emergencia económica de 1974.

Transcribese en copia auténtica, a los señores Ministro de Agricultura y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

EXTRANJEROS - Derechos. VISA. VIA GUBERNATIVA. RECURSOS

Los extranjeros disfrutan en Colombia de todas las garantías constitucionales y de las libertades esenciales y no es el nuevo C.C.A. fuente de su limitación o de condicionamiento a circunstancias y requisitos especiales distintos de los que rigen para los nacionales. Son aplicables en cuanto compatibles las normas del C.C.A. que regulan los recursos en la vía gubernativa a las peticiones relacionadas con la expedición y prórroga de visas, en ausencia de reglamentación directa por parte del Decreto 2955 de 1980, que unifica el régimen para el control de extranjeros en Colombia. Para la interposición de recursos no se exige la presencia del extranjero dentro del territorio nacional. Ningún tercero puede interponer los recursos de la vía gubernativa, por sí o por medio de apoderado.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., diez y ocho de marzo (18) de mil novecientos ochenta y seis (1.986).

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Consulta

Radicación: No. 007

El señor Ministro de Relaciones Exteriores, en Oficio No. 00-003, somete a consideración de la Sala, la consulta que se transcribe a continuación:

"1a. El Decreto 2017 de 1968, Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, atribuye a la División de Visas la función relacionada con el estudio, tramitación y resolución sobre las solicitudes de visas formuladas por los extranjeros. (Art. 59, subrogado por el artículo 22 del decreto 2472 de 1968).

2a. Por su parte, el decreto 2955 de 1980, "por el cual se dictan unas disposiciones sobre expedición de visas y control de extranjeros", consagra en sus artículos 1o. y 132 la discrecionalidad del Gobierno Nacional en la materia.

El artículo 1o. de este decreto dispone : "la entrada de extranjeros al territorio nacional, así como su permanencia y salida, estarán sujetas a las disposiciones del presente Decreto, sin perjuicio de la competencia discrecional que tiene el Gobierno Nacional sobre la materia". Y el 132 establece: "Es competencia discrecional del Gobierno Nacional expedir y cancelar visas, así como autorizar su cambio dentro del territorio de la República ".

3a. El legislador extraordinario dispuso en el Código Contencioso Administrativo, artículo 36, que: En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional,. debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa ".

4a. El artículo 14 del Código Contencioso Administrativo preceptúa: Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos ". "...".

La misma norma consagra en el inciso tercero del artículo 35: "Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay".

Con base en las anteriores consideraciones me permito consultar:

a.- Teniendo en cuenta que el otorgamiento de una visa es una decisión propia de la potestad soberana del Gobierno Nacional, que se adopta en ejercicio de la facultad discrecional, ¿caben contra ella los recursos de la vía gubernativa?

b.- Si de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución Política, los extranjeros disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que

se conceden a los colombianos, un extranjero que no se encuentre en el territorio nacional puede ejercer los recursos de la vía gubernativa?

c.- En los términos de los artículos 14 y 35 del Código Contencioso Administrativo, puede considerarse que terceras personas distintas al extranjero que solicita la visa, como por ejemplo, una familiar o la persona natural o jurídica que lo contrata, son titulares del interés necesario para presentar la solicitud de visa ante el Ministerio de Relaciones e interponer los recursos de la vía gubernativa?".

CONSIDERA LA SALA

Los extranjeros disfrutan en Colombia de todas las garantías constitucionales y de las libertades esenciales y no es precisamente el nuevo Código Contencioso Administrativo fuente de su limitación o de condicionamiento a circunstancias y requisitos especiales distintos de los que rigen para los nacionales.

En el contexto del artículo 11 de la Constitución Política, solo razones de soberanía y seguridad justificarían tal limitación de garantías y libertades a los extranjeros que pisan el territorio nacional. Y entre los principios orientadores con arreglo a los cuales deben desarrollarse las actuaciones administrativas y resolverse las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento administrativo, el de imparcialidad exige dar tratamiento igual a todas las personas para asegurar y garantizar sus derechos, sin ningún género de discriminación, y el de contradicción, darles oportunidad de conocer y de controvertir por los medios legales todas las decisiones. Como derecho protegido por garantía constitucional y como medio efectivo de realizarla, el derecho al debido proceso, a la plena y oportuna defensa, obtiene su reconocimiento y posibilidad de ejercicio en el procedimiento administrativo que rige la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

La administración está obligada a dar una participación igualitaria a los interesados, so pena de ilegitimidad de la decisión, por afectar la imparcialidad que debe guardar en el trámite.

El derecho a ser oído presupone publicidad del procedimiento, oportunidad de expresar las propias razones antes y después de la emisión del acto administrativo, interponiendo recursos, y el derecho a hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

El recurso administrativo -en sentido amplio- es un medio de defensa de los derechos del particular ante el órgano administrativo. Jurídicamente ese medio de defensa se caracteriza por ser un derecho en sustancia y un acto en su forma, en su interposición procesal. La impugnabilidad es la posibilidad

de que el particular pueda cuestionar y disentir eficazmente la legitimidad o el mérito del acto que lo perjudica. El principio constitucional de la defensa enjuicio, del debido proceso, es, por supuesto, aplicable en el procedimiento administrativo con un criterio amplio, no restrictivo.

Y la aplicación de la parte primera del Código Contencioso Administrativo es prescripción común a todos los órganos y dependencias de la Rama Ejecutiva cuando cumplan funciones administrativas, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales o como supletiva de éstas en cuanto sea compatible (artículo 1o., inciso 2o. *ibídem*).

Acierta este primer artículo del Código a establecer un puente o mecanismo de relación entre los procedimientos gubernativos y generales y aquellas actuaciones de la administración no reguladas específicamente o donde no se hubieren contemplado los principios que la ley quiso que determinaran toda la actuación de la administración.

Al darle la primera parte del Código Contencioso Administrativo carácter supletorio, dejó abierta la posibilidad de que la administración regule los procedimientos atendiendo a la naturaleza particular de cada situación, previniendo, sin embargo en el artículo 32 que los reglamentos de trámite interno de las peticiones que corresponde resolver a los organismos de la rama ejecutiva, entidades descentralizadas del orden nacional, gobernaciones y alcaldías de los distritos especiales "no comprenderán los procedimientos especiales señalados por las leyes para el trámite de asuntos al cuidado de las entidades y organismos indicados...".

También la Ley 58 de 1.982 que concedió facultades para reformar el Código Contencioso Administrativo, previno expresamente en su artículo 5o.: "A falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas de nivel nacional, departamental y municipal se cumplirán conforme a los siguientes principios: audiencia de las partes; enumeración de los medios de pruebas que puedan ser utilizados en tal procedimiento; necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares".

Con esta fuente legal, el desarrollo del derecho de impugnación comprende las previsiones sobre notificaciones y recursos, entre éstas, la del artículo 47 del Código citado, a cuyo tenor: "En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo".

De los recursos en la vía gubernativa, su procedencia, oportunidad y presentación, requisitos, rechazo, desistimiento, y efecto en el cual se conceden, desarrollan regulación suficiente los artículos 49 a 55 del Código Contencioso Administrativo. Y la complementa en cuanto a la cuestión

consultada, la Resolución del Ministerio de Relaciones Exteriores No. 0351 del 28 de Febrero de 1.985, cuyo artículo 13, aparte 9o., prescribe:

"La decisión que ponga término a la actuación se notificará personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dando estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 44, 45, y 47 (información sobre recursos) del Código Contencioso Administrativo". Según el artículo 5o., numeral 10 de la misma Resolución, las peticiones relacionadas con la expedición y prórroga de visas, con cualquier otra actuación o información sobre visas y con la expedición de documentos de viaje serán atendidas por el Jefe de la División de Visas.

Y según el artículo 29 "las disposiciones de la presente Resolución no se aplicarán al procedimiento especial señalado en la Ley 22 Bis de 1.936 y en Decreto 2247 de 1.983, para el trámite de las solicitudes de nacionalización. En lo no previsto en estas disposiciones se aplicarán las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles".

Bastaría esa remisión, que reitera directamente la ya vista del artículo 1o., inciso 2o. del Código, para estimar aplicables en cuanto compatibles, las normas reguladoras de los recursos en la vía gubernativa a las peticiones relacionadas con la expedición y prórroga de visas, en ausencia de reglamentación directa por parte del Decreto No. 2955 de 1.980, que unifica el régimen para el control de extranjeros en Colombia.

En la medida en que tutelan la esencia de los derechos subjetivos o intereses legítimos, las normas reguladoras de los recursos vinculan la actividad administrativa, a falta de regulación directa, y su aplicación no implica un límite a la competencia discrecional sino una regulación de la función administrativa y, por lo tanto, de una actividad reglada residualmente. No todo interés viene garantizado por el derecho en forma de derecho subjetivo, sino que puede asumir otras formas. La expedición de visas dentro de los dos (2) meses siguientes a su autorización y su utilización dentro de los seis (6) meses siguientes a su expedición, presupone ser titular de pasaporte por parte de quien ingrese, transite, permanezca temporalmente o resida en el territorio colombiano. De tal titularidad deriva el interés personal y directo, "necesario para obtener lo solicitado o pedido", en términos del artículo 35 del Código Contencioso de lo Administrativo, y requerido, además, para la interposición del recurso por el artículo 52 ibídem, requisito que no exige la presencia física del extranjero dentro del territorio nacional.

Interés particularizado, exclusivo, por oposición a concurrente o compartido, que individualiza posibilidad de la exigencia para obtener de la administración lo solicitado o pedido o para impugnar la decisión dictada en abuso de sus facultades discrecionales. De ahí que pueda contestarse la segunda cuestión propuesta en la consulta, afirmando que fuera del interés del titular

SALA DE CONSULTA

del pasaporte, requerido para la autorización de la visa, no puede existir como necesario, otro derivado de parentesco o de relación laboral con el extranjero que desea obtener visa. Por tanto ningún tercero puede interponer los recursos de la vía gubernativa, por sí o por medio de apoderado.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Señor Ministro de Relaciones Exteriores.

*Eduardo Suescún Monroy, Presidente; Jaime Betancur Cuartas,
Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CERTIFICADO DE DESARROLLO TURISTICO. INTENDENCIA. COMISARIA

El artículo 18 del Decreto 470 de 1986 es una norma nueva de incentivo, posterior y con la motivación especial de fomento para las intendencias y comisarías, exclusiva para las mismas, y adicional del incentivo ya concedido por la legislación anterior (Decreto - Ley 3448 de 1983) como integrantes de los llamados Distritos Fronterizos, de manera que el porcentaje a conceder llega hasta un máximo de veintiuno. El legislador extraordinario sabía que ya existían tres puntos adicionales por un período de cinco años según el Decreto-Ley 3448 de 1983 por razón de política de fronteras, pero quiso propender, además, al específico desarrollo económico de las intendencias y comisarías existentes, o que llegaren a crearse, con mayor beneficio como atractivo para la industria hotelera.

Consejo de Estado. - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Mayo veintidós (22) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: CONSULTA. Radicación N^o.038

El señor Ministro de Desarrollo Económico formula a La Sala la siguiente Consulta:

1. El artículo 7o. de la Ley 60 de 1.968 creó los Certificados de Desarrollo Turístico como instrumento para fomentar la Industria Turística Nacional, a tiempo que el artículo 8o. ibídem, estableció grosso modo los requisitos para su otorgamiento.

2. El Gobierno Nacional, con el ánimo de regular dichos certificados de una manera más completa, expidió los decretos N° 2272 de 1974 , y su reglamentario N° 1361 de 1976. Estas normas constituyen en realidad el eje alrededor del cual gira el manejo del incentivo de los Certificados de Desarrollo Turístico. De conformidad con ellas, "la cuantía de los CDT que se entreguen a los inversionistas será hasta el 15 % del costo real de la inversión, por una sola vez, en cada caso".

3. Situándose específicamente en el punto objeto de esta consulta es menester anotar que el artículo 27 del decreto 3448 de 1983, "por medio del cual se establece un estatuto especial para las Zonas Fronterizas, se otorgan estímulos e incentivos para su desarrollo y se dictan otras disposiciones", dispuso:

"Subsidio para la construcción de hoteles.- Los establecimientos hoteleros que sean construidos en los Distritos Fronterizos a partir de la fecha de expedición del presente decreto y por un período de cinco (5) años, contarán con tres puntos adicionales en el otorgamiento de los Certificados de Desarrollo Turísticos".

4. Posteriormente el decreto 470 de 1.986 en su artículo 18, ordenó:

"Los establecimientos hoteleros que se construyan, remodelen o ensanchen en las actuales Intendencias o Comisarías o en las que se creen en el futuro, contarán con tres puntos adicionales en el otorgamiento de los Certificados de Desarrollo Turístico por un período de cinco (5) años a partir de la fecha de vigencia del presente decreto".

5. La duda que la entidad competente para la concesión de los Certificados alberga en concreto, radica en si los tres puntos adicionales otorgados por el artículo 18 del decreto N° . 470 de 1986, constituyen el mismo incentivo consagrado por el artículo 7o. del decreto 3448 de 1983 o sí, por el contrario, la nueva norma crea un beneficio adicional, de modo que el máximo porcentaje a conceder, si el establecimiento se subsume en las hipótesis previstas, sería de hasta seis puntos más, llegando entonces hasta un máximo de veintiuno.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1- La Ley 60 de 1968 creó los Certificados de Desarrollo Turístico y expresa sus requisitos con el objeto de incrementar el desarrollo de la industria turística nacional. A su vez el decreto legislativo 2272 de 1974, dictado en emergencia económica o social, y su reglamentario 1361 de 1976, determina que la cuantía de los Certificados de Desarrollo Turístico que se entreguen a los inversionistas será hasta el 15 % del costo real de la inversión, por una sola vez, en cada caso.

2- La Ley 10 de 1.983 "Por la cual se provee el Gobierno de instrumentos para el manejo de la política de fronteras ", facultó al Gobierno para definir para efectos territoriales administrativos y de planificación y desarrollo económico y social, lo que debe entenderse por zonas fronterizas. (Art. 1º). En su desarrollo se dictó el decreto-ley 3448 de 1.983 que definió los conceptos de Regiones Fronterizas y Distritos Fronterizos, de más proyección aquéllas que éstos respecto de los planes de desarrollo económico y social. (Art. 1º).

Son regiones fronterizas aquellas áreas del territorio nacional colindantes con los límites de la República de Colombia en los términos del artículo 3º de la Constitución Nacional, cuyas relaciones económicas y sociales con los países vecinos justifican programas especiales de desarrollo regional, que impulsen su progreso y su adecuada incorporación a la economía del país y que faciliten la acción de mecanismo binacionales o multinacionales de cooperación y desarrollo fronterizo.

Entre las regiones fronterizas se señalan uno o varios municipios de un departamento; varios departamentos en su integridad; las Intendencias del Arauca, del Putumayo, de San Andrés y Providencia y las Comisarías del Amazonas, del Guainía, del Vaupés y del Vichada./ (Art. 2º). Son también Regiones Fronterizas, por razones especiales, la Intendencia Nacional del Casanare y la Comisaría Especial del Guaviare./ (Art. 4º).

Son distritos fronterizos los municipios y además, en las intendencias y comisarías, los corregimientos, localizados en las Regiones Fronterizas, cuyas áreas son colindantes con los límites internacionales de Colombia y donde es evidente la influencia de las circunstancias económicas, sociales y políticas propias del fenómeno fronterizo.

Como los distritos fronterizos se indican uno o varios municipios de Departamento, Intendencia y Comisaría, en éstas los corregimientos que

colindan con la frontera internacional del país, y el archipiélago de San Andrés de la Intendencia de San Andrés y Providencia.

Con relación a estos DISTRITOS FRONTERIZOS el artículo 27 del decreto en mención establece: Subsidio para la construcción de hoteles.- Los establecimientos hoteleros que sean construidos en los Distritos Fronterizos a partir de la fecha de expedición del presente decreto y por un período de cinco (5) años, contarán con 3 puntos adicionales en el otorgamiento de los certificados de Desarrollo Turístico".

Queda pues así el incentivo aumentado del 15% al 18% del costo real de la inversión , por una sola vez, en cada caso, y por política de fronteras.

3- Se expidió luego la Ley 22 de 1985 "por la cual se dictan normas sobre el régimen administrativo de las Intendencias y Comisarías, se faculta al Presidente de la República para reorganizar el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, modificar el régimen administrativo, contractual y fiscal en estas entidades territoriales y se dictan otras disposiciones".

Con base en dichas autorizaciones el Gobierno dictó el decreto-ley 0470 de 1986 "por el cual se establece un Régimen especial de Fomento Económico para las Intendencias y Comisarías, se dictan disposiciones sobre régimen aduanero en al Intendencia Especial de San Andrés y Providencia y se adoptan otras normas"

En este decreto, en el Capítulo III, Incentivos Turísticos se preceptúa en el artículo 18 "Los establecimientos hoteleros que se construyan, remodelen o ensanchen en las actuales intendencias y comisarías o en las que se creen en el futuro, contarán con tres (3) puntos adicionales en el otorgamiento de los certificados de Desarrollo turístico por un período de cinco (5) años contados *a partir de la fecha de vigencia del presente decreto*" (Súbraya la Sala).

Se trata, en el caso, de una norma nueva de incentivo, posterior y con la motivación especial de fomento *para las intendencias y comisarías, exclusiva para las mismas*, y adicional del incentivo ya concedido por la legislación anterior como integrantes de los llamados Distritos Fronterizos, de manera que el porcentaje a conceder llega hasta un máximo de veintiuno.

El legislador extraordinario sabía que ya existían tres puntos adicionales por un período de cinco años según el decreto-ley 3448 de 1983 por razón de política de fronteras, pero quiso propender, además, por el específico desarrollo económico de las intendencias y Comisarías existentes, o que llegaren a

crearse, con mayor beneficio como atractivo para la industria hotelera. Es ésa una interpretación que conduce al objetivo buscado por el legislador de procurar para esas entidades territoriales medios de incorporación a la prosperidad nacional, por razones de inocultable abandono, por la preservación de la soberanía como límites de nuestra geografía y de la imagen del Estado ante los que nos rodean.

Transcribese.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*,
Jaime Paredes Tamayo, *Humberto Mora Osejo*,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

MINISTERIO DE DEFENSA. PERSONAL CIVIL. PERSONAL MILITAR. ABOGACIA- Ejercicio

Las personas -militares y civiles- vinculadas al servicio del Ministerio de Defensa, con funciones de la Justicia Penal Militar, están comprendidos por el artículo 40 del Decreto-ley 196 de 1971 que prohíbe intervenir, como abogado o litigante, en los asuntos en que se hubiera actuado en ejercicio de las funciones propias de un cargo y de modo general, "hacerlo ante la dependencia administrativa" en la cual se "haya trabajado durante el año siguiente" a la dejación del empleo. Sólo se exceptúan las personas vinculadas directamente a la jurisdicción Penal Militar sin que ejerzan empleos en el Ministerio de Defensa.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., cuatro (4) de Junio de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo*

Referencia: Consulta. Radicación N°. 035.

Se absuelva la consulta que el señor Ministro de la Defensa Nacional hace a la sala en los siguientes términos textuales:

"1. De conformidad con lo dispuesto en el Código de Justicia Penal Militar:

"a. El Tribunal Superior Militar estará compuesto por quince Magistrados Abogados, diez Fiscales Abogados, que serán nombrados para períodos de cinco años por el Gobierno Nacional; el Comandante General de las Fuerzas Militares será su Presidente; el Tribunal está dividido en Salas, cada una de las cuales se integrará por tres Magistrados Abogados y el Comandante General de las Fuerzas Militares que debe presidirlas (Artículos 321, 322 y 325).

"b. Habrá el número de Jueces de Instrucción Penal Militar que requieran las necesidades del servicio y serán repartidos como el Ministro de Defensa lo determine dichos juzgados tendrán un secretario permanente nombrado libremente por el Ministerio de Defensa (Artículos 358 y 362).

"c. El Gobierno determinará y reglamentará el número y el funcionamiento de los Auditores de Guerra principales y Auxiliares, así como los empleados subalternos de éstos, todos los Auditores como sus empleados, serán de libre nombramiento y remoción del Ministerio de Defensa Nacional. (Artículos 372 y 374).

"2. El Decreto-Ley 2335 de 1971, reorgánico del Ministerio de Defensa Nacional, dispone en su Artículo 38 que: "El Tribunal Superior Militar, los Juzgados de Instrucción Penal Militar y las Auditorías de Guerra, dependen administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con el Código de Justicia Penal Militar".

"3. De otra parte, el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Nacional en su Artículo 121 adscribe con mucha frecuencia el conocimiento de delitos a la Justicia Penal Militar, fenómeno éste que no se presenta en relación con los órganos integrantes de la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

"4. El Artículo 40 del Decreto-Ley 196 de 1971 "Estatuto del Ejercicio de la Abogacía" dispone que: "En ningún caso podrá el abogado actuar en relación con asuntos de que hubiere conocido en el desempeño de un cargo público o en los cuales hubiere intervenido en ejercicio de funciones oficiales; tampoco podrá hacerlo ante la dependencia administrativa en la cual haya trabajado, durante el años siguiente a la dejación de su cargo".

"Se pregunta: En caso de que algún funcionario de la Justicia Penal Militar o Abogado del Ministerio, las Fuerzas Militares o Policía Nacional se retire o sea retirado del servicio y decida litigar en causa ajena ante el Ministerio de Defensa Nacional, puede éste organismo reconocerle personería cuando no ha transcurrido un año desde la fecha de la dejación a su cargo? o por el contrario le es aplicable la disposición contenida en el Artículo 40 del Decreto-Ley 196 de 1971 "Estatuto del Ejercicio de la Abogacía", especialmente en la parte que expresa: "....tampoco podrá hacerlo ante la

dependencia administrativa en la cual haya trabajado durante el año siguiente a la dejación de su cargo."?

"Elevo la anterior consulta, en consideración a que con una regularidad se presentan situaciones de éstas, y además, teniendo en cuenta que si bien a la Justicia Penal Militar corresponde el estudio y decisión de los procesos penales que le atribuyen las leyes, no es cierto que su dependencia, organización y funcionamiento difieren en muchos aspectos de los dados por la Constitución y las Leyes a la Rama Jurisdiccional."

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o.) El Art. 170 de la Constitución, que corresponde al Art. 170 de la Constitución de 1886, contempla la Jurisdicción Penal Militar como parte integrante de la genérica rama jurisdiccional, para que juzgue "los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

El Decreto 250 de 1958, con fundamento en el mencionado precepto de la Constitución, regula toda la materia, particularmente los delitos, las penas, la organización de la "Justicia Penal Militar" y el procedimiento. Y el Art. 1o. del Decreto-ley 1265 de 1970 comprende la jurisdicción penal militar entre las existentes, en el país.

2o.) El Art. 2o. de ese estatuto legal prescribe que "el ejercicio de la jurisdicción militar es inherente a la jerarquía militar". El título III del denominado "código de procedimiento penal militar" hace parte del Decreto 250 de 1958 y determina la "organización de la justicia penal militar". Esta se ejerce según el Art. 319 de este estatuto, por la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior Militar, los jueces de primera instancia o quienes los reemplacen, los presidentes de los consejos de guerra verbales, la funciones de instrucción penal militar y, "en casos especiales", por el Ministro de Defensa.

3o.) Según el Decreto 250 de 1958, la "justicia penal militar" se integra por funcionarios pertenecientes exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, como los miembros de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia o los magistrados del Tribunal Superior Militar que no ejercen otros cargos en la Administración, y por personal civil o militar perteneciente, por lo mismo, al Ministerio de Defensa, como el Comandante General de las Fuerzas Armadas, los oficiales de las Fuerzas Armadas con títulos de abogado o el Comandante del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o de la Policía (Arts. 320, 321, 323, 328, 334, 340 y 345 del Decreto-ley 250 de 1958).

Del mismo modo, pueden ser funcionarios de instrucción los militares o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas (Arts. 357 a 363 *ibídem*); y los auditores de guerra, superiores, principales y auxiliares, son funcionarios que hacen parte del Ministerio de Defensa (Arts. 371 a 374 *ibídem*).

De manera que numerosas personas - sobre todo militares vinculados al Ministerio de Defensa-ejercen funciones correspondientes a la Justicia Penal Militar, a causa de su finalidad específica. Esto explica que el Art. 80 del Decreto-ley 250 de 1970, que hace incompatible el ejercicio de cargos jurisdiccionales con "la milicia activa", exceptúe "la jurisdicción penal militar", con la cual, por el contrario, es compatible.

4o.) De ahí que el Art. 28 del Decreto-ley 2335 de 1971 disponga que "el Tribunal Superior Militar, los juzgados de Instrucción Penal Militar y las Auditorías de Guerra, dependen Administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con el Código de Justicia Penal Militar".

Por consiguiente, las personas -militares y civiles- vinculadas al servicio del Ministerio de Defensa, con funciones en la Justicia Penal Militar, están comprendidos por el Art. 40 del Decreto-ley 196 de 1971 que prohíbe intervenir, como abogado o litigante, en los asuntos en que se hubiera actuado en ejercicio de las funciones propias de un cargo y, de modo general, "hacerlo ante la dependencia administrativa" en la cual se "haya trabajado durante el año siguiente" a la dejación del empleo. Sólo se exceptúan las personas vinculadas directamente a la Jurisdicción Penal Militar sin que ejerzan empleos en el Ministerio de Defensa.

Transcríbase a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República en sendas copias auténticas.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*,
Humberto Mora Osejo, *Jaime Paredes Tamayo*,

Elizabeth Castro R., Secretaria.

ADOPCION. LICENCIA DE MATERNIDAD

Las relaciones individuales de trabajo del sector público se rigen por estatutos especiales como son los Decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968 y 1045 de 1978, que constituyen una normatividad enteramente separada y distinta al C.S. del T. Ello es suficiente para concluir que el ordinal 4 del actual artículo 236 del C.S. del T. no es aplicable al sector público y que no cabe analogía alguna, dado el expreso mandato de los artículo 3º y 4º del mismo Código. Si la ley hubiera querido hacer extensivas las referidas garantías de las empleadas del sector privado a las empleadas del sector público, habría tenido que decirlo así en forma explícita de manera que pudiera superarse la delimitación existente entre el régimen laboral de uno y otro sector.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Junio Cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis. (1986)

Consejero Ponente : *Doctor Eduardo Suescún Monroy*

Referencia: Consulta. Radicación Nº. 037

Los señores Ministros de Trabajo y Salud formulan la siguiente consulta:

"El día 24 de enero de 1986, se expidió la Ley 24 "Por la cual se adiciona el artículo 236 del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo" y que decreta: Artículo 1. Adiciónase el art. 236 del Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo con el siguiente numeral: 4. - Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente Capítulo para la madre biológica, se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para

la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta: Artículo 2. Esta Ley rige a partir de su promulgación".....

"...Teniendo en cuenta que dichos beneficios cobijan a las madres adoptantes empleadas en el sector privado, consultamos a los Honorables Consejeros, si los beneficios consagrados en el Artículo 1 de la Ley 24 de 1986, pueden hacerse extensivos a las madres adoptantes vinculadas al Estado por contrato de trabajo (trabajadores oficiales), habida cuenta que existe la tendencia a unificar la legislación laboral, puesto que sería discriminatorio limitar un beneficio legal a un sector de la fuerza de trabajo femenina, excluyendo a quienes la han consagrado al servicio del Estado y aceptando el principio de que donde hay la misma razón existe igual disposición".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

El art. 1º de la ley 24 de 1986 extendió a las madres adoptantes de menores de siete años las previsiones y garantías establecidas en el Capítulo V del Código Sustantivo en favor de las madres biológicas: la licencia por parto (o por adopción); los descansos remunerados durante la lactancia y el fuero por maternidad.

El alcance de la norma quedó expresamente circunscrito al ámbito de aplicación del Código Sustantivo del Trabajo: así se deduce de su propio texto, expedido para constituir justamente el numeral 4 d el art. 236 de dicho Código y así se deduce también de la exposición de motivos en la cual se lee que el proyecto de ley se presentó para "llenar vacío legal existente en el capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo". (Anales 5 de agosto /85 pág. 5).

Dado que se trata de una norma del Código Sustantivo del Trabajo su campo de aplicación resulta expresamente delimitado, por los arts. 3 y 4 ibídem, según los cuales dicho estatuto regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, mientras que las del mismo carácter de los empleados oficiales, ya se trate de empleados públicos, trabajadores oficiales o de funcionarios de la seguridad social quedan excluidos de su órbita de vigencia.

Las relaciones individuales de trabajo del sector público se rigen por estatutos especiales como son los decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968 y 1045 de 1978, que constituyen una normatividad enteramente separada y distinta al Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior es suficiente para concluir que el ordinal 4 del actual art. 236 de CST no es aplicable al sector público y que no cabe analogía alguna, dado el expreso mandato de los arts. 3 y 4 del mismo Código.

Si la ley hubiere querido hacer extensivas las referidas garantías de las empleadas del sector privado a las empleadas del sector público, habría tenido que decirlo así en forma explícita de manera que pudiera superarse la delimitación existente entre el régimen laboral de uno y otro sector.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por los señores Ministros de Trabajo y Salud. Transcríbase en copia auténtica.

Eduardo Suescún Monroy, Presidencia de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Humberto Mora Osejo*, Con Salvamento de Voto; *Jaime Paredes Tamayo*, Con Aclaración de Voto;

Elizabeth Castro R., Secretaria.

ADOPCION. LICENCIA DE MATERNIDAD -(Salvamento de voto)

En el concepto se omitió considerar que, en virtud del principio jurídico de igualdad ante la ley (arts. 7º, 9º y 2 letra b), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales y 2, 3, 14, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de la Organización de las Naciones Unidas, ratificados por la Ley 74 de 1968, esas personas, que están en paridad de situación, deben tener idéntico tratamiento legal; que los vacíos legislativos no implican simple y llana denegación de los derechos reclamados sino, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, solución con fundamento en la disposición o las disposiciones que regulen materias semejantes: en este caso mediante el reconocimiento a las madres adoptantes , vinculadas al sector público, de los derechos que el artículo 1º de la Ley 24 de 1986 les reconoce a las que trabajan, por contrato de trabajo, en el sector privado. Estimo que la Sala debió conceptuar que el artículo 1º de la Ley 24 de 1986 es aplicable a las madres adoptantes que trabajan en los sectores público y privado.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Consulta. Radicación No. 037

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1o). El Art. 1o. de la ley 24 de 1986 adicionó el Art. 236 del C.S. del T. al hacer extensivas la "provisiones y garantías", prescritas por el Capítulo V de ese estatuto, "para la madre adoptante del menor de 7 años de edad,

asimilando a la fecha del parto la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Según el tenor literal del precepto, al que se acogió la Sala, se aplica a las madres adoptantes vinculadas por contrato individual y privado de trabajo. A este respecto, la disposición es obvia y no requiere ninguna interpretación.

2o.) Sin embargo, existe el vacío, que con suma razón plantea a la Sala el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, consistente en determinar si el transcrito se aplica o no a las madres adoptantes vinculadas al sector público mediante contrato de trabajo.

La solución exegetica, que corresponde al principio "dura lex sed lex", muy en boga en la época de las grandes codificaciones, no encuentra más solución que afirmar que la ley no contempla la licencia de maternidad para las madres adoptantes vinculadas al sector oficial. Tal fue la metodología y el sentido del concepto mayoritario que motiva mi discrepancia.

3o.) Pero la interpretación exegetica ya ha sido superada por la doctrina y la jurisprudencia, tras verificar que el derecho es, sobre todo, "vida humana objetivada" y que como tal trasciende los estrechos límites de la legislación, por sabia y prudente que sea. La realidad es diversa y de ordinario excede la normatividad, así se atribuya al legislador, con exageración, la prudencia y diligencia necesarias para que no incurra en omisión.

Esto explica que el mismo legislador reconozca su limitación y prescriba como principios de interpretación jurídica los del derecho natural, la equidad, la crítica y la hermenéutica y disponga que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho" (Arts. 4o., 5o., 8o. de la ley 153 de 1887), entre las cuales se cuenta la de regular del mismo modo situaciones iguales.

4o.) El concepto mayoritario simplemente asevera que el Art. 1o. de la ley 24 de 1986 no es aplicable a las madres adoptantes vinculadas al sector público, porque sólo se refiere a las del privado. Pero omite considerar que, en virtud del principio jurídico de la igualdad ante la ley (Arts. 7o., 9o. y 12, letra b), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2o., 3o., 14, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de la Organización de las Naciones Unidas, ratificados por la ley 74 de 1968), *esas personas, que están en paridad de situación, deben tener idéntico tratamiento legal*; que los vacíos legislativos no implican simple y llana denegación de los derechos reclamados sino, de conformidad con el Art. 8o. de la ley 153 de 1887, *solución con fundamento en la disposición o las disposiciones que regulen materias semejantes: en este caso, mediante el reconocimiento a las madres adoptantes, vinculadas al sector público, de los*

derechos que el Art. 1o. de la ley 24 de 1986 les reconoce a las que trabajan, por contrato de trabajo, en el sector privado; y que, finalmente, también aplicable, concurrentemente con los demás, el principio de equidad que afirma que "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición" (Ubi idem ille idem jus debet esse): todas las madres adoptantes, vinculadas al trabajo, están en igual situación y a todas, por lo mismo, se les deben reconocer los derechos que prescribe el Art. 1o. de la ley 24 de 1986, mayormente si las leyes han reconocido igual derecho al descanso, por causa de maternidad, a las madres biológicas de los sectores público y privado (Arts. 19 del Decreto-ley 3135 de 1968 y 236 del C.S. del T.).

5o.) La mayoría afirma que los Arts. 3o. y 4o. del C.S. del T. impide aplicar, en este caso, el principio de la analogía. Esas disposiciones prescriben que la primera parte de ese estatuto regula las relaciones del derecho individual de trabajo de las personas particulares y que las de las personas vinculadas al Estado se rigen por "estatutos especiales". Pero, en primer lugar, esto no obsta para que, como un principio general de hermenéutica, pueda aplicarse la analogía para llenar el vacío, como en este caso; además, para que la analogía pueda excluirse de determinadas situaciones jurídicas, *se requeriría disposición legal expresa que, por lo excepcional, sería de restrictiva interpretación*. Pero, como no existe tal norma exceptiva, *el Art. 8o. de la ley 153 de 1887, con los demás principios expuestos, permite aplicar el Art. 1o. de la ley 24 de 1986, como a las madres adoptantes vinculadas por contrato de trabajo al sector privado, a las que laboran en el sector público.*

En conclusión, estimo que la sala debió conceptuar que el Art. 1o. de la ley 24 de 1986 es aplicable a las madres adoptantes que trabajan en los sectores público y privado.

Fecha ut supra

Humberto Mota Osejo;

ADOPCION. LICENCIA DE MATERNIDAD- (Aclaración de voto)

Es inconcebible que la protección a la maternidad pueda ser objeto de regulación parcial o fragmentaria y discriminado el descanso remunerado que la adopción presupone.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO JAIME PAREDES TAMAYO

Como en el ámbito del Derecho Público donde existen los mismo derechos, debe existir la misma protección, me considero obligado a proclamar la urgencia de una regulación laboral para el sector público cuando concurra la misma situación personal regulada por la Ley 24 de 1.986.

Es inconcebible que la protección a la maternidad pueda ser objeto de regulación parcial o fragmentaria y discriminado el descanso remunerado que la adopción presupone, mientras que, por ejemplo, el descanso remunerado en días de fiesta de carácter civil o religioso resulta ser objeto de regulación común cuya aplicación no ofrece ningún problema para los trabajadores del sector público, y las prestaciones y derechos originados por trabajo en día de descanso se reconocen tanto al trabajador del sector público como al del sector privado. (Ley 51 de 1.983, Art. 1o. inciso 4o.).

Fecha ut supra

Jaime Paredes Tamayo.

**PROCULTURA-Naturaleza jurídica. PROCULTURA - Régimen aplicable.
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA INDIRECTA**

La sociedad de economía mixta denominada Procnltura S.A., de conformidad con el artículo 2º del Decreto 130 de 1976, se rige por el derecho privado, con las salvedades prescritas por la ley en atención a la naturaleza pública que tienen aportes mayoritarios de sus socios.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de Junio de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Consulta. Radicación N°. 044

En Oficio No. 836, la Ministra de Educación Nacional envía a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"Ref.: Determinación de la calidad de empresa privada o entidad de derecho público de la "Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales S.A." - "Procultura S.A."

Honorables Consejeros:

Por Decreto No. 1652 de fecha 6 de julio de 1979 el Ministerio de Gobierno de la República de Colombia, como delegatario de funciones Presidenciales según lo dispuesto por el Decreto No. 1243 de 11 de junio de 1979, en su artículo 1º autorizó, como textualmente se lee, "al Instituto

Colombiano de Cultura para adoptar las acciones que considere necesarias para la promoción y organización de una sociedad con aportes de capitales públicos y privados, denominada "Procultura".

El artículo 2º del mismo Decreto, dispuso que tal sociedad fuera una "Sociedad de Economía Mixta de Orden Nacional" vinculada al Ministerio de Educación Nacional.

En el mismo artículo antes mencionado, estableció que el objeto de la sociedad sería la "producción de todo tipo de bienes culturales, su comercialización y distribución".

Con miras a ello autorizó la creación de una sociedad denominada "Procultura Limitada", cuyo capital podría integrarse con aportes públicos y privados, que se encargaría de iniciar la conformación de la entidad "Procultura S.A." y finalizar los estudios y proyectos necesarios para su adecuada organización y funcionamiento: empresa esta que al terminar su objetivo estatutario debería transformarse en "Procultura Sociedad Anónima".

Igualmente autorizó en su artículo 5º, a ciertas entidades del Estado para que realizaran "aportes en la conformación de Procultura Limitada y subsiguientemente de Procultura S.A."

En cumplimiento del referido Decreto No. 1652, mediante escritura pública No. 1918 de fecha 3 de diciembre de 1979, de la Notaría Undécima de Círculo de Bogotá D.E., se constituyó la "Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales Limitada", "Procultura Limitada", por acuerdo de voluntades de:

Gloria Zea de Uribe: En representación del Instituto Colombiano de Cultura "Colcultura".

Efraín Otero Ruiz: En representación del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas "Colciencias".

Luis Fernando Duque: En representación del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES".

Alvaro Camargo de la Torre: En representación del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior "ICETEX".

Alfonso Carrero Herrán: En representación del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares "ICCE".

Empresa con *domicilio* principal en la ciudad de Bogotá (artículo 2º del estatuto); con *duración* condicional hasta la fecha de cumplimiento de su

objetivo principal, duración que no podría ser superior a un año, contado a partir del registro e inscripción de la Sociedad en la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 3º); cuyo *objeto* principal se estipuló fuera finalizar e implementar los estudios y proyectos necesarios para la promoción, organización y creación de una Sociedad Anónima de Economía Mixta, del Orden Nacional, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, para la producción de todo tipo de bienes culturales, su comercialización y distribución; el capital inicial de la sociedad se estableció en un millón de pesos moneda corriente (\$ 1000.000.00).

Se efectuó la inscripción en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 20 de diciembre de 1.979, bajo el número 399 del correspondiente libro, quedando allí constancia de la designación como representante legal de Alberto Lozano Simonelli.

Mediante escritura pública No. 1431 de fecha 17 de septiembre de 1980 de la Notaría Undécima del círculo de Bogotá, fueron reformados los estatutos de la Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales Limitada "Procultura Limitada", en el sentido de incrementar el capital de la sociedad y acordar el ingreso de dos nuevos socios.

Quedando entonces, el capital social en la suma de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000.00) moneda corriente por el ingreso a la sociedad de la Fundación Universidad Central, representada por Jorge Enrique Molina, y la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" representada por Jaime Forero Valdez, cada una de las cuales efectúa un aporte social de doscientos cincuenta mil pesos moneda corriente (\$ 250.000.00).

Reforma que fue aprobada por la Asamblea General de Socios de "Procultura Limitada", según consta en el Acta No. 1 de fecha 2 de septiembre de 1980.

Copia de la escritura pública de reforma se inscribió en la Cámara de Comercio el 26 de noviembre de 1980 bajo el número 93.212 del libro respectivo.

La Sociedad "Procultura Limitada" se transformó en la "Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales Sociedad Anónima Procultura S.A.", según escritura pública No. 1964 de fecha 27 de noviembre de 1980 de la Notaría Undécima del círculo de Bogotá, que fuera inscrita en la Cámara de Comercio el 18 de febrero de 1981 bajo el número 96484 del libro IX. Decisión esta que fue tomada en sesión extraordinaria efectuada el día 25 de noviembre de 1980. Igualmente se prorrogó su duración a noventa y nueve (99) años, contados a partir de su constitución. En ella se elevaron a escritura pública los estatutos de la empresa.

Estos estatutos fueron modificados y adicionados parcialmente mediante la escritura pública No. 0068 de 4 de febrero de 1981 de la Notaría Undécima del círculo de Bogotá, en la cual se sustituyen los artículos séptimo, referente al capital social autorizado; décimo, referente al derecho de preferencia en la enajenación y suscripción de acciones; cuarenta y cinco, sobre decisiones de la Asamblea General de Accionistas en relación a la liquidación de la empresa; y se adicionó el capítulo octavo, que consta de un solo artículo, el quincuagésimo sexto que trata de la primera colocación de acciones, igualmente, la escritura pública 1964 referida, fue aclarada por la escritura número 342 del 27 de marzo de 1981, de la Notaría Undécima del círculo de Bogotá., únicamente en el sentido de indicar que se había incurrido en el error de denominar la sociedad como "Empresa Colombiana de Producción de Bienes Culturales Sociedad Anónima" "Procultura S.A." , cuando ha debido figurar como "EMPRESA COLOMBIANA DE PRODUCCION Y DISTRIBUCION DE BIENES CULTURALES SOCIEDAD ANONIMA" "PROCULTURA S.A.".

Las escrituras públicas No. 068 y 342, mencionadas, fueron inscritas en la Cámara de Comercio el día 18 de febrero de 1981 bajo el número 96.486 y lo. de abril de 1981 bajo el número 98.202 del correspondiente libro.

En sus estatutos vigentes ha quedado consagrado:

"ARTICULO PRIMERO.- NATURALEZA. Será una sociedad de Economía Mixta del Orden nacional, del tipo de las Anónimas dotada de autonomía administrativa y capital independiente, promovida por el Instituto Colombiano de Cultura COLCULTURA y vinculada al sector educativo. Ministerio de Educación Nacional, Instituto Colombiano de Cultura. Su constitución y organización fue autorizada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto mil seiscientos cincuenta y dos (1.652) del seis (6) de Julio de mil novecientos setenta y nueve (1.979). La sociedad será comercial y tendrá como naturaleza jurídica de la "SOCIEDAD ANONIMA".

"ARTICULO TERCERO.- DENOMINACIÓN. La sociedad girará bajo la denominación "Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales Sociedad Anónima" y en forma abreviada "Procultura S.A.".

(De acuerdo a la aclaración, escritura pública No. 342 de 27 de marzo de 1981 de la Undécima del círculo de Bogotá).

ARTICULO CUARTO.- OBJETO SOCIAL.- La Sociedad tendrá como objeto social la producción de todo tipo de bienes culturales, su comercialización y distribución. En desarrollo de su objeto social, además de realizar todos los actos y celebrar todos los contratos relacionados con el

mismo, la Sociedad podrá: a) Fomentar por cualquier medio la exportación de productos culturales nacionales y su difusión en el extranjero. b) Administrar fondos público o privados destinados a la realización de proyectos de producción o promoción. c) Adquirir, tomar o dar en arrendamiento o a cualquier otro título bienes muebles o inmuebles útiles o necesarios para desarrollar su objeto. d) Dar o recibir dinero en mutuo o sin garantía. e) Abrir establecimientos de comercio, oficinas, sucursales o agencias. f) Dar o recibir para su administración o disposición establecimientos de comercio cuya actividad sea útil o complementaria al objeto social de la Sociedad. g) Representar firmas o autores nacionales o extranjeros. h) Realizar importaciones o exportaciones de cualquier clase de bienes y servicios relacionados con su objeto social. i) Participar en sociedades o adquirir empresas que desarrollen un objeto social, semejante, útil o complementario al de la compañía. j) Financiar proyectos, planes o programas que realicen terceras personas y que tengan por fin la producción, comercialización o distribución de bienes y servicios culturales. k) Celebrar todo tipo de contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con el objeto de lograr, de ellas o para ellas, alguna de las actividades que constituyen el objeto social de la Compañía. l) Abrir o mantener cuentas corrientes o de ahorro y celebrar cualquier tipo de contrato bancario".

"ARTICULO SEXTO. - CAPITAL AUTORIZADO.- El capital autorizado inicial de la Sociedad será la suma de ochenta millones de pesos (\$ 80.000.000.00) moneda corriente, y sus aumentos serán dispuestos y autorizados por la Asamblea General de Accionistas".

"ARTICULO 7o. - El capital social autorizado será la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000.00) MONEDA CORRIENTE, y estará dividido en ochenta mil (80.000) acciones de un valor de UN MIL PESOS (\$1.000.00) MONEDA CORRIENTE, cada una. El capital social actualmente suscrito y pagado, o sea el que se halla vigente al momento de la transformación de la Sociedad, es la cantidad de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 1.500.000.00) MONEDA CORRIENTE, enteramente pagado por los socios, del cual la cantidad de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000.00) MONEDA CORRIENTE ha sido aportado por entidades públicas y QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000.00), MONEDA CORRIENTE, por entidades de derecho privado en la siguiente forma: Entidades Públicas: Instituto Colombiano de Cultura Colcultura - DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 200.000.00) MONEDA CORRIENTE; Instituto Colombiano de Construcciones Escolares -ICCE- doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) MONEDA CORRIENTE; Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior MARIANO OSPINA PEREZ - Icetex doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) MONEDA CORRIENTE, Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 200.000.00) MONEDA CORRIENTE, Y el FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES

CIENTIFICAS -DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 200.000.00) MONEDA CORRIENTE - Entidades de Derecho Privado.- Fundación Universal Central - DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 250.000.00) MONEDA CORRIENTE- y Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 250.000.00) MONEDA CORRIENTE. De acuerdo con la referencia anterior, la proporción se establece en la siguiente forma: Sector Público. el sesenta y seis por ciento (66%) y Sector Privado, treinta y tres por ciento (33%)".

(Tal como quedó luego de sustituido en la forma estatutaria protocolizada mediante Escritura Pública No. 0068 de 4 de Febrero de 1980 de la Notaría Undécima del círculo de Bogotá).

"ARTICULO OCTAVO. - TITULOS DE ACCIONES. El capital de la Sociedad estará representado en títulos nominativos negociables conforme con la Ley y estos estatutos".

"ARTICULO NOVENO-SERIES DE TITULOS.- La Sociedad expedirá los títulos de acciones en series continuas con las firmas de su representante legal y su Secretario y contendrán, por lo menos, las indicaciones mencionadas en el artículo CUATROCIENTOS UNO (401) del Código de Comercio y las disposiciones que los sustituyan, reglamenten o adicionen.

La sociedad emitirá los títulos en dos series distintas: una para representar las acciones de propiedad de los accionistas particulares y otra para representar las de los accionistas del sector público".

"ARTICULO DECIMO PRIMERO. - AUMENTO DE CAPITAL.- El aumento del capital autorizado significa una reforma de estatutos y como tal debe ser aprobada por la Asamblea General de Accionistas, conforme con la Ley y estos estatutos y elevada a escritura pública e inscrita en la Cámara de Comercio del domicilio social. El aumento del capital suscrito, será realizado conforme con el reglamento que expida la Junta Directiva de la Sociedad en cada oportunidad".

"ARTICULO VIGESIMO. - FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.- Corresponde a la Asamblea General de Accionistas: 1) Estudiar y aprobar las reformas de los estatutos. 2) Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deben rendir la Junta Directiva y el Gerente. 3) Disponer de las utilidades sociales conforme con el contrato social y las leyes. 4) Elegir los miembros de la Junta Directiva y fijarles su remuneración. 5) Considerar el informe del Gerente, la Junta Directiva y el Revisor Fiscal sobre el estado de los negocios. 6) Adoptar todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados. 7) Constituir reservas ocasionales. 8) Elegir al Revisor Fiscal y su suplente, y fijarles su remuneración. 9) Exigir

de los socios las prestaciones complementarias o accesorias, si hubiere lugar.
10) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos, o el Revisor Fiscal.

PARAGRAFO.- Las decisiones que signifiquen reforma de estatutos deberán tomarse con el voto favorable de un número plural de socios que represente no menos del setenta por ciento (70 %) de las acciones presentes en la reunión".

Del contenido estatutario de "Procultura S.A." se desprende claramente que se trata de una sociedad en la cual Institutos de carácter oficial se asocian para compartir con particulares una organización con aportes económicos de unos y otros, bajo la forma de una sociedad anónima que pretende la explotación de actividades de producción, comercialización y distribución de todo tipo de bienes culturales.

El Instituto Colombiano de Cultura "Colcultura", es creado por el Decreto Extraordinario 3154 de 1968 como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas" es creado por el Decreto Extraordinario 2869 de 1968, dotado de Personería Jurídica y adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares "ICCE" es creado por el Decreto Extraordinario 2394 de 1968 como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el exterior "ICETEX" es creado por Decreto Extraordinario 2586 de 1950 reorganizado mediante Decreto Extraordinario 3155 de 1968, el cual le da el carácter de establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES" reestructurado por el Decreto 089 de 1976, es definido por este Decreto como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional. Posteriormente, por Decreto Extraordinario 81 de 1980 es reorganizado conservando su carácter de establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

El Instituto de Fomento Industrial "IFI" es creado por el Decreto Extraordinario 1157 de 1940 y actualmente tiene el régimen de una sociedad de economía mixta, en la cual los aportes estatales del capital son superiores al 90 %. adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico.

El Fondo de Promoción de Exportaciones "PROEXPO" fue creado mediante el Decreto Extraordinario 444 de 1967, por contrato celebrado por la Nación con el Banco de la República, de fecha 10 de abril de 1967 es administrado por el Banco de la República, con el régimen de una empresa comercial del Estado, dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico.

La Compañía de Fomento Cinematográfico "FOCINE", es autorizada su creación mediante el Decreto No. 1244 de 1978 y constituida por Escritura Pública 4189 de 1978 otorgada en la Notaría Cuarta del círculo de Bogotá, como una empresa industrial y comercial del Estado, con participación exclusiva de entidades públicas del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones; sus estatutos son aprobados por Decreto 3137 de 1.979.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" fue creada por la Ley 6a. de 1943 y ha venido siendo reglamentada por diversas normas: es el decreto 1184 de 1969 mediante el cual se aprueban los estatutos de la empresa, el que la define como un establecimiento público; como empresa es de propiedad del Estado Colombiano.

El Instituto Nacional de Radio y Televisión "INRAVISION" es creado por el Decreto Extraordinario 3267 de 1963 y funciona de acuerdo con el Decreto 1400 de 1978 como establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones. Mediante Ley 42 de 1985 es convertido en un "Ente Asociativo de Carácter Especial" que para todos los efectos se considera un establecimiento público con las particularidades especiales que le señala su Ley de creación.

La Universidad del Tolima, creada por Ordenanza 005 de 1945, es un establecimiento público del orden departamental, cuyos estatutos vigentes fueron aprobados por Decreto Departamental 903 de 1982.

Siendo estos los accionistas del sector oficial, quienes *poseen el ochenta por ciento (80%) del capital suscrito y pagado de "Procultura S.A."*.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1o. del Decreto 3130 de 1968 "Los Institutos y Empresas Oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967, son, conforme al Decreto Extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta".

Las expresadas instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales empleadas para designar personas jurídicas del orden nacional, equivalen a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de entidades descentralizadas, los accionistas de "Procultura S.A.", son entidades descentralizadas, que por sus características y naturaleza están sometidas preponderantemente al régimen del derecho público.

De tal manera que "Procultura S.A.", creada como una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, vinculada al sector educativo, Ministerio de Educación Nacional; como lo dispone el Decreto 1652 de 1979 que autoriza su creación, y se acuerda en la Escritura Pública 1964 de 1980 (Notaría 11), es una entidad descentralizada de segundo grado o indirecta, como llama la doctrina a esta clase de entidades.

Como las sociedades de economía mixta surgen en el Estado moderno como una necesidad de compartir con los particulares la explotación de actividades industriales y comerciales que producen lucro, para poder así lograrse un mayor cubrimiento en la prestación del servicio público, satisfaciéndose de una manera más amplia las necesidades generales de los administrados, dentro de un inarco de desarrollo económico y social de la Nación; pero, sin embargo, no siempre que el Estado aporta económicamente, surge una sociedad de economía mixta, doctrinariamente se ha sostenido que para que pueda hablarse de ella deben dos condiciones:

- Que el Estado se arroge prerrogativas en frente de sus socios particulares, introduciendo normas de derecho público y
- Que la regulación de la sociedad tienda a ser igual a las de las empresas públicas.

Pero existen ocasiones en que el Estado no busca desplegar una actividad intervencionista en la sociedad, sino que simplemente suscribe acciones como cualquier particular, y sus fines se limitan a incentivar esa actividad específica; sostiene la doctrina que en semejantes casos no se configura en estricto sentido una sociedad de economía mixta.

En nuestro derecho, fue la reforma administrativa de 1968, la que se ocupó de regular íntegramente la materia, a través del Decreto 1050 de ese año, dejando realmente poco espacio a la interpretación por vía doctrinaria, y ya que definió cuales son las sociedades de economía mixta, cuando dijo que son las constituidas "bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado creados por la Ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las *reglas del derecho privado*, salvo las excepciones que consagra la Ley " (subrayo fuera de texto), y además señalo expresamente cual es el régimen jurídico a que deben sujetarse, no solo en el citado Decreto, sino que lo reafirmó posteriormente el legislador, el expedir el Código de Comercio, cuando estableció que "las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria , salvo disposición legal en contrario".

Luego entonces las sociedades de economía mixta en el derecho Colombiano son aquellas que presentan como características:

- Creación autorización legal.
- Creación de sociedades comerciales.
- Cumplimiento de actividades industriales o comerciales.
- Capital integrado por aportes del Estado y de los particulares.
- Sujeción a controles administrativos.

Procultura S.A. reúne todas estas características y su objeto social "la producción de todo tipo de bienes culturales, su comercialización y distribución" no involucra una intervención del Estado, sino un incentivo a este renglón de la industria y el comercio.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y el hecho que actualmente el ochenta por ciento (80%) del capital suscrito y pagado pertenece a entidades descentralizadas, respetuosamente consultamos a los Honorables Magistrados.

La Empresa Colombiana de Producción y Distribución de Bienes Culturales Sociedad Anónima Procultura S.A. se encuentra sometida, en sus actos y operaciones, al régimen jurídico del derecho público o al derecho privado?."

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

Tanto la promoción y organización de una sociedad con aportes de capitales públicos y privados, atribuida al Instituto Colombiano de Cultura por el Decreto No. 1652 de 1.979, con miras a la "producción de todo tipo de bienes culturales, su comercialización y distribución", como la autorización "a ciertas entidades del Estado para que realizaran "aportes en la conformación de Procultura Limitada y subsiguiente de Procultura S.A." contuvieron entre ambas los elementos de creación y transformación de la sociedad de economía mixta, que el régimen de esta entidad demanda.

Porque tanto la creación de una entidad como la participación de otras en ella, implican la competencia original del respectivo órgano para crearla y la autorización del mismo a cada entidad participante, competencia, a su vez, de origen público y cuyo ejercicio corresponde al mismo carácter. Facultad, pues, de derecho público y ejercicio de la misma, por parte de entes públicos, concurren en la creación e integración de la sociedad mixta, con la capacidad y voluntad libre del particular o ente privado.

Esta relación de derecho público inicial, regulada por los Decretos 1050 y 3130 de 1.968 y 130 de 1976, constituye además, una facultad de por sí excepcional en su ejercicio por parte de una entidad pública, dada su incidencia

en la relación de derecho privado o procedimiento convencional que en últimas, rige, los actos y hechos de la sociedad mixta.

Ciertas condiciones uniformes que enmarcan la concurrencia del Estado en la creación de la sociedad de economía mixta persisten en la vida social de la misma y se traduce en mecanismos de verificación de la gestión confiada a la entidad, frente a la política gubernamental que inspiró su creación.

Se mantiene así la articulación de su actividad a la organización y funcionamiento general del Estado mediante sistema que garantiza el ejercicio de su autonomía financiera dentro del contexto de una política para determinado sector administrativo y dentro de un ámbito de inversión de recursos, cuya destinación o aporte no cambia su naturaleza y origen públicos.

Precisamente a la protección de los intereses del Estado se orienta la tutela que ejercen sobre las entidades de segundo grado o indirectas las entidades de primer grado que han participado en su creación y a ella están sujetas y directamente a la de la administración central, sociedades como Procultura S.A. " en los términos de las leyes y estatutos que la rijan" (artículo 1o., parágrafo del Decreto No. 1050 de 1.968).

Los instrumentos de la tutela son los señalados por la ley y el correspondiente contrato social. Sin perjuicio, pues, del carácter de entes convencionales que ostentan, por definición, las sociedades de economía mixta, en su organización, autonomía y tutela está presente la regulación de derechos público, cuya referencia legislativa integran los Decretos 1050 y 3130 de 1.968 y 130 de 1.976.

Conforme a dicha regulación, si la sociedad es de segundo grado, la designación del Gerente y composición y presidencia de la Junta Directiva se determinan en el respectivo contrato. Y cuando el aporte estatal excede del 50% del capital social, las entidades de derecho público que sean accionistas no están sujetas a la restricción del voto y sus representantes pueden asumir la representación de las acciones de otros entes públicos. Determina, además, tal porcentaje del aporte, que los empleados de la sociedad puedan acumular el tiempo de servicio con el prestado en otras entidades estatales.

Y como el Estado fija las condiciones de participación de los entes públicos en la sociedad mixta, en razón de la incidencia de la actividad de ésta dentro de la política específicamente adoptada para determinado sector, puede afirmarse que la evaluación de los aportes que concurren a formar el capital social es determinada por el propio Estado, como propietario y escapa a la libre estipulación de las entidades participantes.

De ser superior al 50% del capital social el monto del aporte deriva también la procedencia de control fiscal permanente por medio de una oficina

delegada de la Contraloría o por funcionarios designados directamente por la misma, (artículo 21 de la ley 20 de 1.975). Transformación, fusión o disolución corresponden a la propia ley, previa iniciativa del órgano ejecutivo.

Tales condicionamientos se insertan dentro del ámbito y finalidades de interés social, propios del Estado, que presuponen la creación de la sociedad mixta y a los que se vincula inclusive, la disponibilidad de sus utilidades sociales.

La participación de entidades descentralizadas en la creación de otro organismo está condicionada, igualmente, por una analogía funcional, de tal forma que actividades de unas y otro respondan a la necesaria coordinación del sector administrativo que integran la actividad del nuevo ente.

No se concibe sino en un plano o situación de coordinación mutua y subordinación común la relación jurídica entre dos o más sujetos de derecho público, cuya voluntad y quehacer se identifican y aglutinan en torno a una política de determinado sector, (artículo 5 D. 130/76).

La necesidad de integrar la actividad de la sociedad de economía mixta con la de otras entidades públicas, da lugar, por otra parte, a expropiación de acciones privadas, cuando la Nación tenga, separada o conjuntamente con otras entidades públicas, el cincuenta por ciento (50 %) o más de las acciones o cuotas sociales (artículo 15, aparte e) Decreto 130 de 1.976).

En fin, el requisito de decreto ejecutivo para autorizar la enajenación de acciones de entidades públicas socias a otras entidades públicas, se inserta en un régimen de naturaleza y aplicación específica, originando en relación jurídica de la administración y la sociedad de economía mixta (artículo 18 del Decreto 130 de 1.976), no siempre discriminatorio en virtud del porcentaje del aporte oficial.

Por otra parte, las referencias genéricas del Decreto 130 se concretan en el artículo 1o. a requerir aporte de la Nación o de una de sus entidades descentralizadas y en el artículo 2o., a someter específicamente las sociedades con aporte público inferior al 90% del capital social, a las reglas del derecho privado, "salvo las excepciones que consagran la ley ".

El régimen de participación en el evento de constitución de sociedad entre particulares y entidades públicos, con aporte de estas inferior al 90% del capital social, lo regula el artículo 5o. de del Decreto, a cuyos tenor y remisión expreso "en los estatutos de las sociedades a que se refieren los artículos anteriores, deberá precisarse su pertenencia a los órdenes nacional, departamental o municipal según la naturaleza y ámbito de los servicios y actividades que se les encomienden, *la proporción de las participaciones* y la intención de los creadores (subraya la Sala). Y los Estatutos de una sociedad

no son sino trasunto fiel o particular desarrollo de la norma legal orgánica sobre la cual ninguna disposición original de estos podría prevalecer. En toda clase de sociedad, por lo tanto, la proporción singular de participación determina el porcentaje global del aporte, de manera que a las disposiciones que garantizan el predominio del Estado en el régimen interno de la sociedad mixta, por razón del porcentaje de la participación económica estatal, quedan sujetas las sociedades de economía mixta con aporte público inferior al 90% del capital social, como en el caso de Procultura S.A.

Objeto distinto de regulación, propio también del régimen especial de la sociedad de economía mixta y de efecto compartido con la empresa estatal y la sociedad entre entidades públicas, resulta ser la sujeción de su actividad a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.

En los términos de esta regulación se advierte la claridad de su objeto, cual es el de privatizar una actividad estatal dentro de las limitaciones o condicionamientos legales. En otras palabras, la sujeción al régimen de derecho privado de la sociedad mixta como regla general, por la esencia de su actividad propia, y la sujeción al régimen de derecho público, que constituiría la excepción, en virtud del origen del ente, del patrimonio que se le asigna y de la finalidad propuesta con su creación, vinculada a los mismos intereses del Estado.

No se remite a duda que una es regulación de actividad en espacio abierto al derecho privado y otra regulación orgánica, funcional condicionada a un fin político y una razón económica. A la segunda pretendió concretarse el curso de estas consideraciones destacando el conjunto de principios y normas, su jerarquía y proyección en la organización y funcionamiento de la sociedad mixta, de remisión posible a Procultura S.A. como consecuencia necesaria de su creación estatal y de la afectación de fondos públicos a su patrimonio.

El condicionamiento de su actividad y autonomía a relación de carácter privado, está remitido casi exclusivamente al Código de Comercio, y su aplicación está determinada en la medida en que Procultura S.A. realiza gestión económica.

En conclusión, la Sociedad de Economía Mixta denominada Procultura S.A. , de conformidad con el artículo 2o. del Decreto 130 de 1.976, se rige por el derecho privado, con las salvedades prescritas por la ley en atención a la naturaleza pública que tiene los aportes mayoritarios de sus socios.

En estos términos se absuelve la consulta de la Ministra de Educación Nacional.

*Eduardo Suescún Monroy, Presidente de la Sala; Jaime Betancur Cuartas;
Humberto Mora Osejo; Jaime Paredes Tamayo;*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ECOMINAS. ISS. INCAPACIDAD LABORAL - Pago

El pago de las incapacidades debe hacerlo el ISS, entidad que está recibiendo los aportes de Ecominas y de sus trabajadores oficiales que venían vinculados desde el origen de dicha empresa y han continuado. Ecominas podría hacer directamente el pago si su situación está ajustada al reglamento (Decreto Ejecutivo 1465/82). Si Ecominas hace el reconocimiento del 100% de las incapacidades, sin discriminación, con fundamento en Convención Colectiva legalmente celebrada con sus trabajadores, la viabilidad del cumplimiento se fundamenta en el artículo 4º, del Decreto-ley 1045 de 1978.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Julio tres (3) de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta. Rad.: Nº. 050

Procede la Sala a absolver la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía en la siguiente forma :

IVAN DUQUE ESCOBAR, en calidad de Ministro de Minas y Energía, y como tal, Presidente de la Junta Directiva de la empresa Colombiana de Minas ECOMINAS, entidad autónoma de tipo comercial e industrial, con patrimonio propio e independiente, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.E., vinculada a este Ministerio, organizada conforme a las normas establecidas en los Decretos Nos. 912 y 3161 de 8 de junio y 26 de diciembre

de 1968 respectivamente y 1650 de 9 de octubre de 1969, cuya dirección y administración se encuentra a cargo de la Junta Directiva, del Gerente General y de los demás funcionarios que determinen los actos pertinentes de la Junta.

La Empresa cuenta con un Gerente General, agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, quien es el Representante Legal de la misma y por tanto tiene el carácter de empleado público y las demás personas que presten sus servicios allí, tienen la categoría de trabajadores oficiales.

La anterior introducción tiene por objeto, solicitar concepto sobre lo siguiente:

Desde su creación la Empresa Colombiana de Minas ha reconocido a sus trabajadores el ciento por ciento (100%) del salario, en caso de incapacidad cuando la misma no supera los ciento ochenta (180) días, endosando el trabajador dicha incapacidad del Instituto de Seguros Sociales (ISS), a favor de Ecominas.

Por tanto, solicito concepto en el sentido de la viabilidad para que Ecominas continúe efectuando este pago y de esta manera establecer la posibilidad de que sus trabajadores sigan disfrutando del reconocimiento del ciento por ciento (100%), en caso de sufrir incapacidad hasta por el término de ciento ochenta (180) días.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1 - La Empresa Colombiana de Minas - ECOMINAS -, es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden Nacional (Decreto 912 y 3161 de 1968, decreto 1650 de 1969) y desarrolla sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (decreto ley 1050 de 1968, artículo 6º).

2 - Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (decreto-ley 3135 de 1.968 artículo 5º).

3 - El mismo decreto-ley 3135 de 1968, que regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales -reglamentado por el decreto 1848 de 1969-, dice en su artículo 18 :

"En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad a los empleados o trabajadores tendrán

derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

"a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

"b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

"Parágrafo.- La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

"Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días el empleado o trabajador será retirado del servicio y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este Decreto determina ".

4 - El texto de la consulta expresa que ECOMINAS tiene a sus trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales; que desde la creación de la empresa les ha reconocido el ciento por ciento (100%) del salario, en caso de incapacidad cuando la misma no supera los ciento ochenta (180) días, endosando el trabajador dicha incapacidad del Instituto a favor de ECOMINAS.

5 - Aparece comparativamente de lo anterior que, ECOMINAS desde su origen ha venido haciendo un reconocimiento del ciento por ciento (100%) de las incapacidades que no superan los ciento ochenta (180) días, sin discriminación alguna, con inobservancia de las diferentes clases y cuantías que en materia de incapacidades contiene el estatuto especial para empleados públicos y trabajadores oficiales antes transcrito, y que son las que están rigiendo y deben aplicarse.

Para los empleados públicos las prestaciones sociales son las establecidas en la ley, y lo mismo acontece con los trabajadores oficiales más las que se fijan en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

6 - El pago de las incapacidades, en las cuantías por el decreto ley ya indicado, debe hacerlo el Instituto de Seguros Sociales, entidad que está recibiendo los aportes de Ecominas y de sus trabajadores oficiales, que venían vinculados desde el origen de dicha empresa y han continuado, en virtud del artículo 134 del decreto- ley 1650 de 1977, por el cual se determina el régimen y la administración de los Seguros Sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones, y que dice : "Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales -ISS- conservarán tal calidad respecto al Instituto de Seguros Sociales.

7 - Sin embargo, Ecominas podría hacer directamente el pago si su situación está ajustada al reglamento que se dice a continuación : El Decreto Ejecutivo 1465 de 1982 creó en el Instituto de Seguros Sociales el Sistema de autoliquidación de Aportes "ALA" (Art. 1º), obligatorio para aquellos patronos inscritos ante el ISS que a 1º de junio de 1982 tengan inscritos ante el ISS 200 o más afiliados, entre trabajadores y pensionados, bajo uno o varios números patronales o que posteriormente lleguen a tener dicha cantidad. Sin embargo cualquier patrono podrá acogerse a él, previa solicitud por escrito y aceptación por parte del ISS.

"En todo caso para ingresar al sistema ALA, el patrono deberá estar a paz y salvo con el ISS (art. 2º).

Y el artículo 10 expresa:

"El patrono cobijado por el sistema de Autoliquidación de Aportes, podrá liquidar el valor del Subsidio por incapacidad a cargo del ISS, pagarlo a sus trabajadores, y descontarlo directamente en su autoliquidación.

"... Junto a su autoliquidación el patrono presentará los originales de los certificados de incapacidad, firmados por el trabajador en señal de constancia de haber recibido del patrono la suma correspondiente, la cual se anotará en dicho certificado. También relacionará en anexo especial, los trabajadores incapacitados, con información sobre fechas de iniciación y terminación de la incapacidad, y naturaleza de ésta".

8 - Finalmente, si Ecominas hace el reconocimiento del ciento por ciento (100%), de las incapacidades, sin discriminación, con fundamento en Convención Colectiva legalmente celebrada con sus trabajadores, la viabilidad del cumplimiento se fundamenta en el artículo 4º del decreto-ley 1045 de 1978 que dice : "Las disposiciones de decreto-ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores oficiales.

"No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos y garantías".

Transcribese en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Minas y Energía y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Eduardo Suescún Monroy, Presidente; Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo, Humberto Mora Osejo, (Ausente);

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS - Naturaleza Jurídica

La fundación San Juan de Dios es una entidad de utilidad común, una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, que tiene su propio patrimonio, que está sometida a las normas de derecho privado vigentes para este tipo de personas y que es regida por sus propios estatutos, aunque, como es propio de estas instituciones está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República. Las personas que prestan sus servicios a la Fundación, mediante una relación laboral, son trabajadores particulares de una entidad sin ánimo de lucro sometidos al C. S. del T. La Fundación San Juan de Dios tiene la calidad de entidad vinculada al Sistema Nacional de Salud, y por consiguiente, se le impone la observancia de las normas vigentes para este tipo de entidades.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Octubre veinte (20) de mil novecientos ochenta y seis (1986)

Consejero Ponente : Doctor Gonzalo Suárez Castañeda

Referencia: Consulta sobre la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios. Radicación No. 029

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social ha formulado al Consejo una consulta en los siguientes términos:

" 1o. ¿Es la Fundación San Juan de Dios una entidad de derecho público o, por el contrario, se trata de una persona jurídica de derecho privado?

" 2o. ¿ Las personas que prestan sus servicios en la Fundación San Juan de Dios son empleados oficiales o trabajadores particulares ?

" 3o. ¿ Es la Fundación San Juan de Dios una entidad adscrita o vinculada al Sistema Nacional de Salud ? ".

ANTECEDENTES

1o. Ya el 14 de Mayo de 1985 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Oswaldo Abello Noguera había rendido concepto sobre la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios. En tal oportunidad llegó la Sala a las siguientes conclusiones :

a) El hospital San Juan de Dios no es persona jurídica autónoma; es un ente perteneciente a la Beneficencia de Cundinamarca.

b) Los trabajadores del hospital San Juan de Dios son trabajadores de la Beneficencia y, por lo tanto, tienen el carácter de empleados departamentales al servicio de un establecimiento público del orden departamental.

c) Por cuanto el hospital pertenece a la Beneficencia y atiende un servicio de salud, en cuanto a la prestación de este servicio se encuentra adscrito al Sistema Nacional de Salud y debe someterse a los lineamientos trazados en los decretos-leyes 056 y 356 de 1975, cuya observancia se impone a quienes prestan servicios de salud.

2o.- Al formular esta nueva consulta, dijo el señor Ministro de Trabajo:

" Sobre el mismo tema la Sala se pronunció en concepto de fecha 14 de Mayo de 1985, en razón de consulta elevada por este Despacho. No obstante, la Gobernación de Cundinamarca presentó a la Presidencia de la República solicitud en el sentido de que a través de este Ministerio se obtuviera pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, con base en documentos no aportados inicialmente, que permiten reunir mayores elementos de juicio para su concepto.

Considero de gran importancia adjuntar para su conocimiento los antecedentes del tema de discusión expuesto en la comunicación enviada por el señor Gobernador de Cundinamarca a la Secretaría Jurídica de la Presidencia.

El señor Gobernador de Cundinamarca al pedir al Secretario Jurídico de la Presidencia que se solicitara un nuevo estudio por parte del Consejo de Estado, afirmó que esta Corporación no había contado inicialmente con todos

los elementos de juicio necesarios y que, por lo tanto, se permitía, en esta oportunidad, remitir documentos que en su opinión 'ameritan un detenido análisis que seguramente determinará una reconsideración del referido concepto'..."

Y agregó el señor Gobernador que, a su entender, 'la naturaleza jurídica del hospital San Juan de Dios es de origen privado', dado el origen primordialmente privado de su patrimonio; dado que el Presidente de la - República mediante decreto No. 290 de 1979 le ratificó su naturaleza de fundación, y dado que posteriormente el Ministerio de Salud, mediante resolución No.10869 , le reconoció personería jurídica.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

I. En miras a establecer cuál es la naturaleza jurídica del hospital San Juan de Dios, conviene, en primer término, referirse sucintamente a sus antecedentes históricos, los cuales fueron ampliamente estudiados en el concepto dado por la Sala en mayo de 1985:

El hospital empezó a funcionar en 1569, junto a la catedral de Santa Fe, por voluntad de fray Juan de los Barrios y Toledo, quien había donado casas de su propiedad para que se fundara "para ahora y para siempre" un hospital para pobres; dicha donación fue hecha mediante escritura del 21 de Octubre de 1564 otorgada ante el escribano del Rey y en presencia del Presidente y de los oidores de la Real Audiencia; en la misma escritura, el fundador nombró varios patronos y administradores perpetuos para el hospital.

A lo largo de cuatro siglos, el hospital ha funcionado en diversos sitios de la ciudad (inicialmente junto a la catedral; luego, a partir de 1723, en la calle de San Miguel, actualmente calle 12, y, a partir de principios de este siglo en la Hortúa o calle 1a.), ha estado dedicado siempre a cumplir con finalidad de brindar servicios hospitalarios a los pobres y ha visto incrementado su patrimonio por numerosas donaciones y legados de personas particulares y por aportes del mismo Departamento de Cundinamarca, como es el caso del terreno en el cual fue construido el actual edificio de la Hortúa.

Jurídicamente, el hospital funcionó sometido a las leyes españolas como un patrimonio dedicado a la destinación de utilidad común que le señaló su fundador, y, luego al sobrevenir la independencia y la República vino a ser considerada como una entidad sometida al estado soberano de Cundinamarca y, más adelante, al Departamento del mismo nombre, específicamente a la Beneficencia Departamental.

Cuando por decreto 01357 de 1974 dictado por el Gobernador de Cundinamarca se constituyó la Beneficencia de Cundinamarca como establecimiento público del orden departamental se consideró - aunque no lo

dijo expresamente el decreto - que el patrimonio del hospital San Juan de Dios pasaba a esta entidad. En 1975 la Asamblea Departamental dictó la ordenanza No. 58, por la cual se autorizó al Gobernador y a la Beneficencia para celebrar con la Universidad Nacional un comodato sobre los inmuebles donde funcionaba el hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil; dicho contrato se celebró y fue aprobado mediante la ordenanza No. 10 de 1976; sin embargo, ésta última fue derogada por la ordenanza No. 22 de 1977, la cual también dispuso que terminara el comodato; y más adelante, la ordenanza No. 23 del mismo año facultó al Gobernador del Departamento y al síndico de la Beneficencia para constituir una fundación, en asocio de entidades de derecho público, aunque advirtió que los bienes inmuebles del hospital seguirían siendo de la Beneficencia de Cundinamarca; tal fundación, a la postre, no se constituyó.

Más adelante, y como el hospital estuviera "funcionando de manera inconveniente", el Ministerio de Salud dictó la resolución No. 5464 de 19 de Agosto de 1977, por medio de la cual dispuso que el Ministerio, como organismo director del Sistema Nacional de Salud, asumiera la dirección administrativa y técnica del centro hospitalario, por el término de 6 meses; tal medida fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1978, por resoluciones Nos. 1875 y 5904 de dicho año aunque en la última se dijo que la dirección se ejercería por intermedio del servicio de salud de Bogotá.

De la breve reseña histórica acabada de hacer, se deduce que hasta 1978 el hospital San Juan de Dios no tenía personería jurídica propia; que sus bienes -muy cuantiosos, en razón principalmente de las diversas donaciones y legados de carácter particular, recibidos en bienes inmuebles, algunos de ellos situados, como la hacienda El Salitre, en pleno corazón de Bogotá - eran considerados como propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca; y que hasta ese momento el hospital había venido cumpliendo la finalidad que le señaló el fundador y a cuyo cumplimiento quisieron colaborar los diversos donantes de bienes : la de ocuparse de brindar servicios hospitalarios a los pobres; aunque debe observarse que en los últimos años había operado con algunas fallas a las cuales su deficiente organización jurídica seguramente no era ajena.

Pues bien, en 1979, el Gobierno Nacional dictó el decreto 290 del 15 de Febrero de dicho año que textualmente dice :

" Decreto Número 290 de 1979.-(febrero 15).- por el cual se suple la voluntad del fundador y se adoptan disposiciones en relación con la Fundación San Juan de Dios.- El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 36 y 120, numeral 19, de la Constitución Política y 650 del Código Civil,

DECRETA:

Artículo 1o. La Fundación instituida por Fray Juan de los Barrios y Toledo por escritura pública otorgada el 21 de Octubre de 1564 en la ciudad de Santa Fe del Nuevo Reino de Granada, ante los escribanos reales Hernando Suárez, Hernando Arias y Lope de Rioja en presencia del Presidente Andrés Díaz Venero de Leyva; incrementada en los términos y condiciones dispuestos en Real Cédula de 7 de diciembre de 1639, seguirá denominándose Fundación San Juan de Dios, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

Artículo 2o. La Fundación se regirá por los estatutos o reglas de administración que el Gobierno Nacional adopte por norma posterior. En tanto esto ocurra, la representación legal la ejercerá el Ministro de Salud sin necesidad de acto administrativo especial de reconocimiento.

Artículo 3o. La Fundación San Juan de Dios tendrá una Junta Directiva integrada así:

- El Ministro de Salud, quien la presidirá;
- El Gobernador del Departamento de Cundinamarca, o su delegado.
- El Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, o su delegado;
- El Arzobispo de Bogotá, o su delegado;
- Un representante de la Beneficencia de Cundinamarca, o su delegado, y
- Un representante del señor Presidente de la República.

Artículo 4o. Los actuales establecimientos hospitalarios de la Fundación, a saber Hospital General e Instituto Materno Infantil, formarán parte del Sistema Nacional de Salud en las condiciones previstas en la legislación vigente.

Artículo 5o. Los bienes muebles e inmuebles adquiridos a cualquier título por la Fundación o a su nombre, que persistan en la actualidad, quedan a disposición de los organismos y funcionarios administradores competentes a partir de la fecha de este decreto. En consecuencia, las personas o entidades que los tengan a cualquier título, se entienden relevados de su cuidado y deberán tomar de inmediato las medidas pertinentes para el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

Artículo 6o. La Junta Directiva de la Fundación, una vez instalada, gestionará la celebración de una convención con la Beneficencia de

Cundinamarca, la que deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en la Oficina de Registro de propiedad raíz.

Artículo 7o. La Fundación podrá celebrar contratos con las entidades de derecho público que deseen hacer aportes al funcionamiento y financiación de sus establecimientos hospitalarios, en los cuales se precisarán las obligaciones en materia de servicios de salud a que dichas instituciones quedan obligadas como contraprestación por los aportes recibidos.

Artículo 8o. Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.- Dado en Bogotá, D.E., a 15 de Febrero de 1979. JULIO CESAR TURBAY AYALA.- El Ministro de Salud, Alfonso Jaramillo Salazar.-

(Diario Oficial No. 35207 del 23 de Febrero de 1979).

Posteriormente, mediante decreto 1374 del 8 de junio de 1979, el Gobierno Nacional adoptó los estatutos de la Fundación; y por último, el 6 de Diciembre del mismo año, el Ministerio de Salud, dictó la resolución No. 010869 por medio de la cual, invocando lo dispuesto en los decretos anteriores, reconoció personería jurídica a la Fundación San Juan de Dios, como entidad sin ánimo de lucro dedicada a la salud y dijo que su domicilio sería Bogotá y estaría representada por su síndico general.

II. Cuál es entonces la naturaleza jurídica del ente que se viene estudiando? Es una simple dependencia de la Beneficencia de Cundinamarca, tal como lo concluyó la Sala en el concepto del 14 de mayo de 1985 o por contrario es una fundación con personería jurídica propia ?

Esta cuestión que hasta 1979 podría prestarse a diversas interpretaciones, vino a ser zanjada por el decreto 290 del 15 de Febrero de aquel año, dictado por el Presidente de la República, cuyo texto se ha transcrito; dicha norma, proferida con la finalidad de "suplir la voluntad del fundador", con base en las facultades que al respecto dan al Jefe del Estado el artículo 650 del Código Civil y los artículos 36 y 120 numeral 19, de la Constitución Nacional, clarificó que la entidad tenía el carácter de fundación y dispuso que se organizara como tal.

(Es conveniente hacer notar que para dar aplicación al artículo 650 del Código Civil, el Presidente consideró que la institución y su patrimonio eran de origen preferencialmente privado y tuvo en cuenta la finalidad perseguida por el fundador.).

La posterior adopción de estatutos (hecha mediante el decreto 1374 de 1979) y el reconocimiento de la personería jurídica, son consecuencias del

decreto 290 de 1979. Dicho decreto está actualmente vigente y debe aplicarse, dado el principio denominado "presunción de legalidad", en virtud del cual las leyes y actos administrativos se consideran ajustados a derecho y deben ser obedecidos desde el momento de la iniciación de su vigencia, mientras no sean declarados inconstitucionales o ilegales por la autoridad competente. Recuérdese que el mencionado principio está consagrado expresamente en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone que, salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Hasta donde la Relatoría del Consejo de Estado, está en capacidad de informar, el decreto 290 de 1979, del cual se viene hablando, no ha sido suspendido ni anulado; por lo tanto actualmente es de obligatorio cumplimiento. Si tal decreto viola o no normas constitucionales o legales, si se ajustó o no a derecho su disposición de considerar como pertenecientes a la Fundación bienes que hasta ese momento al parecer se habían considerado como de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, es algo que no compete definir a esta Sala. El hecho es que actualmente el decreto está vigente, no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por lo tanto debe cumplirse. Además, no se observa que dicho decreto incurra en ninguna violación manifiesta, flagrante y ostensible de la constitución, que pudiera dar lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Como quiera que las fundaciones son personas jurídicas de derecho privado, sometidas a las disposiciones de la ley civil, (artículo 5o. del decreto-ley 3130 de 1968) el precedente razonamiento permite a la Sala responder a la primera cuestión planteada en la consulta, rectificando su concepto del 14 de Mayo de 1985, y, diciendo que, en virtud de lo dispuesto en el decreto 290 de 1979, proferido por el Presidente de la República, y en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Nacional, con el decreto 3130 de 1968, y con el decreto 054 de 1974, la Fundación San Juan de Dios es una entidad de utilidad común, una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, que tiene su propio patrimonio, que está sometida a las normas de derecho privado vigentes para este tipo de personas y que es regida por sus propios estatutos, aunque, como es propio de estas instituciones, está sometida a la inspección y vigilancia del Presidente de la República conforme al ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

De la calificación de la Fundación San Juan de Dios como persona jurídica de derecho privado, surge la respuesta al segundo interrogante de la consulta: a partir de la entrada en vigencia del decreto 290 de 1979, las personas que prestan sus servicios a la fundación, mediante una relación laboral, son trabajadores particulares de una entidad sin ánimo de lucro, sometidos al Código Sustantivo del Trabajo, y no empleados departamentales

al servicio de la Beneficencia de Cundinamarca como se había dicho en el concepto que se recoge.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión planteada en la consulta, se tiene :

La Fundación San Juan de Dios como persona jurídica de derecho privado que es y por cuanto su finalidad, como institución de utilidad común, consiste en prestar un servicio de salud a los sectores menos favorecidos de la comunidad ("a los pobres", dijo su fundador), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2o. del decreto-ley 056 de 1975, tiene la calidad de entidad vinculada al Sistema Nacional de Salud y, por consiguiente, se le impone la observancia de las normas vigentes para este tipo de entidades, normas contenidas en los decretos-leyes 056 y 356 de 1975, etc., y relacionadas con la regulación del cumplimiento de sus actividades en materia de salud y asistencia, y con la de los aspectos técnicos y científicos propios de la prestación del servicio de salud a su cargo; y además, como antes se expresó, la Fundación está sujeta a la inspección y vigilancia del Presidente de la República, de conformidad a lo previsto en el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución.

En esta forma queda absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo.

TRANSCRIBASE EN COPIA AUTENTICA.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, *Humberto Mora Osejo*, Con salvamento de voto; *Jaime Paredes Tamayo*,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: Con este concepto se rectifica el de 14 de mayo de 1985, sobre la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios.

HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS - Naturaleza Jurídica (Salvamento de Voto)

Por no existir problema jurídico pendiente de decisión, la Sala debió abstenerse de examinar lo relativo a la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios. Puesto que el hospital pertenece al establecimiento público denominado Beneficencia de Cundinamarca, el personal vinculado a su servicio está constituido por empleados y trabajadores oficiales, éstos en el supuesto de que haya un personal que labore en la construcción o mantenimiento de obras públicas. En la hipótesis improbable de admitir que el Decreto Ejecutivo 290 de 1979 deba aplicarse, la conclusión también sería que el personal al servicio del hospital está conformado por empleados públicos y trabajadores oficiales. La Fundación Hospital San Juan de Dios de todos modos se origina en el Decreto 290 de 1979, según el artículo 7 del Decreto-ley 3130 de 1968, deberá ser entendido mientras subsista ese acto, como un establecimiento público del orden nacional y el personal a su servicio también consistiría en empleados y trabajadores oficiales.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto el concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1o.) Según el Art. 141, Ord. 1 de la Constitución, le corresponde a la Sala "actuar como cuerpo supremo consultivo en asuntos de Administración". Esta atribución implica que la Administración puede consultarle a la Sala los problemas jurídicos que confronte en el cumplimiento de su actividad. Por consiguiente, la Sala debe conceptuar acerca de la manera de resolver esos problemas, para que después la Administración libremente adopte las correspondientes decisiones.

Pero, si la Administración ante un determinado problema tomó una decisión, ello significa que a su juicio le dio solución y que, por lo mismo no existe materia sobre la cual se deba conceptuar: *el concepto procede a la decisión y proferida ésta no es necesario aquél.*

2o.) En el caso que es objeto de la consulta, el Gobierno, mediante decreto ejecutivo número 290 del 15 de febrero de 1979, dispuso que el Hospital San Juan de Dios es una fundación con domicilio en la ciudad de Bogotá. Con posterioridad el Gobierno no ha dictado ningún acto que modifique o sustituya el decreto mencionado: por el contrario, mediante el decreto 1374 del 8 de junio de 1979, expidió los estatutos de la fundación San Juan de Dios y el Ministerio de Salud, por resolución número 010869 del 6 de diciembre del mismo año, le reconoció personería jurídica. Esto significa que el Gobierno examinó el problema relativo a la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios y que lo resolvió mediante los tres actos mencionados, todos expedidos en 1979.

Sin embargo, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social vuelve a plantear el tema relativo a la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios y la mayoría prohija la motivación y la decisión del Decreto ejecutivo 290 de 1979. Considero que la Sala debió abstenerse de examinar este punto porque el Gobierno lo resolvió mediante los tres actos indicados y porque a la Sala no le corresponde verificar si ellas son o no fundadas: *esos actos, en principio, se reputan válidos mientras no sean suspendidos o anulados, sin perjuicio de que el intérprete, al proferir una decisión específica, pueda aplicarles la excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Por consiguiente, por no existir problema jurídico pendiente de decisión, la Sala debió abstenerse de examinar lo relativo a la naturaleza jurídica del Hospital San Juan de Dios.*

3o.) Lo expuesto es más relevante si se considera que los tres mencionados actos pueden ser objeto de juzgamiento, mediante acción, y que al hacerlo el juzgador tendría que evaluarlos tomando en consideración la historia de la institución - Hospital San Juan de Dios - desde 1564, cuando se hizo la donación de los predios, hasta la actualidad, sin omitir leyes, decretos, ordenanzas y demás disposiciones expedidas sobre el particular. Ese examen también tendría que comprender la verificación de si es o no posible aplicar, retroactivamente, el artículo 650 del Código Civil hasta la Colonia y, en caso positivo, si es o no factible que en 1979 se disponga que un Hospital, creado el 1564, es una fundación y que en el mismo año por primera vez se le reconozca, al cabo de varios siglos, personería jurídica. Del mismo modo precisa verificar jurisdiccionalmente si un mero Decreto ejecutivo, como es el decreto 290 de 1979, puede instituir una fundación o si para ello es indispensable, como prescribe el artículo 7o. del Decreto-ley 3130 de 1968, una disposición de carácter legal.

Pero ninguno de estos interrogantes pudo ocupar la atención de la Sala por tener exclusiva competencia consultora, porque no se trata *de problemas jurídicos actuales que confronte la administración* y porque ella no ejerce función jurisdiccional. *De ahí que estime que, ante las decisiones adoptadas por la Administración, la Sala debió abstenerse de conceptuar acerca de su legalidad: es un examen que exclusivamente corresponde hacer, a propósito de una acción, al órgano competente de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

4o.) Sin embargo, para el solo efecto de responder la otra pregunta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, sobre el régimen jurídico del personal que trabaja en el Hospital San Juan de Dios, es preciso evaluar el decreto ejecutivo número 290 de 1979, en relación con la Constitución y las Leyes.

Del atento examen de la historia constitucional del Hospital San Juan de Dios se deduce, inequívocamente, que desde 1564 hasta 1979 nunca fue reconocido como entidad con personería jurídica, la que sólo adquirió al cabo de 415 años mediante el decreto ejecutivo 290 de 1979; además, la ley del 15 de agosto de 1869, del Estado de Cundinamarca, y las ordenanzas 37 de 1912, 65 de 1919 y 51 de 1921 y el Decreto 01357 de 1974, expedido por el Gobernador de Cundinamarca en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la ordenanza 12 de 1973, prescribieron que el Hospital San Juan de Dios pertenece a la Beneficencia de Cundinamarca, definida como establecimiento público. De donde se deduce que *el Decreto ejecutivo 290 de 1979 desconoció, como afirmó la Sala en concepto del 14 de mayo de 1985, los artículos 83, 84 y 85 de la Constitución que garantizan los bienes y la autonomía de los departamentos y de sus entidades descentralizadas.*

Por otra parte, en cuanto el Decreto ejecutivo dio al Hospital San Juan de Dios el carácter de fundación, *infringió manifiestamente los artículos 5o. y 7o. del Decreto-ley 3130 de 1968*, y en cuanto aplicó, retroactivamente, sin ser del caso, el artículo 650 del Código Civil, a una donación efectuada hace 415 años, en los albores de la Colonia, *también infringió manifiestamente esta disposición.*

De lo expuesto se deduce que el Decreto ejecutivo 290 de 1979, *por manifiestamente inconstitucional e ilegal*, no puede ser aplicado en la evaluación de la naturaleza jurídica del personal que está al servicio del hospital San Juan de Dios. Por consiguiente, puesto que el hospital San Juan de Dios pertenece al establecimiento público denominado Beneficencia de Cundinamarca, *el personal vinculado a su servicio está constituido por empleados y trabajadores oficiales y éstos en el supuesto de que haya un personal que labore en la construcción o mantenimiento de obras públicas.*

La mayoría afirma que no encuentra que el decreto ejecutivo 290 de 1979 sea contrario a la Constitución y a la ley; pero no aduce ninguna explicación de su aserción que contradice el concepto de la Sala del 14 de mayo de 1985: *por el contrario, considero que el Decreto ejecutivo 290 de 1979, por los motivos expuestos, es manifiestamente contrario a la Constitución y a la ley* y a cuatro siglos de historia de la institución, que ya constituye tradición del hospital San Juan de Dios. De manera que *ese decreto no podía ni puede aplicarse por ser claramente inconstitucional e ilegal.*

5o.) Pero en la hipótesis improbable de admitir que el decreto ejecutivo 290 de 1979 deba aplicarse, *la conclusión también sería que el personal al servicio del hospital San Juan de Dios está formado por empleados y trabajadores oficiales:*

Como la llamada fundación hospital San Juan de Dios de todos modos se origina en el decreto 290 de 1979, según el artículo 7o. del Decreto ley 3130 de 1968, debería ser entendida, mientras subsista ese acto, como un establecimiento público de carácter nacional y el personal a su servicio también consistiría en empleados y trabajadores oficiales: *si la finalidad del artículo 7o. del Decreto-ley 3130 de 1968 consiste en que las fundaciones o instituciones de utilidad común, originadas en actos oficiales, se asimilan, para todos los efectos jurídicos, a establecimientos públicos, mal podría un simple decreto ejecutivo cambiar la naturaleza jurídica de una institución tradicional que, como el hospital San Juan de Dios, desde hace mucho tiempo tiene un claro, inequívoco y evidente carácter oficial.*

Humberto Mora Osejo

Bogotá, D.E., 18 de Octubre de 1986.

IMPUESTO DE COMBUSTIBLES. FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

De conformidad con el artículo 21 del Decreto-ley 1586 de 1989, el Fondo Vial Nacional debe seguir entregando a los Ferrocarriles Nacionales las sumas equivalentes al 10% del recaudo del impuesto sobre el consumo de combustibles para que sea destinado al "pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional", y según el artículo 1º de la Ley 30 de 1982, continuar contribuyendo para que dicha empresa pueda mantener y mejorar la red ferroviaria en aras de garantizar el servicio de transporte férreo, pero sin que se invierta en la extensión de la misma red, toda vez que esta actividad no es compatible con el proceso de liquidación de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia,

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Radicación Nº. 365. Consulta del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Jefe del Departamento Nacional de Planeación sobre: "Posibilidad de destinar a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia recursos provenientes del impuesto de combustibles".

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, enviaron a la Sala la siguiente consulta:

"1. En virtud del artículo 1o. de la Ley 30 de 1982, se ampliaron las funciones originalmente atribuidas por la Ley 64 de 1967 al Fondo Vial Nacional, confiándole expresamente "las de contribuir a los gastos que demande el mantenimiento, mejora y extensión de la red de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia".

Esto significa que, además de sus atribuciones referentes a la red vial de carreteras y de carácter fluvial, el Fondo Vial Nacional adquirió competencia para destinar recursos ordenados a las actividades específicas de mantenimiento, mejora y extensión de la red que, en ese momento, pertenecía a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

2. La misma Ley 30 de 1982, en su artículo 3o., al fijar las destinaciones específicas de los recursos correspondientes al impuesto a los combustibles, estableció que el diez por ciento (10%) debía transferirse a los Ferrocarriles Nacionales con destino al mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria, es decir, la ley misma le dio a dicho porcentaje como destinación específica el cumplimiento del expresado propósito. Sin embargo, esto se dispuso sin perjuicio de que el Fondo Vial Nacional destinara recursos distintos a los provenientes del impuesto a los combustibles, para esa misma nueva función.

3. La Ley 21 de 1988 confirió al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias para "organizar y estructurar el sistema de transporte ferroviario nacional, definir los recursos necesarios para el logro de ese propósito, reasignar o modificar las participaciones de los que actualmente existan, señalar las entidades que deban recaudarlos e invertirlos y reformar la Ley 30 de 1982".

4. En ejercicio de esas facultades, el Presidente de la República, además de disponer todo lo conducente a la organización y reestructuración del sistema ferroviario nacional, efectivamente modificó parcialmente la Ley 30 de 1982, mediante el artículo 21 del decreto extraordinario 1586 de 1989, en la siguiente forma:

a. El 10% de los recursos provenientes del impuesto a los combustibles de que trata la Ley 30 de 1982, que debía transferirse a la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia para el mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria, se debe canalizar, mientras dure la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional, según determinación conjunta de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Obras Públicas del Departamento Nacional de Planeación. Se trata, de un propósito radicalmente diferente: no ya la realización de las actividades de mantenimiento, mejora y extensión

de la red ferroviaria, sino el pago de los gastos que demande la reestructuración del sistema.

b. Finalizada la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, esos mismos recursos (el 10% de que se viene hablando) deben transferirse totalmente a la empresa que se cree para mantener, mejorar y extender la red férrea nacional (Ferroviás S.A.) y dicho 10% volverá a tener como destinación específica, entonces, el mantenimiento, mejora y extensión de esa red.

5. Por otra parte, el decreto 1586 de 1989 no modificó, ni podía haberlo hecho (pues las facultades extraordinarias no comprendían ese objeto), la nueva función atribuida por la Ley 30 de 1982 (artículo 1o.) al Fondo Vial Nacional, relacionada con la posibilidad de contribuir a los gastos de mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria.

6. Como se varió la destinación del 10% del impuesto a los combustibles, (que ya no es para el mantenimiento, mejora y extensión de la red, mientras esté en proceso de liquidación la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sino para la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional), pero simultáneamente se conservó la función del Fondo Vial Nacional de contribuir a los gastos que demanden dichos mantenimiento, mejora y extensión, parece que nada obstaría para que el Fondo Vial Nacional destinase para el efecto parte de los recursos provenientes del impuesto a los combustibles, luego de cumplir con el porcentaje de destinación legalmente ordenado para la reestructuración del sistema.

7. En otras palabras, al haber desaparecido la limitación antes existente de que de los recursos del impuesto a los combustibles solo se podía destinar el 10% para el mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria, pues dicho porcentaje ya tiene una destinación diferente (la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional), al parecer nada limitaría al Fondo Nacional para disponer que con recursos del impuesto a los combustibles se contribuya, al menos por ahora y mientras dure la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al mantenimiento, mejora y extensión de aquella red, para cumplir precisamente la función que le fue atribuida por el artículo 1o. de la Ley 30 de 1982 que no ha sido modificada.

Dado lo anterior, se ha considerado conveniente conocer el criterio de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre la procedencia jurídica de destinar del impuesto a los combustibles, además del 10% de que trata el artículo 3o. de la Ley 30 de 1982, que debe dedicarse al "pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional", como lo ordena el artículo 21 del decreto

extraordinario 1586 de 1989, recursos para el "mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria", que continúa siendo una de las funciones del Fondo Vial Nacional, de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley 30 de 1982".

CONSIDERACIONES

El artículo 1o. de la Ley 30 de 1982 dispone que el Fondo Vial Nacional, además de las funciones propias de su naturaleza, deberá contribuir a los gastos que demande el sostenimiento, mejora y extensión de la red de los Ferrocarriles Nacionales del País.

La misma Ley creó el impuesto sobre el consumo a la gasolina, con destino al Fondo Vial Nacional, de cuyo producto esta entidad debe destinar el diez por ciento (10%) a los Ferrocarriles Nacionales para el mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria, según lo dispone el parágrafo 1o., artículo 3o. ibídem.

El Decreto-ley 1586 de 1989, por medio del cual se dispuso la liquidación de los Ferrocarriles Nacionales, estableció que "Los recursos provenientes de la Ley 30 de 1982, destinados a la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia se canalizarán al pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional, según determinación conjunta de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas y Transporte y del Departamento Nacional de Planeación. Finalizada la liquidación de la empresa, dichos recursos se transferirán totalmente a la empresa que se cree para mantener, mejorar y extender la red férrea nacional".

Del contenido de las normas transcritas se deduce que el artículo 21 del mismo Decreto ley 1586 de 1989 modificó lo dispuesto por el artículo 3o. de la Ley 30 de 1982, en el sentido de que el 10% del impuesto sobre el consumo de combustibles, que antes debía transferirse a los Ferrocarriles Nacionales para el mantenimiento, mejora y extensión de la red ferroviaria, en lo sucesivo y mientras dure la liquidación de la empresa, deberá canalizarse para el pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema ferroviario nacional. Pero no puede entenderse que el mencionado artículo haya modificado las disposiciones contenidas en el artículo 1o. de la Ley 30 de 1982; por lo mismo, el Fondo Vial Nacional puede seguir destinando recursos a los Ferrocarriles Nacionales para el mantenimiento y mejora de la red ferroviaria, dado que dicha empresa, en la actualidad, no solamente realiza los actos y contratos necesarios para su liquidación, sino que también está en la obligación de garantizar la continuidad del servicio ferroviario.

Sin embargo, el Fondo Vial Nacional no podrá seguir destinando recursos para la extensión de la red férrea, por cuanto esta finalidad resulta incompatible

con el proceso de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales. Además, porque en este aspecto es explícito el mencionado Decreto-ley 1586 de 1989, al disponer en su artículo 4o. que "La empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir los actos y celebrar los contratos conducentes a la liquidación, para garantizar la estricta prestación del servicio Público de transporte ferroviario, mientras ello sea rigurosamente necesario a juicio de la Junta Liquidadora, y para contribuir a la organización y puesta en marcha de los entes que se creen o autoricen en desarrollo de las facultades extraordinarias de la Ley 21 de 1988".

La Sala concluye que de conformidad con el artículo 21 del Decreto-ley 1586 de 1989, el Fondo Vial Nacional debe seguir entregando a los Ferrocarriles Nacionales las sumas equivalentes al diez por ciento (10%) del recaudo del impuesto sobre el consumo de los combustibles para que sea destinado al "pago de las erogaciones requeridas en la reestructuración del sistema de transporte ferroviario nacional", y según el artículo 1o. de la Ley 30 de 1982, continuar contribuyendo para que dicha empresa pueda mantener y mejorar la red ferroviaria en aras de garantizar el servicio de transporte férreo, pero sin que se invierta en la extensión de la misma red, toda vez que esta actividad no es compatible con el proceso de liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTA. DIPUTADO. PENSION DE JUBILACION

Si el artículo 9 de la Ley 48 de 1962 alude disyuntivamente, a "los períodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual", ello no significa que regule separadamente los períodos de sesiones ordinarias y extraordinarias, sino que alude a ellas para reconocer doce meses de servicios a esos funcionarios siempre que haya asistido a todas las sesiones ordinarias y extraordinarias celebradas durante la anualidad; si sólo concurrieron a alguna de ellas el tiempo servido, para los efectos indicados, debe ser reconocido en forma proporcional".

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Julio diez y ocho (18) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación N^o. 364. Referencia: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre sesiones ordinarias de los congresistas y Diputados, para efectos de pensión (Art. 9^o. de la Ley 48 de 1962).

Se absuelve la consulta que hace a la Sala la Señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social en los siguientes términos textuales:

"En mi calidad de Ministro de Trabajo, solicito comedidamente a los honorables Magistrados de esa sala, su pronunciamiento respecto de la interpretación que ha de dársele al contenido del artículo 9^o. de la ley 48 de 1962, respecto de las sesiones ordinarias de los congresistas y diputados, para efectos de pensión, el cual establece:

"Para los efectos del artículo 29 de la ley 6a. de 1945, los lapsos o períodos de tiempo en que se hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en el ejercicio del cargo de Senador o Representante; o a los Departamentos, en el de Diputados a la Asamblea, se acumularán a los demás lapsos de servicio oficial o semioficial. Para los efectos de jubilación precedente, los períodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual, se equiparán a los doce (12) meses de un año calendario, o, proporcionalmente, al tiempo servido en el Congreso o Asamblea en la respectiva legislatura".

"Algunas personas han interpretado esta forma en el sentido de que cuando se convoca a sesiones extraordinarias, el parlamentario o diputado debe concurrir a ellas por todo el tiempo de convocatoria, so pena de que al no hacerlo, y así hubiera concurrido a todas las ordinarias no se le computen los doce (12) meses calendario, sino proporcionalmente. Según ellos, si el Gobierno Nacional convoca a sesiones extraordinarias por un término de treinta (30) días y a éstas no asiste el parlamentario, así lo hubiera hecho durante todas las ordinarias, la forma a aplicar sería una regla de tres (3) simple. Veamos 150 días de sesiones ordinarias más 30 de extraordinarias (total 180), son iguales a 360 días o doce meses calendario. Como consecuencia de esta interpretación, al parlamentario que asistió a todas las sesiones ordinarias solamente se le computarían 10 meses así:

$$180 \text{ ————— } 360$$

$$= 300 = 10 \text{ meses}$$

$$150 \text{ ————— } X$$

"En caso las sesiones ordinarias no equivaldrían a los 12 meses tal y conforme lo establece la norma.

"Hay quienes consideran que las sesiones ordinarias equivalen a 12 meses calendario y las extraordinarias a otro tanto, y que en consecuencia quienes acuden a todas ellas, estarán acumulando 24 meses calendario de servicios, y la proporcionalidad será aplicable en la medida en que el parlamentario o diputado no acuda a todas. Por ejemplo si acude a 50 de las 150 ordinarias, sería:

$$150 \text{ ————— } 360$$

$$= 120 = 10 \text{ meses}$$

$$50 \text{ ————— } X$$

"Si las extraordinarias son de 30 días y acude a todas ellas, acumularía 12 meses calendario por ellas, o sea que por esta legislatura totalizaría 16 meses.

"Finalmente, otros opinan que conforme a la ley 48 de 1962, para efectos de pensión de jubilación se computarán los períodos de las sesiones ordinarias o extraordinarias como si el Congresista hubiese percibido durante cada uno de dichos doce (12) meses idénticas asignaciones, dándose la proporcionalidad únicamente cuando no asiste a todo el período de sesiones ordinarias o extraordinarias. Quienes así piensan sostienen que la letra O que contiene la norma al indicar sesiones Ordinarias o Extraordinarias, gramaticalmente es disyuntiva, lo que significa que se deben tener en cuenta las unas o las otras.

"Estos últimos consideran que cuando la ley dice: "... bien ordinarias o extraordinarias de cada legislatura anual" (ley 5a. de 1969), ha querido significar que todas las sesiones durante una legislatura anual equivalen a doce meses calendario.

"Teniendo en cuenta lo anterior, se consulta:

1. De conformidad con la ley 48 de 1962, artículo 9º., el período de sesiones ordinarias se equipara, para efectos de jubilación, a 12 meses de un año calendario, y el de extraordinarias a otro tanto?

2. O por el contrario, habrá de aplicarse siempre la proporcionalidad, y en consecuencia así el congresista o diputado asista a la totalidad de sesiones (tanto ordinarias como extraordinarias), únicamente se equipara a doce (12) meses de un año calendario, y no a veinticuatro(24), como algunos sostienen.

"De esta manera quedan expuestas las dudas, respecto de la interpretación y aplicación del artículo 9º. de la ley 48 de 1962".

LA SALA CONSIDERA

1º) El artículo 9º. de la ley 48 de 1962 prescribe:

"Para los efectos del artículo 29 de la ley 6a de 1945, los lapsos o períodos de tiempo en que se hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en el ejercicio del cargo de Senador o Representante ; o a los Departamentos, en el de Diputados a la Asamblea, se acumularán a los demás lapsos de servicio oficial o semioficial. Para los efectos de jubilación precedente, los períodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual, se equiparán a los doce (12) meses de un año calendario, o, proporcionalmente, al tiempo servido en el Congreso o Asamblea en la respectiva legislatura".

Del tenor literal del precepto transcrito se deduce que prescribe, por una parte, que el tiempo servido como senador, representante o diputado debe computarse para el reconocimiento de pensión de jubilación y, además, que el tiempo de duración de las sesiones, ordinarias y extraordinarias, del Congreso y de las Asambleas en cada año, equivale a doce meses de servicio; si el senador, representante o diputado no prestó servicios durante todo el tiempo de duración de las sesiones, ordinarias y extraordinarias, del Congreso o de la asamblea, para los mismos efectos - el reconocimiento de pensión de jubilación se le debe reconocer como servido un lapso proporcional.

2o) Esta interpretación también corresponde a la finalidad de la disposición que consiste en disponer que se compute a los senadores, representantes y diputados el tiempo de servicio para el reconocimiento de la pensión de jubilación y en asimilarlo a doce meses. Pero, si no asistieron a todas la reuniones, ordinarias y extraordinarias, de las correspondientes corporaciones, el reconocimiento del tiempo servido solo puede hacerse en forma proporcional.

3o) Si el artículo 90. de la Ley 48 de 1962 alude, disyuntivamente, a "los períodos de sesiones ordinarias o extraordinarias del Congreso y de las Asambleas en cada legislatura anual", ello no significa que regule separadamente los períodos de sesiones ordinarias y extraordinarias, sino que alude a ellas para reconocer doce meses de servicio a esos funcionarios siempre que hayan asistido a todas las sesiones ordinarias y extraordinarias celebradas durante la anualidad: si sólo concurrieron a algunas de ellas el tiempo servido, para los efectos indicados, debe ser reconocido en forma proporcional.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a las Señoras Ministra de Trabajo y Seguridad Social y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

IMPUESTO AL CARBON. REGALIAS

Cuando el artículo 229 del Código de Minas se refiere a la distribución del recaudo proveniente del impuesto a la producción de carbón (con fundamento en la regulación proveniente del artículo 10 de la Ley 76 de 1985), debe entenderse que dicha distribución se aplica únicamente al valor de lo recaudado por el mencionado impuesto y no sobre regalías, participaciones o cánones, así el pago por estos conceptos sea susceptible de ser descontado del monto del impuesto. Las normas que regulan el impuesto al carbón son específicas y no pueden confundirse con aquellas que disponen un reparto diferente para el recaudo de cada una de esas contraprestaciones. La distribución del recaudo por concepto de regalías provenientes de la explotación del carbón, no está sometida a los porcentajes previstos en el artículo 229 del Código de Minas, porque ciertamente ellos se aplican de manera exclusiva a la distribución del recaudo del impuesto sobre la explotación del carbón. Los recaudos por concepto de regalías que se obtengan en las explotaciones de carbón, deben ser distribuidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del mismo Código.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Agosto dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación N°. 363. Consulta sobre la participación en el impuesto a la producción de carbón.

El Jefe del Departamento Nacional de Planeación, doctor Luis Bernardo Flórez Enciso, luego de hacer algunas consideraciones pertinentes sobre el tema, formula a la Sala la siguiente consulta:

a. Si las sumas correspondientes a los departamentos y municipios y a la región de planificación de la Costa Atlántica, por concepto de regalías, cánones y participaciones, a las cuales tienen derecho en virtud del artículo 232 del Código Minero, en razón de la situación jurídica existente a la vigencia del Código, conforme a la cual debían ser objeto de distribución tanto las sumas correspondientes al impuesto como el monto de los cánones o participaciones cuando fuere superior al valor resultante de aplicar la tarifa, según lo que disponía el artículo 4o. de la ley 61 de 1979, deben tomarse exclusivamente del 50 % que del total de las regalías, cánones o participaciones en los proyectos de gran minería, pertenece a la nación, según lo establecido por el artículo 217 del Código Minero.

Es conveniente advertir que una respuesta positiva a este entendimiento tendría como consecuencia la insuficiencia de los recursos de la nación (50 % del total de las regalías), para respetar los derechos que la ley ampara, en un caso como el de las explotaciones del carbón en la Guajira, pues la suma de los siguientes porcentajes correspondientes sería superior (52.4 %):

- 20% para el municipio donde se adelanta la explotación;
- 18% para el departamento de la Guajira, en razón de que existe corporación autónoma regional;
- 8.4% para la región de planificación de la Costa Atlántica (8.4% es equivalente al 15 % del 56 % que correspondía al Fondo Nacional del Carbón); y
- 6% para la corporación autónoma regional respectiva (Corpoguajira), cuyo derecho está protegido por el artículo 232 del Código Minero.

b. Si, por el contrario, con el fin de cumplir estrictamente el artículo 232 del Código Minero en cuanto a los derechos de la nación y de las entidades territoriales y, sobre todo, de respetar los bienes de estas últimas, protegidos especialmente por el Acto Legislativo No. 2 de 1986, (sic) deben aplicarse los porcentajes correspondientes al total de las regalías captadas, antes de hacer la distribución por mitades entre la nación y la empresa respectiva, de que trata el artículo 217 del Código Minero. Al procederse así, en la hipótesis ilustrativa a que se ha hecho alusión, primero se distribuirá el 38 % (20 % para el municipio y el 18 % para el departamento), luego el 62 % se dividirá entre la nación y la empresa, de tal manera que el 31 % que le correspondería a la nación sería suficiente para hacer la transferencia a la corporación autónoma

regional y aún restaría recursos para otras destinaciones por parte del CONPES, tal y como lo contempla el artículo 217 del Código Minero.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. La Ley 61 de 1979, en su artículo 4o., creó el denominado impuesto al carbón, consistente en que "todas las personas que a cualquier título exploten carbón en el territorio nacional", deben pagar, a partir del 1o. de enero de 1980, el 5% del valor en boca de mina del mineral extraído. Su recaudación se asignó al Fondo Nacional del Carbón, correspondiendo al Ministerio de Minas y Energía determinar para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón, para efectos de la liquidación del impuesto en todo el país.

La Ley mencionada también determinó que las personas que celebren o hayan celebrado "contratos con entidades oficiales descentralizadas para explorar o explotar carbón", en los cuales se estipulen algunas clases de cánones o participaciones, pagarán el impuesto teniendo en cuenta el mayor valor que resulte de aplicar la tarifa legal prevista y el monto de dichos cánones y participaciones.

2. El artículo 6o. de la ley 61 de 1979, al establecer la distribución que debía hacerse del producido del impuesto recaudado por la explotación del carbón, determinó que un sesenta por ciento (60%) será para el Fondo Nacional del Carbón, y el cuarenta por ciento (40%) restante, por mitades, para los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelante la explotación.

La anterior distribución fue modificada por la ley 76 de 1985, artículo 10, con la finalidad de incluir en los porcentajes de participación a las Corporaciones Autónomas Regionales y a la Región de Planificación de la Costa Atlántica. Esta disposición a su vez fue reproducida, sustancialmente, por el Código de Minas (artículo 229). Según ella, los beneficiarios (Fondo Nacional del Carbón, departamentos, municipios, C.A.R. y CORPES de la Costa Atlántica), recibirán en adelante los siguientes porcentajes:

a. Los municipios en cuyo territorio se adelante la explotación del carbón, el 20%.

b. Los departamentos en cuyo territorio se adelante la explotación del carbón, el 20%, pero en caso de estar creada o de crearse una corporación autónoma regional la participación del departamento será del 18%.

c. Las corporaciones autónomas regionales, existentes o que se creen, del impuesto derivado de las explotaciones que se realicen en su jurisdicción, el 6%.

d. El Fondo Nacional del Carbón, del impuesto derivado de las explotaciones que se realicen en departamentos en donde no existan corporaciones autónomas regionales, el 60%; en aquellos donde se creen, el Fondo recibirá el 56%.

e. Para la Región de Planificación de la Costa Atlántica, el Fondo Nacional del Carbón cederá un porcentaje de los recursos que le correspondan derivados del impuesto por la explotación del carbón en el interior de la región, de acuerdo con la escala allí señalada (el porcentaje es del 15 % para los años 1989 - 1991).

3. Con motivo de la expedición del Código de Minas (decreto ley 2655 de 1988), en el capítulo XXIV se recogió lo relativo a las contraprestaciones económicas que el Estado percibe como retribución por el aprovechamiento económico que obtienen personas a quienes se les ha otorgado el derecho a explorar o explotar recursos minerales. En este sentido, el artículo 13 establece que son de cuatro clases las contraprestaciones económicas:

- Canon superficiario (es la suma en dinero que deberán pagar los beneficiarios de licencias de exploración tratándose de proyectos de gran minería).

- Regalías (son un porcentaje sobre el producto bruto explotado que la Nación exige como propietaria de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción).

- Participaciones (son las contraprestaciones diferentes de los cánones y regalías, convenidas en los contratos de exploración y explotación que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado dentro de las áreas recibidas por éstas en aporte).

- Impuestos específicos (son aquellos establecidos por normas especiales y para determinados minerales).

4. Respecto de regalías, el Código de Minas prevé que los recaudos por este concepto, provenientes de la explotación en la pequeña y mediana minería se destinarán y distribuirán en un setenta por ciento (70 %) para los municipios en cuya jurisdicción se encuentran las correspondientes minas, proporcionalmente al área sometida a licencia o contrato localizada en cada uno. El treinta por ciento (30%) restante se destinará para los Fondos de Fomento Minero, con excepción de los casos de áreas otorgadas en aportes a las empresas industriales o comerciales del Estado, evento en el que se dividirá ese treinta por ciento (30%) en partes iguales entre dichas empresas y los Fondos de Fomento Mineros. (Artículo 217, *ibídem*).

En cuanto se refiere a los *proyectos de gran minería*, el mencionado artículo dispone que el destino de los recaudos por concepto de regalías será distribuido por partes iguales entre la Nación y la empresa industrial o comercial del Estado encargada de negociar su valor. El CONPES es el encargado de establecer cómo se distribuye la parte correspondiente a la Nación.

5. Según el artículo 229 del Código de Minas, corresponde a la empresa Carbones de Colombia S.A. (CARBOCOL), liquidar y recaudar el impuesto a la producción del carbón previsto en el artículo inmediatamente siguiente. Este impuesto deberá ser pagado trimestralmente por "las personas que a cualquier título exploten carbón " y es equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del mineral en boca de mina.

El artículo últimamente citado, puntualiza:

Las personas que por concepto de explotación de carbón paguen al Estado o a los organismos descentralizados del orden nacional, regalías, cánones o participaciones cuyo producido sea inferior al que resultare de aplicarles el gravamen del cinco por ciento (5%) de que trata el inciso anterior, pagarán la diferencia como impuesto. En caso de que tal producido fuere superior, estarán exonerados de dicho gravamen.

6. La legislación minera, como puede deducirse de las normas mencionadas en los acápites anteriores, distingue entre los conceptos de impuesto, regalía, canon superficiario y participación, los cuales representan contraprestaciones económicas claramente diferenciadas, lo que permite comprender sin riesgo de incurrir en equívoco, el lenguaje del Código en relación con dichos conceptos.

La Sala Considera, por consiguiente, que cuando el artículo 229 del Código de Minas se refiere a la distribución del recaudo proveniente del impuesto a la producción de carbón (con fundamento en la regulación proveniente del artículo 10 de la ley 76 de 1985), debe entenderse que dicha distribución se aplica únicamente al valor de lo recaudado por el mencionado impuesto y no sobre regalías, participaciones o cánones, así el pago por estos conceptos sea susceptible de ser descontado del monto del impuesto. Las normas que regulan el impuesto al carbón son específicas y no pueden confundirse con aquellas que disponen un reparto diferente para el recaudo de cada una de esas contraprestaciones.

De conformidad con la orientación expresada, el artículo 217 determina la destinación que debe darse a los recaudos por concepto de las regalías que se obtengan en explotaciones mineras de recursos de propiedad nacional que afecten por igual a la pequeña y mediana minería; en estos casos, los municipios en cuya jurisdicción se encuentran las correspondientes minas, recibirán el

70% del recaudo, en proporción al área bajo la licencia o contrato de concesión de explotación localizada en cada uno, y el 30% restante se destinará para los Fondos de Fomento Minero. Y en los proyectos de gran minería, los recaudos por concepto de regalías, serán distribuidos por partes iguales entre la Nación y las correspondientes empresas industriales o comerciales del Estado.

7. Por las razones expuestas, la distribución del recaudo por concepto de regalías provenientes de la explotación del carbón, no está sometida a los porcentajes previstos en el artículo 229 del Código de Minas, porque ciertamente ellos se aplican de manera exclusiva, a la distribución del recaudo del impuesto sobre la explotación del carbón. Los recaudos por concepto de regalías que se obtengan en las explotaciones de carbón, deben ser distribuidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del mismo Código.

De ahí que la Sala no encuentre dificultad para que se efectúe cada una de las distribuciones (la correspondiente al impuesto y las concernientes a las regalías), toda vez que ellas están sometidas a disposiciones diferentes; además, los derechos de las entidades territoriales sobre las contraprestaciones económicas, merecen respeto en los términos del artículo 232 del ordenamiento en referencia.

Por consiguiente, en el asunto materia de la consulta es posible distinguir tres situaciones:

I. Cuando existe recaudo por regalías en proyectos de gran minería y recaudo por impuesto sobre la explotación de carbón.

II. Cuando existe un mayor recaudo por regalías que por impuesto.

III. Cuando existe recaudo solamente por regalías, por haberse presentado el caso de exoneración del impuesto en favor de las personas que explotan carbón, debido a que el producido por regalías, cánones o participaciones resultó superior al impuesto equivalente al 5% del valor del mineral en boca de mina.

La distribución de los recaudos para cada una de las situaciones enunciadas, será la siguiente:

a. En proyectos de gran minería, las regalías obtenidas se destinan por partes iguales para la Nación y la empresa industrial o comercial del Estado, según el inciso tercero del artículo 217 del Código de Minas.

Y el CONPES es el encargado de establecer cómo se distribuye la parte que le corresponde a la Nación, pero de acuerdo al criterio señalado por el artículo 232 que garantiza los derechos adquiridos por las entidades territoriales.

La distribución del recaudo por el impuesto a la producción de carbón, se hará aplicando los factores establecidos en el artículo 229, *ibídem*.

b. El mayor recaudo por regalías obtenidas en proyectos de gran minería se distribuirá por partes iguales entre la Nación y la empresa industrial o comercial del Estado, de conformidad con el mencionado inciso tercero del artículo 217. De igual manera se procederá en el caso de recaudo único por regalías.

El menor recaudo por concepto del impuesto a la explotación de carbón, se distribuirá aplicando los factores a que se refiere el artículo 229.

c. En el evento de no presentarse recaudo por concepto de impuesto porque las personas que explotan carbón fueron exoneradas, sobre la base de que los pagos por regalías y otras contraprestaciones económicas resultaron mayores que la suma liquidada por concepto de impuesto (artículo 230, inciso tercero, del Código de Minas), no habrá lugar a hacer distribuciones entre las entidades territoriales y las demás entidades beneficiarias del impuesto al carbón. Esto por cuanto los factores previstos en el artículo 229 mal pueden ser aplicados a otro recaudo distinto al proveniente del impuesto a la producción del carbón.

Se concluye, entonces, que no existe relación entre la distribución de los recaudos por regalías y la del recaudo por impuesto, en tratándose de la explotación del carbón. Por expresa disposición legal, cada uno de los recaudos tiene destino y finalidad diferente, lo que impide que puedan fusionarse o confundirse.

Luego las respuestas a las preguntas condicionales: " si las sumas correspondientes... deben tomarse exclusivamente del 50% que del total de las regalías, cánones o participaciones en los proyectos de gran minería, pertenece a la Nación..." y "Si, por el contrario, ... deben aplicarse los porcentajes correspondientes al total de las regalías captadas...", necesariamente tendrán que ser negativas en ambos casos, ya que tanto el primer interrogante como el segundo, parten de supuestos en donde las regalías, los impuestos y los factores de distribución de los recaudos, reciben un tratamiento que no se ajusta al espíritu de la ley.

En otros términos, regalías e impuestos se distribuyen separadamente, en la forma indicada.

Transcribese al señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente; Jaime Betancur Cuartas, Ausente con excusa; Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE. PRESTACIONES SOCIALES

Las prestaciones sociales del personal docente nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la ley 91 de 1989 son de cargo de la Nación y corresponde pagarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por el artículo 3 de dicha ley; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar a dicho personal por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles antes de la fecha de promulgación de la ley.

Consejo de Estado. - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Primero (1o.) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Consulta N°. 361. Actor :Consulta del ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre: "Aplicación y efectos del Art. 15, Ley 91/89 -Personal Docente-".

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social envió a la Sala la siguiente consulta:

"En mi calidad de Ministro de Trabajo, solicito comedidamente a los Honorables Magistrados de esa Sala, su pronunciamiento respecto a la aplicación y efectos del artículo 15 de la ley 91 de Diciembre 29 de 1989, el cual establece: "A partir de la vigencia de la presente ley el

personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o de Enero de 1990, para efecto de prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. PENSIONES.:

"a. Los docentes vinculados hasta el 31 diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

b. Para los docentes vinculados a partir del 1o de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75 % del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional".

Teniendo en cuenta la transcripción legal referida, de manera comedida, elevo ante esa Corporación las siguientes consultas:

1. En el evento de que un docente cumpla con los requisitos de tiempo y edad, ordenados por la ley 114 de 1913, antes de la vigencia de la ley 91 de 1989, es decir de Diciembre 19 de 1989, y teniendo ya reconocida su pensión ordinaria de jubilación por la Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con el Decreto 1848 de 1969, tiene o no tiene derecho a que la misma Entidad de Previsión le reconozca la pensión gracia (ley 114/13) y en caso afirmativo, a partir de qué fecha se haría efectiva dicha pensión?

2. Si un docente, llena los requisitos para el reconocimiento de las dos pensiones (pensión ordinaria y pensión gracia) antes de la vigencia de la ley 91 de Diciembre de 1989, teniendo en cuenta que la misma ley en su artículo 30. crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a cual de los entes, Caja Nacional o fondo de Prestaciones, corresponde el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria y a partir de qué fecha sería la efectividad?

3. Si el docente se encuentra pensionado, de conformidad con la ley 114 de 1913, por esta entidad, y suspensión ordinaria, habiendo reunido los requisitos para la misma, con anterioridad a la vigencia de la ley 91 de 1989, y en el entendido que esta ley hizo compatible la pensión "gracia" con la ordinaria, a qué ente de previsión corresponde su reconocimiento y pago y a partir de qué fecha se haría efectiva la pensión nacional?

4. A qué ente de previsión, corresponde el reconocimiento y pago de las pensiones consultadas en los tres casos anteriores, cuando los requisitos para las mismas los hubieren cumplido con posterioridad a la vigencia de la ley 91 de 1989, es decir con posterioridad a diciembre 29 del mismo año ?".

CONSIDERACIONES:

Para efectos de las prestaciones económicas y sociales del personal docente, el artículo 15 de la ley 91 de 1.989 lo clasifica como personal docente nacionalizado, personal docente nacional y personal docente vinculado con posterioridad al 10. de enero de 1990, manteniendo para el primero el régimen prestacional vigente en cada entidad territorial y sujetando los restantes al régimen aplicable a los empleados públicos del orden nacional, excepto en lo siguiente:

a) Dispone, para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 con derecho a la pensión de gracia que el reconocimiento y pago de la misma se haga por la Caja Nacional de Previsión y que esta es compatible con la pensión ordinaria de jubilación.

b) A los docentes vinculados a partir del 10 de enero de 1.981, nacionales y nacionalizados y a aquellos que se nombren a partir del 10 de enero de 1.990, se les reconoce el derecho a *una pensión de jubilación* equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

La definición de un régimen laboral único para el magisterio, a partir del 10. de enero de 1.990 , que propuso el Gobierno al presentar al Senado el proyecto de ley correspondiente, se concretó con el artículo introducido

por el ponente, doctor Alvaro Uribe Vélez, y consiste en respetar las normas vigentes en las entidades territoriales respecto a los maestros vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.989 y en adoptar *para quienes ingresen con posterioridad a esta fecha*, las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la ley 91 de 1.989 son de cargo de la Nación y corresponde pagarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por el artículo 3o. de dicha ley : pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagaron el Fondo las sumas que resulten adeudar a dicho personal por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles antes de la fecha de la promulgación de la ley en cita. (Artículo 2o. ordinal 5o., ibídem).

Con fundamento en lo expuesto se contestan en el orden de su formulación los puntos del cuestionario de la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social:

1. El docente pensionado por la Caja Nacional de Previsión Social que hubiere cumplido antes de la vigencia de la ley 91 de 1.989 los requisitos de tiempo y edad ordenados por la ley 114 de 1913 , tiene derecho a que la misma entidad de previsión , conforme al Decreto 081 de 1976, le reconozca la pensión de gracia por esa ley establecida, con efectividad a la fecha en que dicha pensión se hubiere causado . (Ley 91 de 1.989, artículo 15, ordinal 2o.), es decir, cuando se hayan "cumplido los requisitos para exigibilidad". (ley 91 de 1.989, artículo 1o. parágrafo 2o inciso 1o. y artículo 15, ordinal 2o.).

2. El reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación causada antes de la vigencia de la Ley 91 de 1.989 se harán de conformidad con las normas legales aplicables a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. Y dichos reconocimiento y pago están a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, como lo dispone el artículo 2o. inciso 1o, de la Ley 91 de 1.989.

3. Como en el caso anterior, la Caja Nacional de Previsión debe reconocer al docente , pensionado de conformidad con la ley 114 de 1913, la pensión ordinaria de jubilación sobre la base de haber reunido los requisitos para tener derecho a la misma con anterioridad a la promulgación de la ley 91 de 1989, conforme a lo prescrito por el artículo 2o. de la ley 91 de 1989.

4. a)- A los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.980 que llegaron a tener derecho a la pensión de gracia con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1.989, se les reconocerá y pagará por la Caja

Nacional de Previsión, conforme al Decreto 081 de 1.976, según lo prescrito por el artículo 15 , ordinal 2o. de la ley 91 de 1.989.

b)- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la ley 91 de 1989, serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando se cumplan los requisitos correspondientes. Pero la Caja Nacional de Previsión Social, o el Fondo Nacional de Ahorro o la entidad que haga sus veces "pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar" hasta la fecha de promulgación de la ley 91 de 1.989.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala, *Jaime Betancur Cuartas*, Ausente con excusa, *Javier Henao Hidrón*, *Humberto Mora Osejo*,

Elizabeth castro Reyes, Secretaria.

**INDUSTRIA MILITAR- Naturaleza Jurídica. IMPUESTO PREDIAL
TASA DE CONTRIBUCION. IMPUESTO A INMUEBLES- Exención**

La Industria Militar ostenta el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de conformidad con el Decreto - ley 2346 de 1971, por este motivo goza de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente: su objeto principal es el desarrollo de actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Para verificar si la Industria Militar se encuentra exenta del pago de impuesto predial, tasa de contribución y además impuestos a inmuebles a favor de los municipios es necesario remitirse a las disposiciones locales, en donde se hallen ubicados inmuebles de propiedad de dicha empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que las exenciones de los gravámenes citados deben ser establecidos por los mismos municipios, de conformidad con el inciso 2 del artículo 183 de la C.N.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio civil

Bogotá, D.E., dieciseis (16) de agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta N°. 370 Actor: Exención de la Industria Militar del pago de Impuesto Predial, Tasas de contribución y demás Impuestos a inmuebles a favor de los Municipios.

El señor Ministro de Defensa, General Oscar Botero Restrepo con fundamento en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, formula la siguiente consulta que se transcribe textualmente:

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional que gozan de los mismos privilegios y prerrogativas de la Nación, están obligadas a pagar a los municipios el Impuesto Predial, tasas de contribución para construcción de vía, acueductos y además impuestos a inmuebles, o por el contrario, están exentas de tales gravámenes, teniendo en cuenta su carácter y privilegios?

En concepto de fecha 1o, de septiembre de 1976, radicación No. 1079, al absolver consulta formulada por el señor Ministro de Salud, esa Sala expresó textualmente: "De donde lógicamente se deduce que las empresas Industriales y Comerciales del Estado, en principio, no están exentas del pago de impuestos del tipo de los mencionados por el señor Ministro de Salud en la consulta en estudio. Pero si bien el Estado entra en el campo particular de la industria y del comercio y se somete al derecho privado, las empresas no pierden por ello su carácter de gestoras de intereses pertenecientes a aquél. Y así la legislación puede reservar para las entidades en cuestión, determinados privilegios propios del Estado. Hay necesidad de verificar en cada caso cuáles son esos privilegios. En concepto de 24 de noviembre de 1972, esta Sala dijo lo siguiente: "Hay necesidad en cada caso de examinar cada empresa en particular, en concreto primero, luego las leyes que se hayan podido dictar sobre esa materia y, por último, si se quiere en ese orden, las disposiciones que rigen esta clase de empresas para determinar sus prerrogativas o privilegios".- Siguiendo el mismo concepto antes citado, pueden presentarse las siguientes situaciones: "1o. Que la ley misma al crear o autorizar una empresa de éstas, o su estatuto orgánico en virtud de la ley, reconozca a ellas determinadas prerrogativas; 2o. Que una ley posterior otorgue a todas las empresas del Estado o a una particular, alguna o algunos privilegios o prerrogativas; 3o que tales privilegios sean comunes, generales a esta clase de entidades, como por ejemplo, la posibilidad de sujetarse no al derecho privado, sino al público, así sea excepcionalmente, en cuanto a su actividad, o a la posibilidad de pactar cláusula de caducidad en sus contratos". Lo anterior permite contestar así al señor Ministro de Salud :...Segundo.- Por lo que hace a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, del orden nacional, en principio están obligadas a pagar los impuestos a que se refiere la consulta. Pero es necesario examinar en cada caso las disposiciones que la crearon, las leyes que se hayan podido dictar sobre la materia y las disposiciones generales que gobiernan esa clase entes, a fin de determinar exactamente sus privilegios o prerrogativas, y establecer cuáles de éstos reservó el Estado para ella, en su carácter de organismo oficial de propiedad de la Nación.

De acuerdo con el artículo 28 del Decreto ley 2346 de 1971, la Industria Militar, como empresa Industrial y Comercial del Estado, goza de los mismos

privilegios y prerrogativas que las leyes otorgan a la Nación. En el artículo 43 de los estatutos de la citada empresa, aprobados por el Decreto 1648 de 1985, se dispuso cosa similar.

Por lo expuesto, solicito comedidamente se conceptúe si la Industria Militar se encontraría exenta del pago de impuesto predial, tasas de contribución y demás impuestos a inmuebles a favor de los municipios?

LA SALA CONSIDERA

1. La Industria militar, ostenta el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de conformidad con el Decreto-Ley 2346 de 1971, por este motivo goza de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente; su objeto principal es el desarrollo de actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del Derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

2. El inciso segundo, del artículo 43 del artículo 43 del Decreto-ley 3130 de 1968 establece que:

"Las empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía mixta tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las leyes, y las generales aplicables a esta clase de organismos".

De suerte que, como lo ha sostenido la Sala en varias oportunidades, en principio las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no están exentas del pago de impuestos, sin embargo, las leyes generales o especiales, en cada caso, las pueden exonerar de un determinado gravamen.

3. El Decreto-Ley 2346 de 1971 por medio del cual se organizó la industria Militar, dispuso que esta entidad gozaría de los mismos privilegios y prerrogativas que las leyes otorgan a la Nación. Esta previsión de carácter especial, remite a las disposiciones del orden legal que exoneran a la Nación del pago de determinados impuestos, del orden nacional las cuales serían aplicables a la Empresa mencionada.

4. El asunto concreto materia de la consulta se refiere a los impuestos y contribuciones del orden municipal que pueden ser generados por los inmuebles de propiedad de la Industria Militar. Dichos gravámenes se traducen en los impuestos denominados predial y de ocupación de vías y en la contribución de valorización, cuando la obra de interés público sea ejecutada por el municipio; el valor recaudado por estos conceptos integran las rentas municipales, que de acuerdo con el artículo 183 de la Constitución Nacional, son de su propiedad exclusiva.

5. De conformidad con el inciso segundo del mencionado artículo 183 de la Constitución Nacional (lo. del Acto Legislativo número 2 de 1987), ni la ley ni el gobierno nacional podrán "conceder exenciones respecto de derechos o impuestos " de las entidades territoriales, lo que implica que, corresponde exclusivamente a los municipios, a través de los Consejos municipales, establecer las exenciones de los mencionados impuestos y gravámenes creados a su favor, de conformidad con la atribución 2a., del artículo 197 de la misma Carta. Sobre este aspecto también la ley 29 de 1963 dispuso que correspondía a los municipios crear las exenciones sobre los impuestos establecidos a su favor y que quedaban derogadas las señaladas en normas anteriores a ese año.

6. Así las cosas, la Sala estima que las exenciones de los impuestos y contribuciones municipales sólo pueden ser establecidas por los propios municipios, siendo por lo mismo, pertinente remitirse a las normas locales para determinar las exenciones previstas respecto de los mencionados impuestos predial y de ocupación de vías y de la contribución de valorización.

Con fundamento en estas consideraciones , la Sala responde el interrogante del señor Ministro de Defensa nacional:

Para verificar si la Industria Militar se encuentra exenta del pago de impuesto predial, tasas de contribución y demás impuestos a inmuebles a favor de los municipios, es necesario remitirse a las disposiciones locales, en donde se hallen ubicados inmuebles de propiedad de dicha empresa industrial y comercial del Estado, toda vez que las exenciones de los gravámenes citados deben ser establecidos por los mismos municipios, de conformidad con el inciso segundo del artículo 183, de la Constitución Nacional.

La sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado ABSUELVE ASI, la consulta formulada por el señor Ministro de Defensa , General Oscar Botero Restrepo.

Transcribese en copia auténtica al señor Ministro de Defensa y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes Secretaria de la Sala.

**PROTECCION A LA INDUSTRIA Y AL TRABAJO NACIONALES.
CONTRATO DE EMPRESTITO. INCOMEX- Facultades. ENTIDADES
DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES -Régimen contractual**

Cuando se trata de contratos de empréstito con garantía de la Nación, y no se hayan cumplido las disposiciones relativas de la protección a la industria y al trabajo nacionales, el INCOMEX tiene facultad para no aprobar las licencias de importación. Pero si se trata de contrato cuya financiación no obtuvo la garantía de la Nación , el INCOMEX carece de competencia para interferir su ejecución negando las solicitudes de importación de bienes cuya adquisición sea el objeto de los contratos.

La aplicación forzosa de determinado régimen, al proceso de contratación de una entidad descentralizada del orden municipal se impone al iniciarse dicho proceso, porque está prescrito adelantarlos según sus normas. Luego por no haber obtenido la entidad descentralizada la garantía de la Nación, no se altera el carácter de obligatoriedad que determinó la aplicación de dicho régimen o la reposición de la actuación según sus prescripciones.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Radicación: No. 324

Referencia: Consulta del Ministro de Desarrollo Económico sobre: "Campo de aplicación que sobreprotección a la Industria Nacional establece los decretos 2248/72 y 222 de 1983.

En oficio No. 690, el señor Ministro de Desarrollo Económico envió a la Sala la siguiente consulta:

"... Para una mayor precisión en los asuntos materia de la consulta , tengo a bien hacer una breve reseña de las normas que estimo pertinentes.

Las empresas Públicas de Medellín, es un establecimiento público del orden Municipal, que en el año de 1988 procedió abrir dos (2) Licitaciones Públicas Internacionales bajo el régimen previsto en el Decreto 2248 de 1972, aplicable a los municipios y sus entidades descentralizadas.

Dentro del objeto de las Licitaciones se contempla la financiación para el suministro de los equipos destinados al proyecto hidroeléctrico del Río Claro, por lo tanto, se solicitó por parte de las Empresas Públicas , la respectiva autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la celebración de los contratos de empréstito externo, autorización concedida mediante Resolución Ejecutiva No. 18 de 1989, en la cual se ordena a las Empresas la sujeción a las normas que sobre protección a la Industria Nacional establece el Estatuto de Contratación Administrativa, Decreto ley 222 de 1983 en su Título X.

Como consecuencia de ello, el Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX-, en respuesta a la solicitud formulada por las Empresas, procedió a certificar sobre la existencia de producción nacional y la desagregación tecnológica. Mientras se obtenía dicha certificación, el Señor Gerente suspendió los términos de las licitaciones con el fin de acogerse a los artículos 227, 270 y 286 del Decreto 222 de 1.983 , en cumplimiento con lo ordenado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sin embargo, las Empresas Públicas deciden continuar con el proceso licitatorio bajo el régimen del Decreto 2248 de 1972 y su propio estatuto contractual.

Los contratos así adjudicados fueron sometidos a la correspondiente revisión de legalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, quien se pronunció favorablemente mediante proveído del 23 de Septiembre de 1988, pero en el cual no se hace alusión al cumplimiento de las normas sobre protección Industrial.

Es importante anotar que ambos estatutos, Decreto ley 222 de 1.983 y Decreto 2248 de 1972, tienen como finalidad la protección a la industria Nacional, pero contienen diferencias sustanciales en cuanto a procedimiento, términos y márgenes de protección.

El Instituto Colombiano de Comercio Exterior, en especial su junta de Importaciones y en razón de la aprobación de las correspondientes licencias de importación de los equipos objeto de las Licitaciones, elevó consulta a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, sobre todas las situaciones presentadas con las licitaciones públicas internacionales a las que he venido haciendo referencia, conceptuando que las mismas se encontraban conforme a derecho, ya que las Empresas Públicas de Medellín cumplieron con las exigencias del Decreto 2248 de 1972, Estatuto que rige para esta clase de Entidades.

Uno de los proponentes no favorecidos, demandó ambas licitaciones ante la Justicia contencioso Administrativa en Acción de Nulidad con suspensión provisional en prevención, siendo negada la suspensión provisional por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia mediante autos del 24 de abril y 10 de julio de 1.987. Igualmente el Tribunal, en providencia de 22 de abril de 1978 inadmite la demanda. Estos Autos fueron confirmados por el Honorable Consejo de Estado.

Por todo lo anteriormente expuesto se consulta:

1o. No obstante existir un fallo favorable de revisión de legalidad sobre un contrato administrativo, puede el INCOMEX negar las solicitudes de importación referidos al mismo cuando a su juicio no se dio cumplimiento en el proceso licitatorio a las normas de protección a la Industria y al trabajo Nacionales?.

2o. Puede una entidad del orden municipal, que ha iniciado su trámite licitatorio por las normas del Decreto 2248 de 1972 suspender este, sin modificar los pliegos, continuar dicho trámite con las normas del Decreto ley 222 de 1983 (Título X) y sin rehacer la actuación bajo el imperio del último decreto citado ?.

3o. Puede una entidad oficial del orden municipal alegar, una vez finalizado el proceso de contratación, que la norma por la cual se rigió la misma (D. L. 222/83) no le obligaba por cuanto al finalizar este no obtuvo aval de la Nación y por consiguiente la norma aplicable es ahora el Decreto 2248 de 1972 ?."

CONSIDERACIONES

Los Códigos de Régimen Departamental y Municipal, mediante sus artículos 227 y 286 disponen que los contratos de crédito externo que proyecten celebrar los Departamentos, los Municipios y las entidades descentralizadas de unos y otros se regirán por el Decreto 1050 de 1955 y las disposiciones que lo adicionen y reformen.

El artículo 7o. de dicho Decreto: "Por el cual se organiza el Crédito público de los Departamentos, Municipios y organismos autónomos descentralizados", dice: "considéranse como operaciones de crédito externo las compras de equipos y materiales que los Departamentos, Municipios y organismos autónomos descentralizados proyecten hacer en el extranjero, con plazo mayor de un año y por valor que exceda de doscientos cincuenta mil dólares, o su equivalente en moneda nacional. Por lo tanto la tramitación de tales compras estará sujeta a las formalidades y requisitos establecidos en el presente decreto para los empréstitos externos."

El artículo 37 de la ley 7a. de 1981 elevó la cuantía establecida en el artículo 7o. del Decreto-Ley (sic) 1050 de 1955 a dos millones de dólares (US \$ 2'000.000.00) y el artículo 38 derogó las disposiciones del Decreto Legislativo (sic) 1050 de 1955 *sobre crédito interno sin garantía de la Nación* y las demás normas contrarias a dicha ley.

Por tanto , subsisten las normas del Decreto 1050 sobre contratos de crédito externo y las adiciones o reformen dicho decreto.

El Decreto 222 de 1.983, artículo 227, inciso 3o., adicionó y reformó el Decreto 1050 de 1.955, en cuanto que la Nación puede garantizar el financiamiento de los Departamentos y Municipios y de sus entidades descentralizadas, cuando aquéllos y estas se ajusten a las prescripciones del Decreto Ley 222 de 1.983 sobre empréstito y protección a la industria y al trabajo nacionales.

Sobre esta base resulta indudable que el Decreto 2248 de 1.972, no es aplicable a los referidos contratos, cuando ya no es el cumplimiento de sus disposiciones, sino de las del 222, el que autoriza garantizar dicho financiamiento.

De ahí que la Resolución Ejecutiva No. 18 de 1.989, por la cual se autorizó la celebración de los contratos de empréstito externo a las Empresas Públicas de Medellín, les ordenara sujetarse a las normas del Decreto ley 222 de 1983 sobre protección a la industria y al trabajo nacionales y de ahí la inconsecuencia de dicha entidad, al reanudar a su arbitrio, el proceso de licitación bajo el régimen del Decreto 2248 de 1972 respecto de los contratos para el suministro de equipos destinados al proyecto hidroeléctrico del Río Claro.

Sobre la revisión de la legalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, a que fueron sometidos los contratos celebrados, el Código Contencioso Administrativo, artículo 263, excluye de aquella los contratos de empréstito externo e interno que celebren los Municipios y sus entidades descentralizadas; sin embargo, el artículo 59 de la Ley 55 de 1.985, norma posterior al estatuto contractual de la administración, prescribió:

"En desarrollo de lo previsto en el inciso 1o. del artículo 239 del Decreto Extraordinario 222 de 1983, el Gobierno *podrá* someter a la revisión de legalidad por el Consejo de Estado los contratos de empréstito externo de la Nación, de las entidades territoriales y descentralizadas. La revisión comprenderá la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebre; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas; las prescripciones de orden fiscal y, en general, todo lo relativo a su celebración".

"El dictamen del Consejo de Estado que declare válidamente celebrado el contrato, no será susceptible de controversia jurisdiccional".

Y el artículo 28 de la Ley 7a. de 1986 extendió la facultad del artículo antes transcrito a los contratos que la Nación garantice y a las garantías respectivas.

Ahora bien, si la naturaleza de los aludidos contratos, vino a la postre a ser la de compra de equipos en el extranjero, *sin garantía de la Nación*, a posteriori puede entenderse válida su revisión por parte del Tribunal conforme a los artículos 256 y 258 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 264 del mismo. Pero entonces no pueden ser objeto de evaluación del INCOMEX el cumplimiento de las normas sobre protección a la industria y al trabajo nacionales del decreto 222 de 1.983, artículo 286, porque a su observancia no están sujetos los contratos cuya financiación no obtuvo garantía de la Nación. Y al abstenerse de aprobar las correspondientes licencias de importación, impedirá el INCOMEX, a su solo arbitrio, la ejecución de contratos perfeccionados y declarados ajustados a la ley por Tribunal competente.

Precisados tales antecedentes, con los elementos de juicio que la consulta aprobó, procede absolver las cuestiones propuestas a la Sala por el anterior titular del Ministerio de Desarrollo Económico, así:

1o.- Cuando se trate de contratos de empréstito con garantía de la Nación, de conformidad con el artículo 227 del Decreto-Ley 222 de 1983, y no se hayan cumplido las disposiciones relativas de la protección a la industria y al trabajo nacionales, el INCOMEX tiene facultad conferida por el artículo 286 del Decreto 222 para no aprobar las licencias de importación. *Pero si se trata de contrato cuya financiación no obtuvo la garantía de la Nación, el INCOMEX carece de competencia para interferir su ejecución negando las solicitudes de importación de bienes cuya adquisición sea el objeto de los contratos.*

2o. Una vez iniciada la licitación pública bajo un determinado procedimiento, la administración no puede cambiar su trámite para darle

aplicación o cabida a otras normas, sin reponer lo hasta allí actuado, para continuar con otro procedimiento diferente.

3o.- La aplicación forzosa de determinado régimen, Decreto-Ley 222 de 1.983, al proceso de contratación de una entidad descentralizada del orden municipal se impone al iniciarse dicho proceso, porque está prescrito adelantarlos según sus normas. Luego por no haber obtenido la entidad descentralizada la garantía de la Nación, no se altera el carácter de obligatoriedad que determinó la aplicación de dicho régimen (Decreto - Ley 222/83) o la reposición de la actuación según sus prescripciones. Por consiguiente, las Empresas Públicas de Medellín no pueden alegar la aplicación de un régimen diferente.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SALA DISCIPLINARIA

FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. MORA

La mora no puede atribuirse sino una vez vencido el término legal para despachar el asunto, sin computar este mismo término como parte de aquélla. Lo que atenta contra la eficacia es la mora, no el término legal. Los descargos del inculpado no sólo deben oírse sino en lo posible verificarse o comprobarse para decidir hasta dónde son exculpatorios. No es suficiente dejarlos como hechos simplemente presentados sin rodearlos de algún respaldo probatorio.

Consejo de Estado.- Sala Disciplinaria

Bogotá, D.E., Septiembre seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente N°. C-121 Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial. Disciplinario.

La Procuraduría General de la Nación mediante Resolución No. 014 de abril de 1990 declaró probados y no desvirtuados los cargos que le fueron formulados al doctor JAIME MOSSOS GUARNIZO en su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por haberle hallado incurso en la falta disciplinaria contemplada en el numeral 1o. del artículo 95 del Decreto 250 de 1970 y 61 literal a) del Decreto 052 de 1987, remitió el expediente a esta Corporación para que se le imponga la sanción que corresponda.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, corresponde decidir a la Sala Disciplinaria, conformada según lo dispuesto en el Decreto 1888 de 1989 (agosto 23), para lo cual, hace las siguientes consideraciones.

I. RESUMEN DE ANTECEDENTES

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial en el mes de noviembre de 1988 ordenó una visita general a los despachos de los Magistrados de los Tribunales Administrativos del país, tendiente a establecer la labor desarrollada y el rendimiento de los Magistrados en el período para el cual habían sido reelegidos.

Como resultado de tal visita en el Tribunal de Cundinamarca y concretamente en el despacho del Magistrado José Herney Victoria Lozano -Sala Laboral - se sugirió por la Abogada Asesora archivar las diligencias respecto a este Magistrado por no existir mérito para iniciar investigación disciplinaria y haber encontrado satisfactorio su rendimiento y, en cambio, abrirla para calificar la conducta de su antecesor en el mismo Despacho, el doctor Jaime Mossos Guarnizo de quien había recibido el 15 de mayo de 1988, así como la de algunos funcionarios de Secretaría y la del Fiscal 1o. (fl. 119).

Prevía orden y práctica de algunas pruebas (en abril 26 y agosto 25/89, fl. 122 y 151), mediante providencia del 13 de diciembre dispuso declarar abierta investigación disciplinaria en orden a clarificar la conducta del Magistrado Jaime Mossos Guarnizo por no haber registrado proyectos de sentencias en seis (6) procesos allí relacionados, dentro del término de cuarenta días que establece el artículo 211 del Código Contencioso Administrativo, lo que constituye falta contra la eficiencia de la administración de justicia, contemplada en el literal a) del artículo 61 del Decreto 052 de 1987, vigente en la época de los hechos.

Practicadas algunas pruebas y oído en descargos el mencionado doctor Mossos, la Procuraduría dictó la ya citada Resolución 014 del 17 de abril de 1990 en la cual declaró probados y no desvirtuados los cargos formulados en su contra.

II. ANALISIS DEL CARGO

Disponía en la época del Decreto 052 de 1987: "ARTICULO 61. Son faltas contra la eficacia de la administración de justicia:

a) Omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señale la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente..."

La norma antecesora de ésta era el artículo 95 numeral 1o. del Decreto 250 de 1970 cuyo texto era exactamente igual al transcrito excepto que no incluía el elemento "justa causa" como calificador de la conducta omisiva en el cumplimiento de los términos legales; como en lo demás era exactamente igual, resulta válido anotar que la reforma de 1987, conservó como falta la de dejar vencer los términos sin la actuación correspondiente, pero introdujo el factor de la culpabilidad al tipificar la falta, así: "...dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente."

Consagró así la ley lo que ya la jurisprudencia del Tribunal Disciplinario había sentado en el sentido de que la omisión prevista en la norma era 'no solamente objetiva' y que configuraba atentado a la eficacia de la administración de justicia sólo en cuanto no existan circunstancias que la justifiquen.

Por otra parte, el artículo 211 del Código Contencioso Administrativo al regular el procedimiento ordinario en los Tribunales administrativos, señaló el término para fallar, así:

ARTICULO 211- "El proyecto de sentencia deberá ser registrado dentro de los cuarenta (40) días siguientes al vencimiento del término que dispongan las partes para alegar.

La Sala o Sección tendrá otros veinte (20) para sentenciar".

Revisado el trabajo realizado por el doctor Mossos Guarnizo durante el período comprendido entre el 11 de abril de 1986 al 15 de mayo de 1988 (fecha en que entregó al Dr. J. Herney Victoria Lozano), se obtuvo el siguiente resultado que en resumen aparece a folio 131:

"1. PROVIDENCIAS DE FONDO

"SENTENCIAS.....154

ELECTORALES..... 3

AUTOS INTERLOCUTORIOS....336

SALVAMENTO DE VOTO..... 6

TOTAL..... 499

"2. OTRAS DILIGENCIAS

AUTOS DE SUSTANCIACION 3.829

AUDIENCIAS..... 185

INSPECCIONES JUDICIALES	4
DECLARACIONES.....	78
ASISTENCIA A SALAS.....	<u>111</u>
TOTAL.....	4.207"

Comparado este resultado con el rendimiento de su sucesor el Dr. Victoria Lozano, este último resultó cuantitativa y proporcionalmente superior, puesto que en sólo 151 días dictó 457 providencias de fondo, entre ellas 45 sentencias, 169 autos de pruebas, 173 inhibitorios. Pero no se hizo comparación con el rendimiento de los demás Magistrados de la Sala Laboral durante la misma época en que trabajó el doctor Mossos, a fin de obtener un término de comparación con factores equivalentes.

El cargo concreto de incurrir en mora al presentarse proyectos de fallo en algunos negocios, se redujo en la investigación a seis expedientes, cuyos principales detalles se consignan en el cuadro siguiente y son tomados de la relación pormenorizada que trae la Resolución No. 014 del /90 (fls. 288 y ss), pero se hace aclaración sobre dos aspectos, a saber:

a) La Procuraduría calcula el tiempo de "mora" a partir de la fecha en que el negocio entró para fallo y,

b) No tuvo en cuenta en todos los casos la circunstancia de presentación, por parte del inculpado, de proyectos de fallo que no fueron acogidos por la Sala en varias ocasiones, que éste relató y probó con copia de las respectivas Actas. La investigación resaltó el hecho de que en tales negocios al 15 de mayo de 1988, aún no se había adoptado sentencia.

En contra de dicho sistema de análisis de los hechos, en el cuadro que se incluye a continuación se indican dos aspectos nuevos: la fecha de entrada para fallo y la de los cuarenta (40) días hábiles siguientes por considerar que es a partir de esta última y no de la primera que se configura la "mora" y, además, se indica fecha y número del Acta en que fue presentado proyecto, así no hubiera sido aprobado.

# Visita y radicación	PARTES	Entró para fallo	Término 40 días	Acta	Proyecto y fecha	Mora a mayo 15 / 88
19 7036	Alberto Gómez B. v/s Bogotá D. E.	Mayo 30 / 86	Julio 19 / 86	18 9 10 11 15	Junio 6 / 86 Enero 22 / 88 Marzo 25 / 88 Abril 8 / 88 Mayo / 88	- 0 -
34 6277	Néstor Guillermo Rojas v / s Universidad Nacional	Septiembre 26 / 86	Noviembre 15 / 86	4 10 3 12 9 14	Feb. 13 / 87 Marzo 27 / 87 Abril 11 / 87 Abril 10 / 87 Marzo 18 / 88 Marzo 25 / 88 Abril 29 / 88	2½ meses
45 6915	José María Muñoz G. v / s Caja D. E.	Abril 11 / 86	Mayo 30 / 86	29 35 37 41 01 05 9 10 11 12 13 14 15	Sept. 11 / 87 Oct. 30 / 87 Nov. 13 / 87 Dic. 11 / 87 Enero 22 / 88 Feb. 19 / 88 Marzo 18 / 88 Marzo 25 / 88 Abril 8 / 88 Abril 15 / 88 Abril 22 / 88 Abril 29 / 88 Mayo 6 / 88	1 año y 3 meses
88 7696	Gabriel Rodríguez v / s Min. Salud	Enero 30 / 87	Marzo 18 / 87	19 15	Julio 19 / 87 Mayo 6 / 88	4 meses
117 7343	Julio C. Benavides v / s INCORA	Abril 30 / 87	Junio 19 / 87			11 meses
144 10.340	Emir Bohórquez v / s Min. Defensa	Mayo 15 / 87	Julio 4 / 87			10 meses

Hechas estas aclaraciones y modificaciones a la forma como la presentó la entidad investigadora, el cargo de morosidad viene a quedar reducido, según puede observarse en el cuadro anterior, a los siguientes casos:

34- Expediente 6277 = de noviembre 15 de 1986 a febrero 13 de 1987, es decir, dos meses y medio aproximadamente (teniendo en cuenta la vacancia de fin de año).

45- Expediente 6915 = de mayo 30.86 a septiembre 11.86, es decir, un año y tres meses de inactividad.

88- Expediente 7696 = de marzo 18.87 a julio 19.87, es decir, cuatro meses.

117- Expediente 7343 : vencido el término el 19 de junio de 1987 y entregado el Despacho el 15 de mayo de 1988 sin proyecto, se configura una mora de once meses, y el

144- Expediente 10.340 = entregado el Despacho en mayo de 1988, habiendo vencido el término para proyectar el 4 de julio de 1987, esto es diez meses atrás.

CONSIDERACIONES FINALES

Desafortunadamente, al parecer, los cuerpos investigadores de la Procuraduría carecen de parámetros adecuados para evaluar las visitas a los despachos judiciales que, por lo menos, en este proceso dificultan formarse un juicio plenamente satisfactorio.

Aún desde el punto de vista objetivo de presentación y análisis de los hechos se observan las siguientes deficiencias:

a) Al parecer no hay criterios regulares para hacer comparaciones de rendimiento en el trabajo y por ejemplo se duda si dentro del grupo de "diligencias" deben o no computarse los autos de sustanciación y si son o no usuales los promedios por días hábiles. En esta investigación aunque los estableció para el Dr. Victoria, no lo hizo con el Dr. Mossos.

b) En casos como el presente, más indicado hubiera sido una comparación del Magistrado investigado con sus compañeros de Sala, durante el mismo período puesto que por razón de la igualdad en el reparto y el desarrollo del trabajo en una misma época permite tener términos de comparación homogéneos.

c) La "mora" no puede atribuirse sino una vez vencido el término legal para despachar el asunto, sin computar este mismo término como parte de aquella. Lo que atenta contra la eficacia es la mora, no el término legal.

d) Los descargos del inculcado no sólo deben oírse sino en lo posible verificarse o comprobarse para decidir hasta donde son exculpatorios. No es suficiente dejarlos como hechos simplemente presentados sin rodearlos de algún respaldo probatorio. Por ejemplo, en este proceso no se complementó la investigación con los motivos por los cuales la Sala no aceptó los proyectos presentados por el Magistrado en varias sesiones (calidad, dificultad del tema, etc.) para ver si alguna culpa le correspondió a la Sala o sólo a desidia o ineficacia del ponente. Tampoco hay un somero análisis o concepto sobre la calidad del trabajo pues la visita se limita a verificar el aspecto cuantitativo del rendimiento.

Sirven estas observaciones para respaldar la afirmación de que si aparentemente y en principio el rendimiento del Magistrado investigado no parece haber sido óptimo, ni siquiera ejemplar, el atraso en un relativamente pequeño número de negocios no está suficientemente establecido si se originó en fallas personales de diligencia o conocimientos, o si, como lo arguyó el inculcado al exagerado volumen de negocios a su cargo.

Sobre este último aspecto la investigación también fue incompleta pues tan sólo con relación al doctor Victoria se estableció que se trataba de un despacho con aproximadamente 1.500 procesos en trámite. De manera que el atraso para fallar 5 o 6 negocios no coinciden ciertamente con el ideal de la administración de justicia de que para todos les llegue prontamente su solución, ni con un rendimiento ejemplar, pero tampoco puede catalogarse dentro de los hechos reprobables sin clarificar las causas de dicho atraso.

La alegada presión por el cúmulo de negocios de índole laboral en todos los Tribunales del país es circunstancia conocida por esta Corporación y especialmente en el de Cundinamarca que se tradujo, en verdad, en la creación de nuevas plazas de magistrados y correlativamente en el Consejo de Estado.

Valoradas en su conjunto tales circunstancias la Sala no encuentra suficientemente configurada la responsabilidad del enjuiciado en grado tal que amerite sanción disciplinaria, sin que objetivamente su rendimiento pueda calificarse de ejemplar.

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

RESUELVE:

Absolver al doctor Jaime Mossos Guarnizo de responsabilidad por los cargos formulados por la Procuraduría General de la Nación en la Resolución No. 014 del 17 de abril de 1990.

Notifíquese personalmente al doctor Jaime Mossos Guarnizo.

Notifíquese personalmente al Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial.

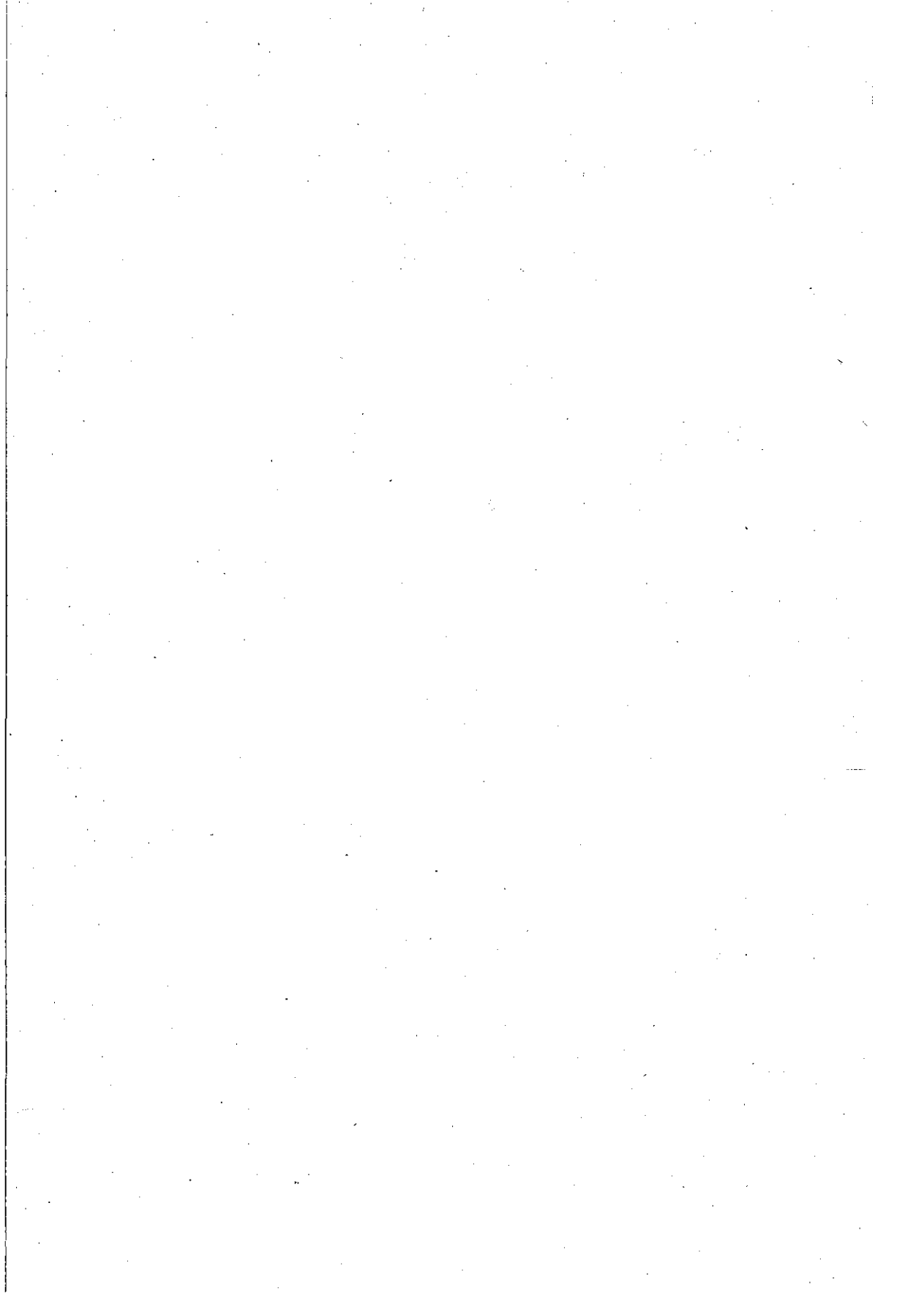
COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Carlos Gustavo Arrieta Padilla,

Nubia González Cerón, Secretaria

SECCION QUINTA



POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites. LOTERIA/LOTERIA DE LOS TERRITORIOS NACIONALES-Sorteos.

El artículo 11 de la Ley 22 de 1985 prevé que la Lotería de los Territorios Nacionales tendrá "dos sorteos anuales con premios en dinero, cuyo producto destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las Intendencias y Comisarías", al paso que el Decreto 574 de 1990 introduce elementos no contemplados en ese texto, pues otorga a cada una de las Intendencias y Comisarías el derecho de realizar sorteos anuales (2), bajo la administración de la Lotería de los Territorios Nacionales. Es decir, que los sorteos que se establecen en la Ley 22 de 1985 debe efectuarlos la Lotería de los Territorios Nacionales, y el Decreto 574 los amplió en el sentido de dárselos también a cada una de las Intendencias y Comisarías.

Suspéndense provisionalmente los efectos del Decreto 574 de 12 de marzo de 1990 emitido por el señor Presidente de la República y refrendado por los señores Ministro de Salud y el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera-Bogotá, D.E., Julio cinco (5) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1483

Demandante : Jesús María Carrillo Ballesteros

El ciudadano y abogado Jesús María Carrillo Ballesteros en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude ante esta jurisdicción con el objeto de impetrar la nulidad del Decreto No. 574 de 12 de marzo de 1990 expedido por el Gobierno Nacional por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 22 de 1985. A la vez solicita su suspensión provisional.

EL ACTO ACUSADO

Reza como sigue:

"DECRETO NUMERO 0574 DE 1990

(marzo 12)

por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 22 de 1985.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política.

DECRETA:

Artículo 1o. El derecho de realizar dos (2) sorteos anuales con premios en dinero, de que trata el artículo 11 de la Ley 22 de 1985, corresponde a cada una de las Intendencias y Comisarías, cuyos derechos son administrados por la Lotería de los Territorios Nacionales conforme a lo previsto en el Decreto 766 de 1964.

Artículo 2o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E. a 12 de marzo de 1990

VIRGILIO BARCO

Ministro de Salud, Eduardo Díaz Uribe.

Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, Carlos Enrique Garzón González."

FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SUSPENSION PROVISIONAL

Con apoyo en el artículo 152 del C.C.A., arguye que el Decreto 574 de 1990 contradice flagrantemente la Ley 22 de 1985 y por ello merece ser suspendido provisionalmente.

"En efecto, la ley 22 de 1985 asignó o atribuyó un derecho consistente en un número exacto de sorteos, dos para el caso, a un sujeto determinado y el reglamento exorbitante, amplió el derecho conferido restrictivamente por quien tiene la facultad de establecer esos derechos como es el Legislador a tiempo que reincidió en la violación sustituyendo al sujeto beneficiario de esos derechos.

De contera, a la violación de la ley, pura y simplemente, se agrega la circunstancia del desconocimiento de los criterios sólidamente establecidos por la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud, y por otra parte el establecimiento de una competencia ilegal dentro del mercado en que actúan las Beneficencias Departamentales con sus correspondientes Loterías, quienes ven afectados los derechos que les permiten atender amplios sectores de la salud en todo el Territorio Nacional, en tanto que en la actualidad los territorios nacionales cuentan con amplios recursos derivados de las regalías petrolíferas para atender las necesidades de un reducido sector de la población nacional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La demanda reúne los requisitos establecidos por la Ley para su admisibilidad y así se decidirá.

2. Pasa la Sala a examinar la suspensión provisional impetrada del Decreto 574 de 1990, y concluye según las siguientes consideraciones que ella debe decretarse.

En efecto:

a) Sin mayor esfuerzo de intelección se percibe que el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 "por el cual se dictan normas sobre el Régimen Administrativo de las Intendencias y Comisarías, se faculta al Presidente de la República para reorganizar el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, modificar el Régimen Administrativo, Contractual y Fiscal en estas entidades territoriales..." prevé que la Lotería de los Territorios Nacionales tendrá "dos sorteos anuales, con premios en dinero, cuyo producto destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las Intendencias y Comisarías", al paso que el Decreto 574 de 1990 introduce elementos no

contemplados en ese texto pues otorga a cada una de las Intendencias y Comisarías el derecho de realizar sorteos anuales (2), bajo la administración de la Lotería de los Territorios Nacionales.

Es decir que los sorteos que se establecen en la Ley 22 de 1985 debe efectuarlos la Lotería de los Territorios Nacionales, y el Decreto 574 los amplió en el sentido de dárselos también a cada una de las Intendencias y Comisarías.

b) Tampoco sirve el sustento que el acto acusado pretende hallar en el Decreto 766 de 1964, citado escueta y genéricamente, por las siguientes razones:

Por este Decreto 766, se crean loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías, con un solo sorteo anual, con premios en dinero y la destinación exclusiva de su rendimiento económico para atender los servicios de asistencia social de aquéllas. Más dichas loterías "funcionarán conjuntamente bajo el nombre de 'Lotería de los Territorios Nacionales' y para tal fin podrán acumular el número de billetes en serie continua que legalmente corresponda a cada una de ellas". Por último se hará la distribución de las sumas liquidas entre las Intendencias y Comisarías según el procedimiento previsto en el artículo 11 *ibidem*.

O sea que por el Decreto 574 cuestionado se crean ni más ni menos sorteos anuales para cada una de las loterías de las Intendencias y Comisarías, siendo que sólo prevé el Decreto 766 sorteo anual que ha de realizar la lotería de los Territorios Nacionales para todas ellas porque las aglutina a todas."

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

DECIDE:

1o. Admítase la anterior demanda contra la nulidad del Decreto No. 574 de 12 de marzo de 1990 expedido por el Gobierno Nacional.

Para ello se dispone:

a) Tiénese como parte demandada a la Nación-Ministerio de Salud.

Notifíquese personalmente al señor Ministro de Salud.

Con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

b) Tiénese como parte demandada al Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

Notifíquese personalmente al señor Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

Con entrega de copia de la demanda y su anexos.

c) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Primero de la Corporación.

d) Fíjese el negocio en lista por el término legal de cinco (5) días para que los demandados y los intervinientes si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

e) Dentro del término de diez (10) días siguientes a aquel en que baje a Secretaría este expediente y antes de darse cumplimiento a lo dispuesto en los literales a), b), y c) de esta providencia, la parte actora depositará en la Secretaría a órdenes del Despacho y con destino a cubrir los gastos ordinarios del proceso la cantidad de tres mil pesos m/cte. (\$3.000). (Decreto 2867 de 1989 Art. 1o. a 5o.).

2o Tiénese al ciudadano y abogado Jesús María Carrillo Ballesteros, como parte demandante.

3o. Suspéndese provisionalmente los efectos del Decreto 574 de 12 de marzo de 1990 emitido por el señor Presidente de la República y refrendado por los señores Ministro de Salud y el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

Notifíquese y cúmplase.

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

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez; Pablo J. Cáceres Corrales; Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO - Representación. DEMANDA - Ineptitud/ FONDO NACIONAL DE AHORRO-Funciones.

Si el caso examinado radica esencialmente en el Decreto Reglamentario 1059, no es el Fondo Nacional de Ahorro la entidad demandable sino la Nación, representada por el Gobierno Nacional, emanadora de dicho acto. Se configura la excepción de los numerales 3 y 5 del artículo 97 del C.P.C.

Levanta la suspensión provisional del artículo 3o del D.R. 1059 de 1983, decretada mediante auto de Sala unitaria en abril 12 de 1989.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Rodriga Vieira Puerta*

Referencia: Expediente No. 1132 Actor : Pablo Segundo Galindo Nieves.DECRETOS DEL GOBIERNO.

El abogado Pablo Segundo Galindo Nieves ha presentado ante esta Corporación demanda de nulidad contra el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de abril de 1983 "Por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro". El actor señala como parte demandada al Fondo Nacional de

Ahorro y al Gerente del mismo como su representante legal cuya dirección anota para los efectos de la notificación.

LOS HECHOS

Según la exposición del libelo inicial son los siguientes:

1o. De acuerdo al artículo 1o. del Decreto-Ley 1091 de junio 30 de 1989 "Por el cual se aprueban los Estatutos del Fondo Nacional de Ahorro", el Fondo es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico que, como tal, goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

2o. Según el artículo 7o. del Decreto-Ley 572 de 1972 el representante legal del Fondo Nacional de Ahorro es su Gerente General.

3o. En uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 19 de 1982, se dictó el Decreto-Ley 222 de 1983 en el cual el actor destaca los artículos 1o., 25 y 252.

4o. Posteriormente el Gobierno Nacional dictó el Decreto Reglamentario 1059 de abril 13 de 1983, cuyo texto transcribe el actor: "Por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional del Ahorro".

EL CONCEPTO DE LA VIOLACION DE LAS NORMAS SEÑALADAS COMO TRANSGREDIDAS

El acto acusado, según el demandante, viola los artículos 55, 76 numeral 1o., 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional y el Decreto-Ley 222 de 1983 en sus artículos 1o., 25 y 252.

Al explicar el concepto de la violación, el accionante manifiesta que "La Constitución en los títulos y artículos pertinentes, determinó estrictamente las funciones que corresponden a cada una de esas ramas" y que "Si uno de esos poderes se arroga las funciones o facultades que corresponden a las otras dos ramas, se ha violado la Constitución, incurriendo en arbitrariedad y desviación del poder".

Alega por otra parte, refiriéndose al Decreto 222 de 1983, que "mal podría el Presidente de la República por medio de un decreto reglamentario adoptar parcialmente el régimen contractual establecido en la ley para los llamados contratos confinanciados o P3, como lo hizo con la expedición del artículo 3o. de la norma demandada, admitiendo o adoptando para la celebración de los referidos contratos, las disposiciones del Decreto-Ley tantas veces mencionado 222 de 1983, en cuanto a lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana; y sometiéndolos en los demás aspectos a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares y, en cuanto a sus efectos, a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza, excepto de los contratos administrativos o de aquellas en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad, originando con ello la eliminación de disposiciones del estatuto contractual tanto en la etapa precontractual como en la contractual".

LA SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda se había solicitado y sustentado la suspensión provisional del acto demandado. El consejero sustanciador consideró en aquella oportunidad que sí aparecía "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". (folio 24).

De acuerdo a la consideración transcrita, en el auto admisorio de la demanda se decretó la suspensión provisional del artículo 3o. del Decreto 1059 de 1983 dictado por el señor Presidente de la República.

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Fondo Nacional de Ahorro constituyó apoderado especial y éste, al responder la demanda, propuso dos excepciones: la de ineptitud sustancial de la demanda y la de inconstitucionalidad del artículo 25 del Decreto 222 de 1983.

La primera, la hace consistir en que "Es principio universalmente aceptado, que para que una demanda pueda prosperar debe estar dirigida contra la persona que deba responder de las peticiones de la misma, a efecto de trabar la relación procesal correspondiente y garantizar el derecho de

defensa de todas las partes. A *contrario sensu* (sic), cuando una demanda se dirige contra una persona o entidad jurídica que no está capacitado (sic) para responder por la situación jurídica que se pretende con el libelo petitorio, este será inepto y el fallo será entonces absolutorio".

Para sustentar la segunda excepción propuesta, manifiesta el memorialista: "En ejercicio del mandato consagrado en el artículo 215 de la Constitución Política, según el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", nos permitimos formular la excepción de inconstitucionalidad parcial del artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1983 a efectos de que el H. Consejo de Estado declare que la locución "...y de derecho privado de la administración..." que trae el artículo 25 citados es inconstitucional, y que por lo tanto es inaplicable al caso *sub júdice*, siendo entonces legal la norma acusada (art. 3o. Dc. 1059 de 1983)..."

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su oportunidad procesal, el señor Agente del Ministerio Público, considerando como suficiente motivación de su concepto la reproducción de lo manifestado por la Sala Unitaria que decretó la suspensión provisional del acto demandado, concluye, "sin necesidad de ningún otro argumento adicional, ya que los consignados son suficientemente claros y precisos, que asiste razón al demandante en sus pretensiones anulatorias, máxime cuando en la providencia de 8 de septiembre de 1989 que resolvió el recurso de súplica que había sido interpuesto por el apoderado del Fondo Nacional de Ahorro no prosperó y, por el contrario, fueron ratificados los conceptos que sirvieron de fundamento para el auto del H. Consejero Ponente, que decidió suspender provisionalmente los efectos del artículo 3o. del Decreto 1059 de 1988".

CONSIDERACION DE LA SALA PARA DECIDIR

Antes de adentrarse en el estudio de la cuestión jurídica planteada por el demandante, ha optado la Sala por examinar las hipótesis expuestas como excepciones por el apoderado de la entidad demandada.

Siguiendo el orden de dicha exposición, se tiene que la primera excepción propuesta es la de "Ineptitud sustancial de la demanda". Se hace consistir ésta en la incapacidad que tiene el Fondo Nacional de Ahorro para ser parte demandada en este proceso.

Dos nítidas situaciones se exponen en la demanda :

a) El Decreto reglamentario cuya nulidad parcial se solicita, fue dictado por el Gobierno Nacional -Presidente de la República, Ministro de Desarrollo Económico-. Es decir, fue la Nación la entidad que expidió el acto.

b) El demandado, en la acción incoada es el Fondo Nacional de Ahorro, según palabras del accionante cuando dice: "organismo a quien señalo como parte demandada".

El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que se refiere a la representación de las personas de derecho público, estipula en el inciso segundo que "en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

Por su parte, el artículo 150 de la misma codificación que regula la notificación del auto admisorio de la demanda, establece: "Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan".

Se deduce de lo anterior que si el caso examinado radica esencialmente en el Decreto Reglamentario 1059, no es el Fondo Nacional de Ahorro la entidad demandable sino la Nación representada por el Gobierno Nacional emanadora de dicho acto.

Ahora bien, el artículo 97 del C. de P. C., contempla como excepciones en sus numerales 3 y 5 respectivamente, la "inexistencia, incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado" y la "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones". Y configurada entonces la excepción, la Sala no tendrá alternativa diversa a declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo.

Habiéndose decretado, como ya se dijo, la suspensión provisional del acto acusado mediante auto del doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve, la Sala, en concordancia con las consideraciones consignadas en los acápites anteriores, levantará dicha suspensión dejando sin efectos la medida cautelar.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 de su colaborador Fiscal.

FALLA :

1o. DECLARASE INHIBIDO para fallar de mérito la acción propuesta por haberse comprobado la excepción de ineptitud sustancial de la demanda.

2o. Se levanta la suspensión provisional del acto acusado que había sido decretada mediante auto de Sala Unitaria, el doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día cinco de julio de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTACION DE CODIGOS.

Si bien durante cierta época la jurisprudencia colombiana afirmó la imposibilidad de reglamentar algunas leyes como las civiles, penales y las de procedimiento, imposibilidad que el mismo Consejo de Estado extendió a los Códigos en general, dicha posición ha evolucionado hacia el reconocimiento de la competencia del poder reglamentario en relación con dichas normas, pero siempre y cuando que su aplicación no corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales. Teniendo en cuenta que la norma acusada (art. 2o. D. 1200/87) pretende reglamentar una típica actividad judicial, como es el destino que debe dar el juez a los sumarios en los que no se haya identificado o individualizado el autor o partícipe del hecho punible, para la Sala no hay duda de que dicha reglamentación escapa al poder que otorga al ejecutivo el ordinal 3o del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Decreta la nulidad del artículo 2o del Decreto número 1200 de 1987 (junio 30) "por el cual se reglamentan disposiciones del D.L. 0050/87 (Código de Procedimiento Penal)".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 781. Actor: Leonel Olivar Bonilla

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Leonel Olivar Bonilla, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., contra el art. 2o. del Decreto Reglamentario No. 1200 de 30 de junio de 1987, expedido por el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Justicia.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado.

El siguiente es el texto literal de la disposición acusada:

"DECRETO NUMERO 1200 DE 1987

(junio 30)

"por el cual se reglamentan disposiciones del Decreto-Ley 0050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal)

"El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"DECRETA :

"...

"ARTICULO 2o. - A partir del 1o. de julio de 1987 los sumarios en los que no se haya identificado o individualizado el autor o partícipe del hecho punible serán enviados por conducto de la respectiva Dirección de Instrucción Criminal al Cuerpo Técnico de Policía Judicial o a quien haga sus veces.

"Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo y la subsiguiente actuación procesal, se aplicará lo establecido en el artículo 342 del Código de Procedimiento Penal".

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

Para fundamentar su demanda, el actor comienza por hacer una enumeración sintética de los principales aspectos que caracterizan la potestad reglamentaria. En segundo lugar, al referirse a "la competencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal", transcribe los arts. 70 a 73, 326 y 334 del Código de Procedimiento Penal, referentes a la competencia de los jueces superiores, de circuito, municipales y de instrucción y a la creación y

atribuciones del cuerpo técnico de policía judicial.

Igualmente el actor afirma que el Código de Procedimiento Penal no puede ser objeto de reglamentación por el Presidente de la República, para cuyo sustento cita una sentencia del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 1944, en la cual esta Corporación sostuvo que el gobierno carece de facultad para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales.

Al precisar las presuntas violaciones de normas constitucionales y legales por parte de la disposición acusada el actor se refiere a las siguientes:

El artículo 73 del C. de P.P., "en cuanto ordena perentoriamente que los procesos por delitos de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores sean investigados por los señores Jueces de Instrucción Criminal";

El literal a) del numeral 1.) del artículo 70 ib., porque "señala que los procesos por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, los de sedición y rebelión; los delitos contra la vida, el concierto para delinquir y el terrorismo son de competencia de los Jueces Superiores";

El numeral 1o. del artículo 71 ib., "que dispone que los Jueces de Circuito conocerán en primera instancia de los procesos por delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía sea superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales; contra la fe pública y aquellos cuyo conocimiento no aparezca atribuido a otras autoridades, o cuando tratándose de delitos contra el patrimonio económico, no sea posible determinar su cuantía. Estos delitos deben ser investigados privativamente por los Jueces de Instrucción Criminal, haya o no autor o partícipe identificado";

El art. 72 ib., que ordena que los "Jueces Penales Municipales conocerán de los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no exceda de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales; de los delitos cuya investigación requiere querrela de parte; de los delitos de lesiones personales. Todos estos delitos deben ser investigados por los señores Jueces Penales Municipales" y no pueden ser investigados por los Jueces de Instrucción Criminal y menos aún por la Policía Judicial;

El artículo 13 ib., "en cuanto manda que los hechos punibles descritos en la ley penal común serán investigados por la jurisdicción penal ordinaria" y la Policía Judicial no hace parte de dicha jurisdicción, sino que es colaboradora de los Jueces, según expresan los arts. 312, 326 y 334 ib., y además es solamente auxiliar de los funcionarios de instrucción;

El artículo 120-3 de la Constitución Nacional, "en cuanto da al Presidente de la República facultades para reglamentar las leyes y no para modificarlas";

Y el artículo 76-1o. de la misma Constitución Nacional, "que atribuye privativamente al Congreso la facultad de interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes". (Cfr.: fls. 10 a 12 del expediente).

c.- Las razones de la defensa.

Habiendo sido vinculada al proceso la Nación colombiana en su condición de parte demandada, mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda al Ministro de Justicia, representante de aquella, no se designó mandatario judicial para intervenir en el proceso ni se presentó oposición a la acción instaurada.

d.- La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones :

Por auto de 15 de diciembre de 1987 fue admitida la demanda (V.fl.16).

El Ministro de Justicia informó que no existen antecedentes administrativos del decreto acusado (V.fl.26).

Dentro del traslado para alegar de conclusión, según constancia secretarial del fl.39, las partes no alegaron.

A fls. 42 a 44 obra el concepto de fondo del colaborador del Ministerio Público.

II.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación, después de indicar brevemente en qué consiste la potestad reglamentaria que la Constitución Política entrega al Presidente de la República, precisa que su Despacho "no comparte la tesis de que las denuncias pasadas a la Policía Judicial por no estar identificado el presunto infractor, contribuyan a la impunidad. Por el contrario, ese es un organismo técnico con medios de investigación de los que carecen los jueces. Por lo demás, no se ve que la norma demandada haya extralimitado la potestad reglamentaria del Ejecutivo. En conclusión la Fiscalía considera que se debe mantener la legalidad del acto demandado" (V. fls. 42 a 44).

III.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Sea lo primero advertir que si bien durante cierta época la jurisprudencia colombiana afirmó la imposibilidad de reglamentar algunas leyes como las civiles, penales y las de procedimiento, imposibilidad que el mismo Consejo de Estado extendió a los códigos en general, como efectivamente se encuentra planteado en la sentencia del 25 de septiembre de 1944 citada por el actor (Anales, Tomo LII, págs 318 y ss.), dicha posición ha evolucionado hacia el reconocimiento de la competencia del poder reglamentario en relación con dichas normas, pero siempre y cuando que su aplicación no corresponda exclusivamente a las autoridades jurisdiccionales, como puede verse en providencia del Consejo de Estado, de fecha 17 de febrero de 1962 (Anales, Tomo LXIV, núms. 397-398, pág. 188).

En efecto, dijo la Corporación en la última providencia citada :

"Para fijar los límites del poder reglamentario es preciso acudir a los propios textos constitucionales. En ellos se establecen dos criterios a seguir : el de la necesidad y el de la competencia.

"a) Necesidad. Así como el legislador sólo puede desarrollar los mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyen ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan de regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el Organismo Administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el Ejecutivo forzosamente se colocarían en uno de estos dos extremos : o repiten exactamente lo que ya está expresado por el mandato superior, caso en el cual el nuevo precepto sería superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional, y particularmente del artículo 120, numeral 3o. de la Carta, que dice : "Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes". Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la Administración Pública en estas materias: si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales.

"b) Competencia. La función esencial del órgano administrativo es la de ejecutar las leyes, e igual cosa podría predicarse del órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las funciones parecen confundirse. Pero es evidente que cada una de esas ramas tiene su propio campo de actividad señalado por el derecho, dentro del cual sus poderes jurídicos se manifiestan de manera diferente. Hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración y, de consiguiente, ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Esos ordenamientos pueden y deben reglamentarse, cuando ello sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de Códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la revisión eventual de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, cuya aplicación directa corresponde preferentemente al órgano jurisdiccional. Son éstas las que algunos doctrinantes denominan leyes judiciales, destinadas a la aplicación de los tribunales. Tales ordenamientos no dan lugar a la reglamentación, sino a la interpretación por vía jurisprudencial".

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que la norma acusada (art. 2o. del Decreto No. 1200 de 1987) indiscutiblemente pretende reglamentar una típica actividad judicial, como es el destino que debe dar el juez a los sumarios en los que no se haya identificado o individualizado el autor o partícipe del hecho punible, para la Sala no hay duda de que dicha reglamentación escapa al poder que otorga al ejecutivo el numeral 3o. del art. 120 de la Constitución Nacional en materia de reglamentación de las leyes, dentro del marco de la jurisprudencia citada.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

Primero .- Es nulo el artículo 2o. del Decreto No. 1200 de 30 de junio de 1987 "por el cual se reglamentan disposiciones del Decreto-Ley 0050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal)".

Segundo.- Comuníquese esta decisión al Ministro de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con envío de copia de la sentencia.

En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cinco de julio de mil novecientos noventa.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; Pablo J. Cáceres Corrales;
Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta,*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LEGITIMACION PROCESAL. LEGITIMACION EN LA CAUSA.

No existe ningún texto legal que faculte al ex funcionario a actuar a nombre propio cuando las decisiones tomadas durante el ejercicio de su cargo sufren en el futuro alteraciones, modificaciones o revocaciones. Haber ocupado un puesto público no es considerado por la ley procesal como razón para la legitimación en la causa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Bogotá, D.E., Julio doce (12) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1352

Actor : Luis Jahir Polanco Moreno.

El doctor LUIS JAHIR POLANCO MORENO, en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la Resolución RJ-022 de 1984 (abril 6), proferida por el Secretario de Gobierno de la ciudad de Cali (Valle del Cauca).

Contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que se declaró inhibido para fallar, el actor interpone recurso de apelación que corresponde desatar a la Corporación.

I. ANTECEDENTES

El actor fundó su queja de ilegalidad en los siguientes hechos :

1. Siendo él Secretario de Gobierno de Cali expidió la Resolución RJ-018 de 1984 para conceder al señor Eleázar de Jesús Agudelo permiso o licencia de explotación de un juego llamado "lotería de precisión".

2. El señor Agudelo comenzó a ejercer el derecho concedido.

3. El sucesor del actor en la Secretaría de Gobierno revocó la resolución *sin el consentimiento expreso y escrito de Eleázar de Jesús Agudelo* (subraya el actor).

El concepto de la violación lo expresó el actor en los siguientes términos:

El acto de revocación expresa que la decisión se debió a manifiesta ilegalidad, cosa que de acuerdo con el actor no se dio en los autos. El acto revocado, por su parte, tampoco demuestra manifiesta ilegalidad pues se debió a lo dispuesto en el artículo 183 del C. de R.P. y M., que atribuye al alcalde el carácter de jefe superior de la Policía en el municipio. Además, compete a la Secretaría de Gobierno, según decreto municipal, la facultad de conceder licencia para juegos permitidos; a lo anterior hay que agregar que la Ordenanza 1-77 sustrajo del alcance del municipio una competencia que la ley le había otorgado.

Alega del mismo modo violación del artículo 14 de la Ley 87 (sic) para contradecir la afirmación del Tribunal en el sentido de que la anulación de la Resolución RJ-022 de 1984 reviviría la Resolución RJ-018 de 1984.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Inicia sus consideraciones el *a quo* con la afirmación de que la acción de nulidad libremente puede ser ejercida por cualquier persona y procede contra un acto unilateral de la administración en la busca de la legalidad del acto. Recuerda que, según la jurisprudencia, no es la generalidad del acto lo que determina el contencioso de anulación, sino los motivos determinantes de la acción. A lo anterior agrega que la anulación del acto acusado acarrea automáticamente el restablecimiento del derecho; de donde se tiene que la anulación de la resolución acusada implicaría, sin más, el restablecimiento de la anterior mediante la cual se otorgaba un permiso a un tercero; donde halla improcedente que sea un tercero no vinculado directamente por el acto acusado quien lo demanda y estima que ha debido ser el señor Eleázar de Jesús Agudelo el actor y ello dentro del término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho.

Lo anterior lo estima suficiente el Tribunal de Primera instancia para declararse inhibido de fallar en el fondo por ineptitud de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACION

El actor intenta recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

a) La simple nulidad se explica porque el acto acusado es *ilegal*. Admitida la demanda se notificó a quien no era el autor del acto acusado; no se le notificó al Secretario de Gobierno que sí lo era.

El alcalde alegó la ineptitud de la demanda. El Tribunal decidió no revocar el auto admisorio de la demanda pues no halló ineptitud, pero después en Sala de Decisión se declara inhibido.

b) El apelante considera que el lesionado directo es él, "*pues mi patrimonio moral, laboral y profesional ha sido mancillado por el acto acusado, el cua (sic) me consideró autor de un acto 'manifiestamente ilegal'*". De modo que si el daño es un argumento, tengo los suficientes para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo produzca fallo de mérito." (subraya la Sala).

c) La anulación del acto acusado no implica que el acto revocado reviva.

d) La ineptitud de la demanda es una excepción previa que fue decidida en el auto del 15 de julio de 1985 (fl. 52). Los hechos que configuren excepciones previas -agrega- no podrán ser alegados como causal de nulidad por quienes tuvieron oportunidad de proponer tales excepciones. Tampoco -infiere- podrá proponerse como hecho nuevo. De donde concluye que no puede el Tribunal, en un momento, considerar que es admisible la demanda y en otro, que el actor carecía de legitimidad en la causa para obrar procesalmente.

IV. VISTA FISCAL

Según la Ordenanza 1, de 1977, se dispone que la licencia de funcionamiento será otorgada por la Gobernación del Departamento por intermedio de la Secretaría de Hacienda; de donde se sigue que el acto demandado -(sic)- la resolución RJ-022 de 16 de febrero de 1984- "se expidió por funcionario incompetente y violando por lo demás normas superiores -la Ordenanza 1 de 1977- razones por las cuales la administración podía revocar *motu proprio* la resolución mencionada, como así se hizo a través de la Resolución RJ-022 de 1984 (sic)" (fl. 7 del cuaderno del recurso).

Por otra parte, son los motivos determinantes de la acción los que precisan el contencioso por seguir. Al demandar el actor la nulidad de la Resolución RJ-022 y ser favorable la sentencia revivía automáticamente la Resolución RJ-018 que fue expedida por funcionario incompetente; en el fondo se trataba del ejercicio de una acción de restablecimiento del derecho, exclusivamente por el señor Eleázar de Jesús Agudelo, titular del derecho de invención y explotador del juego, desde 1978. Por otra parte, la acción debía ejercerse de oportunamente para evitar su caducidad.

De acuerdo con lo anterior, es legal la decisión del a quo por lo que sugiere se denieguen las pretensiones del apelante.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para comenzar las consideraciones de la Sala, debe observarse que en cuanto la aseveración del señor Fiscal, la Resolución RJ-022 de 1984 no es el acto originalmente expedido por funcionario incompetente, ya que lo fue la Resolución RJ-018 de 1984, pues ésta no aparece de ninguna forma demandada. La demanda versa acerca de la Resolución RJ-022 de 1984 que fue la que revocó aquella, con el fundamento de que el Secretario de Gobierno Municipal carecía de competencia para otorgar licencia de funcionamiento de la explotación del juego.

Hecha esta aclaración, pasa la Sala a considerar cada uno de los argumentos del apelante contra la sentencia de primera instancia.

A. Alega el apelante que su interés fue la legalidad de la decisión, de donde proviene la razón de haber intentado acción de nulidad, el interés general era lo vulnerado al dictarse una decisión que quebrantaba el orden jurídico superior. No encuentra entonces razón para que el Tribunal, al resolver sobre el recurso contra el auto admisorio de la demanda considerara que se trataba efectivamente del ejercicio de la acción de nulidad y no podía al dictar sentencia variar su concepto para declararse inhibido de decidir.

Ciertamente la parte demandada propuso en la contestación de la demanda, la excepción de inepta demanda, con fundamento en que realmente correspondía intentar la acción de restablecimiento del derecho, dentro de la oportunidad y por el interesado directo; pero al admitir la demanda el Consejero Ponente y ratificarse en ella al resolver recurso de reposición (fls. 52 a 57 del cuaderno administrativo), el Tribunal no renunció a considerar debidamente el cargo en el momento de dictar sentencia. Como se sabe, el auto admisorio de la demanda se refiere estrictamente a las condiciones formales de la demanda, no a las de fondo; porque si esto último fuera cierto, la sentencia sobraría. Para la Sala no se dan los supuestos para enervar la decisión del

Tribunal con el argumento de haber admitido la demanda, circunstancia que no se deberá tomar como abandono de la discusión de la acción admisible.

De lo anterior resulta que no es del caso aplicar lo dispuesto por los artículos 99 y 100 del Código de Procedimiento Civil, ya que el primero se relaciona con la decisión de las excepciones en incidente, cosa que no ocurrió en los autos. Tampoco procede el artículo 100 pues en este caso no se alega nulidad alguna, sino que el fenómeno que tiene lugar es la consideración de si la pretensión era ciertamente general y despersonalizada, que justificara la acción de nulidad y la intemporalidad para su presentación

En relación con este argumento del apelante se tiene, simplemente, que la generalidad y desinterés personal del actor, no los juzgó tales el a quo - porque fundándose en la teoría de los *motivos determinantes* consideró que no era la legalidad lo que interesaba sino un particular interés, como se verá al desatar el siguiente argumento.

B. La demanda la intenta el actor alegando su condición de Secretario de Gobierno autor del acto revocado; su explicación para instaurar la acción la dio en los siguientes términos : "pues mi patrimonio moral, laboral y profesional ha sido mancillado por el acto acusado, el cual me consideró autor en un acto manifiestamente ilegal. ¿Qué prueba más se puede pedir de que el interés que animaba al actor era desbaratar una inferencia nacida del acto revocatorio, motivado en consideraciones de incompetencia en el funcionario que había otorgado la licencia de explotación del juego de precisión?".

La teoría de la conducta administrativa, a semejanza de lo que ocurre con la personalidad jurídica, enseña que la persona jurídica es distinta de la natural que la representa. Lo propio ocurre en la administración: el funcionario actúa en nombre de la administración porque ésta, en últimas, *es un ente de razón* que obra solo a través de los individuos que la representan. Pero no existe ningún texto legal que faculte al exfuncionario a actuar a nombre propio cuando las decisiones tomadas durante el ejercicio de su cargo, sufren en el futuro alteraciones, modificaciones o revocaciones. Haber ocupado un puesto público no es considerado por la ley procesal como razón para la *legitimación en la causa*. Queda claro, entonces, que el actor alega haber instaurado la demanda, no en defensa de la legalidad, cosa que se busca en el ejercicio de la acción de nulidad, sino la defensa de su actuación como funcionario durante la cual expidió el acto que fue revocado con el argumento de ser manifiestamente irregular; en otras palabras, está tratando de salvar su obra de gobierno y no la legalidad del *orden jurídico*. Para que no quede duda de que lo anima una pretensión de restablecimiento del derecho, afirma que es innegable el factor *daño* y que ello justifica la decisión del mérito.

De lo anterior la Sala deduce que la acción instaurada fue equivocada y no puede entrar a corregir, o a interpretar de diversa forma, lo que en los autos aparece, por la enorme distancia conceptual que existe entre una y otra acciones.

Se ha debido intentar la acción de restablecimiento; pero no era el actor, sino el beneficiario con la licencia de funcionamiento quien ha debido hacerlo, no sin tener en cuenta la noción de oportunidad del ejercicio. Pues si se aprecia debidamente, entre la presentación de la demanda y la expedición del acto acusado transcurrieron exactamente nueve (9) meses y no menos de cuatro (4) como es la exigencia legal para impedir que se produzca caducidad de la acción.

C. Resulta impertinente la mención del artículo 14 de la Ley 87 (sic. debió tenerse en mientes la Ley 153 de 1987) en relación con la regla de que la derogación de una ley no desaparece porque la disposición legal que la causó fue a su vez derogada. En el presente caso se trata de *actos administrativos* y no de *leyes*, cuya dinámica es enteramente distinta. Como se sabe, en el derecho administrativo se predica la doctrina del acto administrativo como *decisión ejecutoria*, institución jurídica que consiste en que *proferido un acto administrativo, con las condiciones que determina la ley, debe cumplirse, salvo que sea revocado, suspendido o modificado por otro en firme*. En el caso de autos no se debe considerar este argumento pues resulta inaplicable, ya que la decisión del a quo se fundó en la consideración de que al actor no le asistía el derecho para intentar la demanda que no podía ser calificada de nulidad sino de restablecimiento del derecho. (las subrayas son de la Sala).

D. El cuarto argumento del apelante es una reiteración del cargo que se examinó en el literal A: por lo que la Sala se remite a lo allí expresado.

Lo anterior es suficiente para concluir que no supo el apelante demostrar la ilegalidad denunciada en la sentencia de primera instancia razón por la cual se habrá de proceder a confirmar la decisión del *a quo*.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 22 de agosto de 1989, en la demanda instaurada por el doctor Luis Jahir Polanco Moreno, actuando en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día doce de julio de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez , Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Rodrigo Vieira Puerta*, Ausente con excusa legal

INTERVENCION ADHESIVA. COADYUVANCIA

El interviniente adhesivo, llamado coadyuvante si ayuda a la actora, o impugnador si ayuda a la demandada, puede intervenir en cualquier momento en el proceso "desde la admisión de la demanda" hasta antes de proferir sentencia. Por ende, habiéndose proferido el auto admisorio de la demanda y habiéndose presentado el coadyuvante para que se le reconozca como tal después de notificado el auto admisorio, su conducta se acomoda a la ley y ésta también se ajusta el auto atacado en reposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Julio trece (13) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N° 886 Actor : Nemesio Camacho Rodríguez

Desata el Despacho el recurso de reposición interpuesto y sustentado por el mandatario judicial del Ministerio de Comunicaciones contra el proveído de fecha 16 de abril pasado, mediante el cual se reconoce al doctor Gabriel de Vega como coadyuvante del actor, para que sea revocado.

EL AUTO ACUSADO

La providencia objeto del recurso repositorio obra al fl. 198 y es de este tenor:

"Dado que en el proceso bajo referencia se ejercita la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A. y el pedimento formulado en el escrito del fl. 196 se acomoda a lo previsto en el art. 146 del C.C.A., el Despacho DECIDE : Tener al Dr. Gabriel de Vega Pinzón como parte coadyuvante del actor en proceso de la referencia".

RAZONES DEL RECURRENTE

En su memorial de fls. 199-200 el impugnador expone su inconformidad con el auto recurrido, alegando que como el acto acusado es creador de una situación jurídica subjetiva, particular y concreta, para poder accionar legítimamente deben acreditarse el interés y la lesión respectivos; que por lo mismo ha debido promoverse necesariamente la acción de restablecimiento del derecho y no la acción ciudadana que ejercita el actor; que en tales condiciones "si el actor carece de interés jurídico, no puede considerarse que en cambio lo tenga el coadyuvante"; que como "el proceso jurisdiccional se inicia con la ejecutoria del auto admisorio de la demanda, momento a partir del cual se consideran constituidas las partes, por lo menos la actora", y como aún se encuentran "pendientes de solución los varios recursos de reposición que se han interpuesto contra el auto admisorio de la demanda...", no es procedente el reconocimiento de la coadyuvancia, por lo cual solicita revocar el auto en mención.

SE CONSIDERA

En el proveído de 6 de octubre de 1989 (fls. 181 a 187) se aclara la cascada de "múltiples impugnaciones" que se han presentado en este expediente contra el auto admisorio de la demanda, algunos de los cuales recursos ya se han resuelto; empero, como faltan por desatar varias de tales impugnaciones, enfocadas ellas contra el auto que admite la demanda, lo que en este momento precisa aclarar es si puede admitirse o no la coadyuvancia reconocida por el auto materia de la reposición mencionada.

No es menester hacer el recuento nuevamente de las incidencias varias y tropiezos ocurridos para efectuar las diferentes notificaciones ordenadas por el mismo auto admisorio de la demanda, hasta el punto de haberse tenido que emplazar al representante legal de Super Radio de Colombia Ltda., a quien se le tuvo que nombrar *curador ad litem*. Lo que sí debe dejarse en claro desde ahora es que ya se efectuaron las notificaciones ordenadas por dicho auto admisorio.

Para desatar el recurso propuesto importa dejar en claro también desde cuándo puede presentarse una persona para constituirse como parte coadyuvante. Al respecto el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez, que es

al mismo tiempo el recurrente, al hablar de los fundamentos de coadyuvancia en su obra "Procesos Contencioso Administrativos", Parte Especial Núm. 71, págs. 163 y s. (Librería Jurídicas Wilches, Bogotá, 2a. edición, 1988), al transcribir algunos apartes del autor español Jesús González Pérez, entre ellos cita el siguiente: "*No existe ningún límite temporal a la comparecencia del coadyuvante. Este podrá comparecer en cualquier momento del procedimiento, desde que tenga conocimiento de la existencia del proceso hasta que se dicte sentencia (...)*" (Se ha destacado).

El mismo tratadista colombiano al hablar sobre dicho tema de los intervinientes adhesivos o coadyuvantes, dice en la página 16 de la obra citada: "La intervención adhesiva es procedente 'desde la admisión de la demanda' (C. de P.C., art. 52, inc. 4o.), hasta antes de la sentencia".

Por su parte el tratadista Hernando Morales Molina dice en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General, 9a. ed., Edit. ABC, Bogotá, 1985, p. 249: "276. PROCEDIMIENTO. Quien se crea con derecho a intervenir en un proceso como coadyuvante, debe formular la solicitud en cualquiera de las instancias con expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.(...) Pero si la intervención se produce antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, se resuelve después de practicada, a fin de que el demandado pueda impugnarla oportunamente (Art. 52), *Como se ve, esta norma autoriza que la petición puede presentarse desde que se haya admitido la demanda*". (Subraya fuera del texto).

De suerte, pues, que el interviniente adhesivo, llamado coadyuvante si ayuda a la actora, o impugnador si ayuda a la demandada, puede intervenir en cualquier momento en el proceso "desde la admisión de la demanda" hasta antes de proferirse sentencia conforme lo dispone el art. 52 del C. de P.C. Por ende, habiéndose proferido el auto admisorio de la demanda y habiéndose presentado el coadyuvante para que se le reconozca como tal después de notificado el auto admisorio, su conducta se acomoda a la ley y a ésta también se ajusta el auto atacado en reposición, por lo cual debe mantenerse, confirmándosele.

En relación con los argumentos referentes al tipo de acción interpuesta y a la necesidad o no de que el actor acredite interés jurídico, el Despacho hace notar que la incoada fue la pública de nulidad y así fue admitida la demanda, sin que este sea el momento procesal oportuno para hacer un nuevo pronunciamiento sobre el particular.

En consecuencia, el Despacho

DECIDE:

Confirmar la providencia de 16 de abril de 1990, materia del recurso de reposición.

NOTIFIQUESE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado;

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA - Sustitución

El supuesto de la sustitución de la demanda parte de la base de que haya un auto admisorio de la misma; mas sucede en el evento *sub lite* que no existe actuación procesal del juez sino una bien distinta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. 1234. Actor: Sociedad de Transportes la Veloz, Moisés Pinilla e Hijos S.C.A.

La sociedad Transportes la Veloz, Moisés Pinilla e Hijos S.C.A., por apoderado judicial, intenta demanda de restablecimiento del derecho contra la Resolución 970 de 1989 (mayo 31), expedida por el Instituto Nacional del Transporte, y por la cual se decide el recurso de apelación, interpuesto por la empresa Compañía Libertador S.A., contra la Resolución 419 de julio 21 de 1988, expedida por la Regional Atlántico.

En esta oportunidad, se considera la solicitud de demanda sustituta que presenta el actor, el día 22 de junio de 1990, para la decisión correspondiente.

I. RAZONES DE LA SOLICITUD DE SUSTITUCION

Alega, en primer lugar el actor, que la sustitución tiene fundamento en el artículo 88 de C. de P.C., reformado por el Derecho 2282 de 1989, artículo 39 y artículo 267 del C.C.A. Expone enseguida los siguientes argumentos:

- a) La solicitud se presenta en la oportunidad legal.
- b) Se trata de una nueva *demanda* (subraya la Sala) "en la cual, *acogiendo la voluntad del Honorable Consejo de Estado* se suprime todo lo referente a la petición de suspensión provisional para efectos de que esta, no incida en la competencia de la Honorable Sala" (subraya la Sala).
- c) En la presente demanda se prescinde de la petición de perjuicios y de suspensión provisional del acto acusado, "*que pueda inducir al Honorable Consejo de Estado a considerar que el proceso tiene cuantía*" (fl. 140) (subraya la Sala).
- d) No habiendo petición de perjuicios y de suspensión provisional, la competencia, para conocer del asunto, corresponde al Consejo de Estado.

II. REGIMEN LEGAL DE LA SUSTITUCION DE LA DEMANDA

Pasa la Sala a determinar, al respecto los siguientes elementos previos a la decisión:

- a) Alcances del concepto "*sustitución*".
- b) Condiciones legales para que concurra la sustitución.
- c) La sustitución de la demanda en el caso de autos.

Sustituir, de acuerdo con la definición de *Diccionario de Uso del Español* de María Molliner, es "poner a uno en lugar de otro"; lo cual, en otras palabras, implica cambiar la demanda originalmente presentada por otra que la corrige, adiciona o reforma.

En relación con las condiciones que establece la ley para que produzca legalmente la sustitución y esta obligue al juez de conocimiento tenerla como presentada en la oportunidad de la sustituida, se tiene las siguientes exigencias:

Código de Procedimiento Civil, artículo 88 y 89, reformados por el Decreto 2282 de 1989 (octubre 7).

1a. La sustitución de la demanda procede *a condición de que el auto admisorio no se haya notificado a ninguno de los demandados.* (art. 88).

2a. En caso de que se haya notificado el auto admisorio de la demanda a todos los demandados, procederá la reforma, por una sola vez.

3a. La reforma se tramita cuando hay, como el caso de autos, alteración de las pretensiones.

4a. La ley autoriza a prescindir de alguna pretensión.

5a. Reformada la demanda, se corre traslado de ella, mediante notificación por estado, al demandado o a su apoderado.

En relación con los alcances de la sustitución, afirma la doctrina (Hernán Fabio López. La reforma del Código de Procedimiento Civil) lo que a continuación de transcribe:

"*Comentarios.* Se adiciona el evento de sustitución de la demanda, sin que necesariamente implique retiro, reforma ésta de manifiesta importancia por cuanto permite una serie de conductas que bajo la actual disposición no encuadraban.

"Ciertamente, como está, el artículo 88 únicamente permite retirar la demanda, posibilidad que se mantiene y que conlleva (sic) que el demandante reste todo efecto a los actos procesales que determinaron la presentación de ella. Lo actuado carece de valor; es como si no hubiera formulado la demanda.

"La sustitución que implica cambiar algo, conlleva (sic) que puede realizar el demandante los cambios que quiera sin perder los efectos propios de la presentación de la demanda original y sin que esa conducta conlleve (sic) reforma del libelo con las consecuencias preclusivas que dicha figura genera.

"Se conserva como limitante, bien para sustituir la demanda, bien para retirarla, que no se haya notificado por lo menos a uno de los demandados y que no se hayan practicado medidas cautelares, porque si esto ya aconteció no se es posible sustituir, salvo bajo la modalidad y límites de la reforma, ni retirar la demanda" (pág. 48).

Como se aprecia claramente, son bien distintas las dos instituciones en cuestión que ofrece la legislación para los casos de modificación de la demanda originalmente presentada: sustitución y retiro, siendo preferible la primera para que el actor se beneficie de tal oportunidad; porque en caso de retiro, la presentación tendría lugar en fecha posterior, lo cual daría margen a la

caducidad de la acción, teniendo en cuenta que la intentada es de restablecimiento del derecho.

En el caso que ocupa a la Sala, hay que observar que no se dan los supuestos para la sustitución de la demanda por las siguientes consideraciones:

El supuesto de la sustitución de demanda parte de la base de que haya un auto admisorio de la misma; más sucede en el evento *sub lite* que no existe esta actuación procesal de juez sino una bien distinta cual es la de "haber declarado la nulidad de este proceso, desde el auto del 15 de agosto de 1989, que ordenó corregir la demanda, inclusive", y haber dispuesto "el envío del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que decida lo pertinente" (artículos 1o y 2o del auto del 26 de marzo de 1990 (fis. 117 a 123) y ello por la consideración de que por haber el actor aducido pretensiones de carácter económico, las reglas de competencia radican en ese Tribunal el conocimiento del presente asunto.

A lo anterior se agrega la potísima razón de que habiendo sido confirmado el auto antes mencionado por el de 15 de junio de 1990 que se encuentra en firme, habrá de estarse a lo decidido en ellos, esto es, enviarse la causa al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que proceda de conformidad.

Por las anteriores sucintas consideraciones, la Sala no accede a la solicitud de sustituir la demanda que formula el actor en los términos contenidos en su memorial que obra a folios 140 y 141 del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala;

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION. QUORUM

La potestad reglamentaria es una facultad constitucional del Presidente de la República que no desaparece por el hecho de que la ley le atribuya funciones a otra autoridad. Si el párrafo del artículo 14 de la Ley 42/85 exige la "mayoría absoluta de los miembros del Consejo", mal puede el decreto reglamentario referirse a la mayoría "simple". Pero si tenemos en cuenta que el Consejo Nacional de Televisión está integrado por nueve miembros, la "mayoría absoluta de los miembros del Consejo" que exige el párrafo indicado, es equivalente a por lo menos cinco votos, que corresponden a más del cincuenta por ciento de los citados nueve miembros, por lo cual, en este aspecto, el artículo 4 del Decreto 350/87 guarda correspondencia con la norma reglamentada, salvo en la denominación de mayoría "simple".

Decreta la nulidad del vocablo "simple"; contenido en la parte final del artículo 4o. del Decreto 350 de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá. D.C., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o. 581 Actor : Gloria María Borrero Restrepo.

La sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la ciudadana Gloria María Borrero Restrepo, en ejercicio de la acción pública de nulidad, contra el Decreto número 0350 de 19 de febrero de 1987, expedido por el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Comunicaciones, mediante el cual se reglamentan parcialmente la Ley 42 de 1985 y el artículo 44 del Decreto -Ley numero 222 de 1983.

I.- ANTECEDENTES

a. Los hechos de la demanda.

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

En su campaña presidencial el doctor Belisario Betancur planteó la necesidad de que la radio y la televisión fueran medios de comunicación manejados con prescindencia de intereses partidistas y "monopólicos". En tal orden de ideas y por iniciativa de dicho gobierno, el Congreso Nacional expidió la Ley 42 de 1985, la cual transformó a Inravisión en una entidad asociativa de carácter especial, con sus organismos de dirección, administración y vigilancia, quedando en manos del Consejo Nacional de Televisión la máxima dirección del Instituto.

En dicho Consejo Nacional de Televisión tienen asiento tres personas vinculadas al sector oficial y seis personas pertenecientes al sector privado, muestra palpable "de la entrega a la comunidad del manejo de los medios de comunicación referidos", dice la actora.

La exposición de motivos de la Ley 42 de 1985 "muestra claramente el sentido y los fines que buscó el legislador para crearla" (sic). En el acto de sanción de tal ley, el Presidente Betancur, citando al Expresidente López Michelsen, dijo que "La televisión debe ser independiente del Poder Político, libre de las presiones del Gobierno de turno y pluralista".

A Inravisión se le ha asignado la función de desarrollar las políticas y planes generales del servicio público de televisión y radiodifusión, mediante contratos de concesión celebrados con particulares. El 22 de enero de 1987 fue abierta la licitación pública nacional No. 01, para seleccionar a quienes presentaran las mejores propuestas. La utilización de espacio se concedería por el período entre el 1o. de julio de 1987 y el 30 de junio de 1991. En el pliego de condiciones se señalaron los criterios de calificación y adjudicación de las propuestas.

b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en su demanda y que se pueden concretar en los siguientes cargos (fls. 74 a 77):

PRIMER CARGO.- El artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional, porque se está ejerciendo una potestad reglamentaria *no necesaria*, con desviación de poder, ya que la ley le entrega a la entidad descentralizada la atribución de establecer su propia organización y el Presidente no puede dictar normas que son de resorte del Consejo Nacional de Televisión.

SEGUNDO CARGO.- Específicamente, el art. 4o. del Decreto acusado viola el artículo 14 de la Ley 42 de 1985, ya que este impone mayoría absoluta y aquel exige solo mayoría simple.

TERCER CARGO.- El numeral 2. del art. 7o. del Decreto viola el numeral 1. del artículo 37 de la Ley 42, por cuanto el pliego de condiciones es el medio idóneo para señalar los criterios de adjudicación de la licitación, en forma tal que también se viola la potestad reglamentaria por exceso en su uso.

CUARTO CARGO.- El numeral 3. del artículo 7o. del Decreto quebranta el numeral 2. del artículo 37 de la Ley 42, por cuanto entra a definir límites de adjudicación y desconoce que la ley ordena al Consejo adjudicar de acuerdo con los límites legales.

QUINTO CARGO.- Al usarse la potestad reglamentaria para transcribir la ley reglamentada se está atentando contra los principios de la técnica legislativa.

SEXTO CARGO.- La parte considerativa del decreto "queda corta porque en aras de la inexequibilidad,... entra a reglamentar lo que nada tiene que ver con dicha declaratoria y a nuestro modo de ver no debe citarse como motivación para ejercer la potestad reglamentaria, la existencia de fallos de inexequibilidad".

c. Las razones de la defensa.

La parte demandada se privó de contestar la demanda y guardó silencio dentro del término de traslado para alegar de conclusión. (V. fls. 82, 85 y 89).

d. La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencia de 8 de mayo de 1987 (fls. 80-81), el Despacho del Consejero Ponente admitió la demanda y denegó la suspensión provisional del acto acusado por cuanto la actora no acató en su solicitud las exigencias que para la adopción de la medida cautelar precisa el art. 152 del C.C.A.

Ante la solicitud de acumulación del proceso en referencia al radicado bajo el número 595, actor; Jaime Horta Díaz, propuesta por el fiscal Primero de la Corporación, mediante auto de 23 de noviembre de 1988 recaído dentro de dicho proceso 595, cuya copia obra a fls. 162 a 164, se negó aquella petición.

Es de anotar que en el presente proceso ni se contestó la demanda ni se pidieron ni decretaron pruebas, ni las partes alegaron de conclusión.

II. - EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente:

Es plausible la medida tomada por el Gobierno Nacional con la expedición del decreto acusado, dada la gran incidencia que para el régimen jurídico de la televisión tuvieron las sentencias números 73 y 75 de 18 de septiembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia, pues al haber sido declaradas inexecutable seis disposiciones de la ley era prudente reunir en un breve estatuto las normas correspondientes, tal como quedaron en el decreto 0350 de 1987.

No obstante, la vista fiscal considera que por ser ilegal deberá declararse la nulidad del artículo 4o. del decreto acusado, ya que según el parágrafo del artículo 14 de la ley 42 (que incurre en yerro al citar al mismo art. 14, en vez de referirse al 13), las decisiones deberán adoptarse por mayoría absoluta, en tanto que el art. 4o. del decreto establece que cinco de los miembros del Consejo Nacional de Televisión constituyen la mayoría simple, con lo cual, agrega el Fiscal, el decreto reglamentario añadió un voto, por lo menos, a lo que consagra la ley reglamentada, circunstancia que conlleva un exceso en el uso de las facultades que la Constitución Nacional otorga al Presidente de la República en el ordinal 3o. del artículo 120.

Concluye su concepto de fondo el Fiscal Primero pidiendo que, aparte de la nulidad del art. 4o. del decreto, se rechacen las súplicas de la demanda respecto del resto del articulado del decreto demandado. (Cfr.: fls. 154 a 158).

III.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La Sala se referirá de manera concreta y exclusiva a los ataques de ilegalidad contenidos en el acápite FUNDAMENTOS DE DERECHO de la demanda, que es el marco que delimita el objeto de la acción planteada, ante la ausencia de otras intervenciones de las partes, como contestación de la demanda y alegatos de conclusión, según quedó dicho.

Al efecto, la Sala hace notar que si bien la demanda está dirigida contra todo el Decreto 350 de 1987, solo algunas de las presuntas razones de legalidad van dirigidas contra dicho decreto en su conjunto, mientras que otras atacan solo algunas normas específicas del mismo.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que la fundamentación de cada uno de los cargos de ilegalidad es muy conciso y en algunos casos de difícil comprensión, la Sala considera conveniente analizar cada uno de ellos, así:

PRIMER CARGO. - Dice la demanda: "El decreto 350 de 1987 infringe el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución, por cuanto por su conducto se ejerce la Potestad Reglamentaria *no necesaria*, con desviación de las atribuciones propias del Presidente de la República, pues en una organización descentralizada, a la cual la ley que la crea o reforma, le entrega la facultad de establecer su propia organización, como es el caso del Consejo Nacional de Televisión, mal podríamos pensar que pueda el Presidente de la República, seguir dictando normas que son ya del resorte propio de la entidad u organismo".

A su vez, el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución dice: "Artículo 120. 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 necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

Del argumento transcrito de la demanda puede entenderse que la actora considera que el decreto reglamentario acusado *no era necesario* porque las normas que él contiene "son ya del resorte propio de la entidad u organismo" (Consejo Nacional de Televisión, según lo afirma), por lo cual el Presidente de la República no podía dictarlas.

Al respecto, la Sala hace notar que dicho argumento mezcla razones relacionadas con la *necesidad* de expedir normas reglamentarias, con razones referentes a la *imposibilidad* de expedir dichas normas por una especie de incompetencia, debido a que su expedición corresponde a otra autoridad diferente del Presidente.

Pero ninguno de los dos argumentos está suficientemente sustentado como para permitirle a la Sala acogerlos.

Por el contrario, la Sala encuentra que el decreto demandado se fundamenta de manera expresa en la necesidad de reglamentar algunos aspectos de la Ley 42 de 1985, como resultado de las sentencias Nos. 73 y 75 del 18 de septiembre de 1986, mediante las cuales la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable algunas normas de la citada ley. Esa consideración de necesidad expresada por el Presidente es suficiente para la Sala como fundamento general del decreto reglamentario, con mayor razón si se tiene en cuenta que este consta de nueve artículos que tratan de diferentes temas, sin que la actora haya demostrado el carácter de innecesarios de algunos o de todos ellos.

De otra parte, respecto de la presunta *imposibilidad* para el Presidente de dictar el decreto acusado por corresponder la expedición de sus normas al Consejo Nacional de Televisión, la Sala tampoco encuentra fundamentada dicha acusación, por varias razones:

a) Porque la potestad reglamentaria es una facultad constitucional del Presidente de la República, que no desaparece por el hecho de que la ley le atribuya funciones a otra autoridad, hasta el punto que si la ley pretendiera esa consecuencia sería inconstitucional.

b) Porque, como ya se expresó, el decreto demandado consta de nueve artículos sobre diferentes materias, sin que la actora haya precisado cuáles de ellas corresponden exclusivamente al Consejo Nacional de Televisión y excluirían, por lo tanto, el poder reglamentario del Presidente. Por el contrario, es evidente que algunas de las normas que contiene el Decreto demandado, como los artículos 1o. y 2o. que se refieren al nombramiento del Director del Instituto y la integración del Consejo Nacional de Televisión, no podrían ser competencia del mismo Consejo citado.

En consecuencia, no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO. - Dice la demanda: "... el artículo 4o.- del Decreto 350 de 1987 excede la Potestad Reglamentaria, cuando varía la mayoría con la cual se toman las decisiones de los literales (sic) del artículo 14 de la Ley 42 de 1985. Esta impone mayoría absoluta, el Decreto Reglamentario mayoría simple.

"A lo anterior adicionamos el hecho de que los estatutos y aspectos referentes a las secciones del Consejo Nacional de Televisión son potestad de ese organismo (Artículo 13 literal ñ) Ley 42 de 1985)".

En relación con este cargo, vale la pena hacer notar que en su concepto de fondo el Fiscal Primero de la Corporación considera que es el único que debe prosperar, por cuanto el decreto reglamentario añadió un voto, por lo menos, a la mayoría consagrada en la ley reglamentada.

A este respecto, la Ley 14 de 1985 establece dos mayorías diferentes para la toma de decisiones por parte del Consejo Nacional de Televisión: de una parte, el artículo 14 consagra como regla general la "mayoría simple" (es decir, cualquier número de votos uniformes superior a las otras opiniones expresadas por los votantes), mientras que el Parágrafo del mismo artículo 14 exige la "mayoría absoluta de los miembros del Consejo" para adoptar algunas decisiones específicas (es decir, el voto de más del cincuenta por ciento de los miembros del Consejo) (sobre los diferentes conceptos de mayorías puede verse: *Diccionario de Términos Políticos*, Ch. DEBBASCH y Y. DUADET, Edit. Temis, Bogotá, 1985, pág. 191; y *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Guillermo CABANELLAS, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 20a. edición. 1981, Tomo V, págs. 357 a 360).

A su vez la norma atacada -art. 4o. del Decreto reglamentario 350 de 1987- expresa que "para efectos del parágrafo del artículo 14 de la Ley 42 de 1985, cinco de los miembros del Consejo Nacional de Televisión constituyen la mayoría simple."

De tal manera que como la norma atacada se refiere al Parágrafo del artículo 14 de la Ley 42, ella está reglamentando los casos excepcionales mencionados en dicho parágrafo (para los cuales la ley exige "mayoría absoluta de los miembros del Consejo") y nada tiene que ver con la regla general de mayoría simple establecida en el cuerpo principal del mismo artículo 14.

En consecuencia, si el parágrafo del art. 14 de la Ley exige la "mayoría absoluta de los miembros del Consejo", mal puede el decreto reglamentario referirse a la mayoría "simple". Pero, si tenemos en cuenta que el Consejo Nacional de Televisión está integrado por nueve miembros, según lo previsto en el artículo 2o. del Decreto 350 de 1987, en concordancia con lo establecido en el artículo 9o. de la Ley 42 de 1985 y lo resuelto en la sentencia No. 75 del 18 de septiembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la inexequibilidad del literal d) del mismo artículo 9o. de la ley, la "mayoría absoluta de los miembros del Consejo" que exige el Parágrafo del artículo 14 es equivalente a por lo menos cinco votos, que corresponden a más del cincuenta por ciento de los citados nueve miembros, por lo cual, en este aspecto, el artículo 4o. del Decreto 350 de 1987 guarda correspondencia con la norma reglamentada, salvo en la denominación de mayoría "simple" que deberá ser, por lo tanto, declarada nula por contrariar dicha norma reglamentada.

En cuanto al argumento de que "los estatutos y aspectos referentes a las sesiones del Consejo.... son potestad de ese organismo", ello no implica, como quedó expresado en el análisis del cargo anterior, que por ello desaparezca el poder reglamentario del Presidente de la República.

TERCER CARGO.- Dice la demanda: "El numeral 2o. del artículo 7o., infringe el numeral 1o. del artículo 37 de la Ley 42, por cuanto el pliego de condiciones es el medio idóneo para señalar en forma concreta los criterios de adjudicación y establecer la metodología de aplicación, por lo tanto se presenta aquí otro exceso en la Potestad Reglamentaria".

Para analizar este cargo, la Sala considera necesario transcribir la norma acusada y la presuntamente violada, a fin de poder realizar una confrontación directa que permita concluir sobre la legalidad o ilegalidad de la primera.

Dice el numeral 2. del artículo 7o. del Decreto 350 de 1987:

"Artículo 7o. Para la ponderación o valorización a que se refiere el artículo anterior, se seguirá el procedimiento que se indica a continuación:

" ...

"2. En el Pliego de Condiciones de la Licitación de espacios, se indicará en forma cuantificada la incidencia que tengan las calificaciones obtenidas en el Registro; así mismo se ponderará la calidad y el contenido de la programación".

Por su parte dice la norma presuntamente violada:

"Artículo 37. La celebración de contratos de espacios de televisión se hará mediante el procedimiento de licitación pública en la que, además de las reglas contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983, se observarán las siguientes:

"1. En los pliegos de condiciones que se elaboren se señalarán en forma concreta los criterios que se tendrán en cuenta para hacer las adjudicaciones, para lo cual se ponderarán o valorizarán tales criterios y se indicará la metodología que se adoptará para las correspondientes calificaciones. Esos criterios o pautas de evaluación buscarán llevar a efecto una selección objetiva desprovista de discrecionalidad para el Administrador".

Frente al simple argumento planteado en la demanda, consistente en que "el pliego de condiciones es el medio idóneo para señalar en forma concreta los criterios de adjudicación y establecer la metodología de aplicación", por lo cual se presentaría exceso en la potestad reglamentaria al referirse esta última a dichos criterios y metodología, la Sala no encuentra ninguna transgresión por parte de la norma demandada, ya que, como quedó establecido desde el análisis del primer cargo, el hecho de que la ley indique el contenido de las funciones de un organismo o, como en este caso, se refiera al contenido de un documento como el pliego de condiciones de una

licitación, no quiere decir, que desaparezca el poder reglamentario del Presidente de la República, que es una atribución constitucional que esta autoridad puede ejercer frente a la ley. Además, la reglamentación expedida por el Presidente con la ponderación de los criterios de adjudicación no solo está contenida en la norma acusada en este cargo, sino en los artículos 6o., 7o., (que consta de cuatro numerales) y 8o. del Decreto reglamentario, por lo que sería necesario analizar dichas normas en su conjunto frente a las diferentes normas reglamentadas, para poder establecer posibles infracciones, mientras que la demanda solo se refiere al numeral citado del artículo 7o., del cual por sí mismo no resulta ninguna infracción en criterio de la Sala.

En consecuencia, no prospera el cargo.

CUARTO CARGO.- Dice la demanda: "El numeral 3o. del artículo 7o. infringe el numeral 2o. del artículo 37 de la Ley 42, por cuanto entra a definir límites de adjudicación desconociendo que la Ley le ordena al Consejo adjudicar de acuerdo con los límites legales que en su orden serían: El mínimo y máximo que el mismo Consejo impone, de acuerdo con el literal f) del artículo 13 y que para efectos de la licitación 01 de 1987, contempló entre cuatro (4) y diez y seis (16) horas. El límite del 20% de las horas de programación por canal que consagra el artículo 41 de la Ley 42 (...sic), "Mal podría entonces el Decreto Reglamentario señalar nuevos límites como el de 16 horas para el proponente con más alta calificación, que desconoce incluso el límite de horas de la oferta del proponente.

"Es potestad del Consejo adjudicar de acuerdo con criterios y directrices concretos fijados en la licitación y además de acuerdo con la metodología impuesta por el mismo pliego para evaluar las propuestas. Cualquier otra reglamentación estaría sobrepasando el límite de la Norma".

Ante la falta de claridad del cargo planteado, la Sala considera igualmente necesario en este caso transcribir la norma acusada y la presuntamente violada, para poder realizar una confrontación entre las mismas.

Dice el numeral 3o. del artículo 7o. del Decreto 350 de 1985:

"Artículo 7o. Para la ponderación o valorización a que se refiere el artículo anterior, se seguirá el procedimiento que se indica a continuación:

"...

3. El proponente que resulte con más alta calificación, tendrá derecho a que se le adjudique el máximo de horas establecido.

"El resto de proponentes, en orden descendente de calificación, tendrá una adjudicación directamente proporcional, sin exceder las horas que hubieran solicitado. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el mínimo de horas individualmente adjudicables, el total de las licitadas, descontando las que se reserven para Inravisión, Audiovisuales y Colcultura, y las destinadas para espacios para programas informativos".

A su vez, dice la norma legal presuntamente violada:

"Artículo 37. La celebración de contratos de espacios de televisión se hará mediante el procedimiento de licitación pública, en la que, además de las reglas contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983, se observarán las siguientes:

" ...

"2. Las reglas o condiciones establecidas en los pliegos no podrán variarse al estudiar y calificar las propuestas, ni podrán ser objeto de interpretaciones que desconozcan o desvirtúen lo establecido en los pliegos".

Frente a la lectura comparativa de las dos normas anteriores, la Sala debe afirmar que no comprende ni encuentra la presunta infracción alegada por la demandante.

En efecto, de una parte, la norma reglamentaria acusada (numeral 3. del artículo 7o. del Decreto 350 de 1987), lo único que hace es precisar la proporción de horas en que se debe realizar la adjudicación dentro del "máximo de horas establecido", que para la Licitación 01 de 1987, según lo afirma la demanda y se desprende de los pliegos que aparecen en el expediente (folio 44), es de diez y seis horas, sin que con ello se estén variando las condiciones establecidas en los mismos pliegos, ni se esté desconociendo o desvirtuando lo previsto en ellos. Además, este último argumento, relacionado con la posible violación de los pliegos de condiciones para una licitación concreta, es extraño a una acción pública de nulidad contra un decreto reglamentario, pues no se entiende como un decreto general puede ser ilegal frente a los pliegos de condiciones de una licitación. Tampoco encuentra la Sala que a través de la norma demandada se esté desconociendo el límite establecido en el artículo 41 de la Ley 42, consistente en que "en ningún caso se podrá adjudicar a un mismo concesionario más del 20% de las horas de programación por canal", o, por lo menos, esa posible infracción no resulta del escueto cargo planteado en la demanda.

De otra parte, como el cargo parece insinuar aquí también el argumento consistente en que por el hecho de que el Consejo tenga la facultad de adjudicar de acuerdo con los pliegos, ello implicaría la imposibilidad de ejercer el

poder reglamentario respecto de ese tema, ya la Sala ha dicho al referirse a los otros cargos que este argumento no es de recibo.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

QUINTO CARGO.- Dice la demanda: "Es frecuente que la administración utilice la Potestad Reglamentaria para transcribir nuevamente los textos de las normas que reglamenta, y es el caso de este acto que en resto (sic) de su articulado se conforma con transcribir parte de las disposiciones de la Ley 42, excluyendo solamente lo concerniente a la declaratoria de inexequibilidad; práctica esta que atenta contra los principios de técnica legislativa".

En relación con este cargo, para la Sala es suficiente afirmar que, de una parte, es evidente que de su simple lectura resulta que el decreto demandado no se limita a transcribir normas de la ley reglamentaria, sin que la actora se haya preocupado por indicar de manera precisa las normas que estarían afectadas por esa "irregularidad" y, de otra parte, que un simple atentado contra la técnica legislativa en los términos planteados por la demanda no conlleva la ilegalidad de las normas acusadas.

En consecuencia, no prospera el cargo.

SEXTO CARGO.- Dice la demanda: "Además la parte considerativa del decreto queda corta porque en aras de la inexequibilidad, motivo citado, entra a reglamentar lo que nada tiene que ver con dicha declaratoria y a nuestro modo de ver no debe citarse como motivación para ejercer la Potestad Reglamentaria, la existencia de fallos de inexequibilidad".

Frente a este cargo, la Sala considera que basta con hacer notar que de acuerdo con nuestro régimen jurídico la expresión concreta de los motivos que dan lugar a la expedición de un decreto reglamentario no constituye requisito para su legalidad y que, por lo mismo, con menor razón la circunstancia de que el acto cite en su parte motiva la existencia de fallos de inexequibilidad de la ley reglamentada puede afectar su validez. Por el contrario, si de dichos fallos resulta la necesidad de precisar o aclarar normas legales, ello es suficiente razón, sin necesidad de que se diga expresamente, para dictar normas reglamentarias. Tampoco es causal de nulidad de los actos administrativos el hecho de que la parte motiva se "quede corta", como lo expresa la demanda, mientras no se presente el fenómeno de la falsa motivación, que sí constituye causal de nulidad al tenor del art. 84 del C.C.A., en las diferentes modalidades que han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia, ninguna de las cuales es aducida por la demandante.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad del vocablo "...simple", contenido en la parte final del artículo 4o. del Decreto 350 de 1987.

Segundo.- Denegar las demás peticiones de la demanda.

Tercero.- En firme esta sentencia, envíese copia de la misma al Ministerio de Comunicaciones y al Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión y archívese el expediente.

Háganse las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sección de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*, ausente -con excusa legal;

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SERVICIO PUBLICO DE PLAZA DE MERCADO. BIEN DE USO PUBLICO. PRINCIPIO DE INALIENABILIDAD.

La actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la ley como por reconocimiento jurisprudencial. El inmueble en el cual se presta el servicio público de mercado es un bien de uso público. Siendo una característica fundamental de los bienes de uso público la de ser inalienables , y constituyendo la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga un bien de uso público, el Consejo Municipal de esa ciudad no podía autorizar su venta a través del sistema de propiedad horizontal ni a través de ningún otro sistema, ya que con ello está privando a la comunidad de un bien cuya propiedad aparecía formalmente en cabeza de las empresas Públicas de Bucaramanga, pero que en realidad pertenece a todos los habitantes mientras este destinado al servicio de mercado público.

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 1o., 5o., 7o. y 8o. del Acuerdo 014 de 1983 (abril 30), expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá. D.E., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N°. 959 Actor :Luis Eduardo Ochoa Niño

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 11 de abril de 1988.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano Luis Eduardo Ochoa Niño, en ejercicio de la acción pública, consagrada en el art. 66 del C.C.A., (hoy art.84), demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad del Acuerdo No. 014 de 30 de abril de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga, "por medio del cual se conceden unas autorizaciones", en la totalidad de su contenido (fl. 5, Cuad.Ppal).

b.- El acto acusado.

El acto administrativo materia de la acción popular anulatoria, como ya quedó expresado, es el Acuerdo No. 014 del 30 de abril de 1983, por medio del cual el Concejo Municipal de Bucaramanga, en uso de sus atribuciones legales "y en especial de las conferidas por la Constitución Nacional, en los Artículos 197 y 169 del Código de Régimen Político y Municipal", previa una serie de motivaciones contenidas en nueve considerandos, autoriza en su artículo 1o. a las Empresas Públicas de Bucaramanga, para vender la Plaza de Mercado Satélite del Sur de esa ciudad, por puestos o locales y mediante la constitución de una propiedad horizontal. A través de los demás artículos (2o. a 9o.), se adoptan otras disposiciones tendientes unas al desarrollo de la autorización prevista en el artículo 1o. y otras relacionadas con la construcción de una nueva plaza de mercado donde funcionaba la Casa de Mercado Central (fls. 2 a 4 del Cuaderno No. 1).

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así :

Las autoridades municipales de Bucaramanga dispusieron hacer un estudio sobre la cobertura de las plazas de mercado tradicionales de la ciudad y las necesidades futuras de tal servicio público.

Tal estudio, hecho por la firma ETA Ltda., recomendó organizar plazas de mercado satélites, que deberían construirse en los "polos de desarrollo poblacional y socioeconómico de la ciudad " que tuvieran mayor densidad.

Una de tales plazas debería ubicarse al sur de Bucaramanga para servir a los barrios de mayor densidad poblacional y a los del municipio de Floridablanca que están ligados económica, política y culturalmente como una "fusión metropolitana".

Así fue como surgió el programa de las Empresas Públicas de Bucaramanga para construir la "Plaza de Mercado Satélite del Sur", como se consigna en los considerandos del acuerdo demandado.

No obstante lo anterior, el artículo primero del Acuerdo acusado autoriza a las Empresas Públicas Municipales para vender dicha Plaza por puestos o locales, en forma de propiedad horizontal. Los demás artículos del acuerdo señalan pautas para la selección de los posibles compradores.

En síntesis, tal acuerdo despoja a la comunidad bumanguesa de un patrimonio público y de un "servicio público estatal" para someterlo al régimen de derecho privado.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

Al referirse a las disposiciones violadas y el concepto de violación, el actor plantea tres aspectos fundamentales, cada uno de los cuales relaciona con la posible violación de ciertas normas, que pueden resumirse así: (Cfr.: fls. 5 a 11 del Cuaderno No. 1).

1. Que las denominadas plazas de mercado o mercados públicos, son servicios públicos, por definición legal y jurisprudencial, y que ellas deben preferentemente correr por cuenta del Estado, de lo cual parece desprender el actor la violación de las siguientes normas: art. 169, numeral 15, del Código de Régimen Político y Municipal; arts. 1o. y 2o. del Decreto 929 de 1943; y art. 1o. del Decreto 753 de 1956.

2. Que la Plaza de Mercado Satélite del Sur, objeto del acto acusado, es un bien de uso público, de acuerdo con el art. 674 del Código Civil, en concordancia con el art. 4o. de la Constitución Nacional, el art. 201 del Código de Régimen Político y Municipal, y según la jurisprudencia, por lo cual es un bien inalienable, es decir, que se encuentra fuera del comercio, de tal manera que su disposición "escapa por entero a las autoridades municipales, trátese del Alcalde, del Concejo o de un establecimiento público municipal".

3. Que la Plaza de Mercado Satélite del Sur, por su fundación u origen ESTA DESTINADA A UN OBJETO ESPECIAL, que, además, es un servicio público, por lo cual está llamada a ser siempre un bien de uso público y no puede ser desafectada ni siquiera por el Gobierno Nacional. Frente a lo anterior,

el actor considera que el acuerdo acusado viola el art. 200 del Código de Régimen Político y Municipal.

e.- Las razones de la defensa.

En memorial presentado ante el a quo el 26 de marzo de 1984 (V. fl. 38 del Cuad No. 1) el apoderado de las Empresas Públicas de Bucaramanga se hizo parte en el proceso como impugnador de la acción de nulidad instaurada. Al fl. 44 del mismo Cuad. 1, mediante auto de 31 de marzo de 1984, el Tribunal de origen reconoce a las Empresas Públicas de Bucaramanga como parte impugnadora y a su mandatario como apoderado de dicha entidad.

La demanda no fue contestada.

A folio 218 a 220 del Cuad; No. 2 aparece el alegado de conclusión de la mencionada parte impugnadora, en donde, en síntesis, expresa lo siguiente:

1) Manifiesta "disentir totalmente" de su contraparte, pues como lo expresa el Tribunal de origen en el auto que denegó la suspensión provisional, "no es clara, directa ni ostensible la violación" de las normas que señala el actor como violadas, auto que fue confirmado por el Consejo de Estado al desatar la apelación que interpuso el demandante. El hecho de que el Acuerdo conceda unas autorizaciones, no significa desconocimiento "de la función social de las plazas, ya que básicamente la idea es dinamizar y hacer más ágil el servicio público por medio de la venta de los locales y los puestos".

2) Conforme al acuerdo 051 de 1972 que creó las Empresas Públicas de Bucaramanga y a los Estatutos de éstas (Dec. 102 de 1975), "el objeto integral" de tales empresas es la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la coordinación "de la actividad organizada del Mercado"... de lo cual "claramente se observa que el Artículo 1o. y 7o. del Acuerdo están en concordancia, el uno dando las precisas facultades, con una motivación coherente que enmarca este servicio,... y el otro, precisando la reglamentación para llevar a término el proceso de la venta...".

3) La "solución que informa el sentido del Acuerdo" (art. 1o.: da facultades precisas, y art. 7o.: reglamenta el proceso de ventas), "fue previamente analizada y obedece a un requerimiento fundamental, cual es el evitar el fenómeno casi que incontrolable, en la operación de las plazas de mercado que existen en las ciudades que precisamente por su forma desordenada y deshueta (sic) en su control y manejo, no las hecho funcionales como es el caso de la ciudad de Bucaramanga..." Termina su alegado conclusivo diciendo que "tampoco cree que se pueda acomodar a lo previsto en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, en el sentido de que si bien es cierto que (...) las Plazas son bienes de la Unión y su dominio pertenece a la

república (...) se pueda afirmar categóricamente que están fuera del comercio....".

f.- La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso que se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones :

Ante la demanda del actor, presentada el 25 de enero de 1984, es decir, bajo la vigencia del anterior C.C.A. (Ley 167 de 1941), el Tribunal de origen dictó el auto admisorio con fecha 6 de febrero de 1984, que obra al fl. 15 del Cuad., No. 1, y con fecha 12 de marzo del mismo año profirió la providencia que resolvió sobre la suspensión provisional pedida, habiendo denegado la medida precautelativa (V.fl.s. 17 a 24, *ibidem*).

Contra este último auto denegatorio de la suspensión provisional, recurrió el actor en apelación ante el Consejo de Estado, habiendo confirmado la Sección Primera de la Corporación el proveído impugnado, mediante providencia de 22 de junio de 1984 (V. fl.s. 51 a 55, *ibidem*).

Como se indicó más arriba, las Empresas Públicas de Bucaramanga fueron reconocidas como parte impugnadora, conforme a auto de 31 de marzo de 1984 (v. fl.44 del Cuad. No.21).

Solamente la parte actora solicitó el decreto de pruebas, las que fueron resueltas por auto de 18 de mayo de 1984 (fl.s. 47-48, Cuad. No. 2).

Habiéndose privado de alegar de conclusión la actora, en su concepto de fondo el Agente del Ministerio Público ante el a quo pide despachar el asunto favorablemente para las pretensiones de la demanda por ser el acto acusado transgresor de las normas sobre enajenación de bienes raíces del Municipio de Bucaramanga (V. fl.s. 222 a 227, *ib.*).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

a) No hay duda de que las plazas de mercado o mercados públicos son un servicio público a cargo del respectivo municipio, ya que no solo ese carácter es aceptado por el mismo acto impugnado, sino también porque ello se desprende de las normas citadas en la demanda, especialmente del literal e) del art. 1o. del Decreto 753 de 1956 y porque así ha sido aceptado por la

jurisprudencia del Consejo de Estado, como está consignado, entre otros fallos, en el de noviembre 9 de 1979, apartes del cual transcribe.

b) La adscripción de un determinado bien a la prestación de un servicio público no es el hecho determinante de su calidad de bien de uso público, ya que esta última está ligada es precisamente al uso por parte de todos los habitantes de un territorio, como lo establece el art. 674 del Código Civil.

c) No obstante lo anterior, en el caso analizado, considera el Tribunal, el problema no presenta mayor dificultad, "porque las plazas de mercado han sido consideradas desde su origen como bienes de uso público", conclusión que respalda con las citas del numeral 12 del art. 171 de la Ley 4a. de 1913, los arts. 1o. y 2o. del Decreto 929 de 1943 y el art. 1o. del Decreto 753 de 1956.

d) Con fundamento en lo anterior, el Tribunal considera que el Concejo de Bucaramanga estaba en la obligación de señalar un sitio público, dotarlo de los elementos materiales necesarios para su funcionamiento, con el fin de que sirviera de plaza de mercado, pero de ningún modo podía autorizar su venta por puestos o locales como lo hizo en la parte resolutive del acto impugnado, ya que con ello se desvía el querer del legislador de que a las plazas de mercado tengan acceso todas las personas o habitantes del territorio y se desconoce el carácter de inalienable que poseen los bienes de uso público.

e) Con base en la citada sentencia del Consejo de Estado, de fecha 9 de noviembre de 1979, el Tribunal considera que el contrato que procede es el de concesión y concluye que el acuerdo acusado es ilegal pero sólo en sus arts. 1o., 5o., 7o. y 8o., ya que las demás disposiciones no tienen relación con la enajenación de los locales.

III.- EL RECURSO DE APELACION

La parte recurrente sustenta el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia reiterando las razones expuestas en su alegato de conclusión de dicha instancia, a las cuales agrega algunas consideraciones de conveniencia sobre el régimen de propiedad horizontal adoptado.

Entre las razones adicionales planteadas, vale la pena hacer notar la consistente en afirmar que el régimen de propiedad horizontal no ha implicado que la plaza haya dejado de ser un mercado abierto al público, como pudo constatarse en la inspección judicial practicada dentro del proceso, por lo cual discrepa del planteamiento del Tribunal, según el cual, al disponerse la venta por puestos, el usus, fructus y abusus se desvían del querer del legislador, cual es el de que a las plazas de mercado tengan acceso todas las personas o habitantes del territorio.

Finalmente, en su alegato de conclusión de la segunda instancia, la recurrente manifiesta que el Acuerdo No. 014 de 1983 se expidió con fundamento en el art. 197 de la Constitución Nacional y en el art. 169 del Código de Régimen Político y Municipal y que desde el comienzo del programa de construcción de la plaza de mercado se hizo con miras a constituir propiedad horizontal, lo cual era procedente por tratarse de un bien fiscal de las Empresas Públicas de Bucaramanga y, por lo mismo, esta podía disponer de él en la misma forma que pueden hacerlo los particulares respecto de sus bienes. Además, el art. 143 del Código Fiscal de Bucaramanga -vigente para la época- autorizada la venta de inmuebles de las entidades descentralizadas, previa autorización del Concejo Municipal.

IV.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente :

"Esencialmente se trata en este proceso de establecer qué clase de entes constituyen las llamadas 'plazas de mercado' en el concierto de la actividad administrativa. No solo la doctrina, sino jurisprudencias como las citadas en la sentencia apelada son claras en establecer que la actividad es de las meridianamente calificadas como de servicio público y, en el caso concreto, reglamentada por el Código de Régimen Político y Municipal, dejando su reglamentación como tal, a los Concejos Municipales".

Afirma que 'en cuanto a que si este servicio (de mercado) es prestado en un bien de uso público, se desprende muy claramente del Decreto 753 de 1956 que catalogó a las plazas de mercado como uno de los 'servicios públicos municipales' (...) En otras palabras, las plazas de mercado, son tan de uso público por su destinación que en la Legislación de Indias se les denominaba 'Mercados Públicos' y luego en nuestra legislación 'plazas públicas' o 'plazas de mercado'/'".

En seguida transcribe el Fiscal apartes del fallo apelado para concluir su vista de fondo pidiendo la confirmación de la sentencia del a quo. (v. fls. 15 a 19 del Cuad. No.3).

V. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La controversia central del proceso y del recurso de apelación consiste en establecer si la actividad propia de las plazas de mercado constituye un servicio público y si los bienes inmuebles en los cuales se desarrolla esa actividad son *bienes de uso público* y, por lo tanto, inalienables por parte de la entidad pública a la cual pertenecen.

A.- La actividad de las plazas de mercado es un servicio público.

Es incuestionable, como lo plantea la demanda y lo afirma la sentencia de primera instancia, que la actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la ley como por reconocimiento jurisprudencial.

En efecto, desde el punto de vista legal, porque así se desprende tanto del numeral 15 del art. 169 del Código de Régimen Político y Municipal (norma citada en la demanda, que hoy corresponde al numeral 10 del art. 93 del Código de Régimen Municipal), como del literal e) del art. 1o. del Decreto 753 de 1956, norma esta última que aunque referida a las actividades calificadas de servicios públicos para efecto de la prohibición constitucional de adelantar huelgas y que por lo mismo se encuentra incorporada en el art. 430 del Código Sustantivo del Trabajo, ha sido generalmente aceptada para identificar la intención del Estado en cuanto a la calificación de dichas actividades, intención que constituye modernamente el criterio fundamental para establecer esa calificación a través de la llamada *concepción subjetiva del servicio público*.

Desde el punto de vista jurisprudencial, porque así lo ha reconocido esta Corporación, como es el caso de la sentencia del 9 de noviembre de 1979, también aducida por el actor y transcrita en la sentencia de primera instancia (véase C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sent. del 9 de noviembre de 1979, Exp. No. 3026, Actor : Héctor Emilio Hoyos Hoyos, Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar, Anales, Tomo XCVII, números 463 - 464, págs. 499 y ss.).

B.- Los bienes inmuebles en los cuales se presta el servicio público de plazas de mercado son bienes de uso público.

Como bien lo hace notar el Tribunal de primera instancia en la sentencia recurrida, la adscripción de un bien a la prestación de un servicio público no determina por sí misma su calidad de bien de uso público, ya que esta última está ligada fundamentalmente al uso del bien por parte de todos los habitantes de un territorio, al tenor del art. 674 del Código Civil.

A este respecto, si bien en otros regímenes jurídicos como el francés se reconoce el carácter de bienes de uso público a aquellos afectados a un servicio público, con algunas condiciones, junto con los que están puestos a disposición directa del público usuario, en Colombia la ley ha adoptado el criterio romano, en el sentido de calificar el dominio público por el hecho de la utilización a que están destinados los bienes. Es así como el artículo 674 del Código Civil expresa que "se llaman *bienes de la Unión* aquellos cuyo dominio pertenece a la república. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman *bienes de la Unión de uso Público o bienes públicos del Territorio*".

Con fundamento en esta norma, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

" Las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público, según lo prescribe el artículo 674 del C.C.. Esta calidad depende de dos factores: que sean construídos en terrenos pertenecientes a una entidad de derecho público y que sean destinados al uso común de los habitantes (artículos 674 y 676 C.C.). (C. S.J., sent., 31 de mayo de 1961, G.J.,t. XCV, pag.923).

En el caso de la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga, está probado dentro del proceso que el inmueble en el cual funciona pertenece a la entidad de derecho público denominada Empresas Públicas de Bucaramanga y que dicho inmueble está destinado al uso común de los habitantes.

En efecto, de conformidad con el acto administrativo creador de las Empresas Públicas de Bucaramanga (Acuerdo No. 051 de 1972, que obra en copia auténtica a folios 108 y ss. del Cuaderno No. 2), esta entidad es una persona jurídica de derecho público (art. 2o.), cuyo objeto es la organización y administración de una serie de servicios públicos, entre los cuales se encuentra el de plazas de mercado (arts. 1o. y 3o.).

La citada entidad de derecho público era la propietaria del predio donde funciona la Plaza Satélite del Sur, según se desprende del mismo acto demandado, de los escritos presentados por la entidad dentro del proceso y de la Resolución No. 68-001-02084, del 26 de enero de 1984, de la Oficina Seccional de Catastro de Santander (folios 64 y ss. del Cuaderno No. 2).

El inmueble citado, por su naturaleza de plaza de mercado, como por la constatación realizada en la diligencia de inspección judicial que obra al folio 49 del Cuaderno No. 2, es un predio abierto al público, lo cual se confirma en la parte motiva del acto acusado, ya que de acuerdo con ella dicha plaza de mercado está destinada a prestar el servicio a la población del sector sur de Bucaramanga y del área de Floridablanca, con una población en ese entonces de 200.000 habitantes.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que el inmueble en el cual se presta el servicio público de mercado en la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga es un bien de uso público y no un bien fiscal de las Empresas Públicas de Bucaramanga, como lo afirma sin mayor asidero la apoderada de la entidad recurrente en su alegato de conclusión de la segunda instancia (Véase folio 8 del Cuaderno No. 3 del expediente).

C.- El carácter inalienable de los bienes de uso público.

La distinción entre los bienes de uso público y los bienes fiscales ha estado tradicionalmente apoyada en el régimen jurídico diferente para cada

una de esas clases de bienes: el derecho público para los bienes de uso público y el derecho privado para los bienes fiscales, por una especie de asimilación de la propiedad de las entidades públicas sobre estos últimos a la propiedad que tienen los particulares sobre sus propios bienes.

A este respecto, si bien la progresiva ampliación del derecho administrativo ha hecho perder nitidez a la frontera entre el derecho público y el privado como criterio para diferenciar las dos clases de bienes de las entidades públicas, en la medida en que cada día aumenta la aplicación de normas de derecho público a los bienes de carácter fiscal, los de uso público se continúan caracterizando por estar fuera del comercio y ser, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles, según lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

En relación con el carácter de inalienabilidad que es el que interesa al presente proceso, el tratadista Enrique Sayaguéz Laso expresa que "los bienes dominiales están destinados al uso público; por tanto mientras, subsiste ese destino no pueden ser enajenados, pues dicha forma de utilización excluye la posibilidad de su comercialización. En algunos países esa regla es de origen jurisprudencial, mientras que en otros está consagrada por textos legales". (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3a. edición, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1974, pag. 264).

A su vez, nuestra jurisprudencia ha sido reiterada en el mismo sentido. A título de ejemplo la Sala transcribe el siguiente aparte de una sentencia de la H. Corte suprema de Justicia:

"Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales... Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esa finalidad pública lo exija" (C.S.J., sent. 26 septiembre 1940, G.J., T.L., pág. 254).

El mismo principio ha sido reiterado, entre otras, en las siguientes providencias: C.S.J., sent. 31 de mayo 1961, G.J.t. XCV, pag 923; C.S.J., sent./julio 1987, G.J., T. CLXXXVIII, págs. 83 y ss.

De tal manera que siendo una característica fundamental de los bienes de uso público la de ser inalienables, y constituyendo la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga un bien de uso público, el Concejo Municipal de esa ciudad no podía autorizar su venta a través del sistema de propiedad horizontal ni a través de ningún otro sistema, ya que con ello está privando a la comunidad de un bien cuya propiedad aparecía formalmente en cabeza de

las Empresas Públicas de Bucaramanga, pero que en realidad pertenece a todos los habitantes mientras esté destinado al servicio de mercado público.

Lo anterior no obsta, lógicamente, para que, como ocurre en la generalidad de los casos, el servicio de mercado público sea prestado por particulares bajo la orientación, administración y control de la entidad pública responsable de dicho servicio, pero sin que esta posibilidad pueda implicar que dicha entidad pública esté habilitada para enajenar a los particulares los bienes afectados al servicio que tengan el carácter de bienes de uso público.

Los planteamientos expresados son suficientes para que la Sala confirme la sentencia recurrida, en los mismos términos de su parte resolutive, ya que, como lo expresa el Tribunal de origen, las demás disposiciones diferentes de las anuladas no tienen relación con la enajenación de los locales que hacen parte de la citada plaza de mercado, por lo cual no pueden quedar cobijadas con la declaratoria de nulidad.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

Primero.- Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 11 de abril de 1988, por lo cual se declararon nulos los artículos 1o., 5o., 7o. y 8o. del Acuerdo No. 014 de abril 30 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Segundo.- En firme esta sentencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y COMUNIQUESE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; Pablo J. Cáceres Corrales; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta, ausente -con excusa legal;

Víctor M. Villaquirán, Secretario

una de esas clases de bienes: el derecho público para los bienes de uso público y el derecho privado para los bienes fiscales, por una especie de asimilación de la propiedad de las entidades públicas sobre estos últimos a la propiedad que tienen los particulares sobre sus propios bienes.

A este respecto, si bien la progresiva ampliación del derecho administrativo ha hecho perder nitidez a la frontera entre el derecho público y el privado como criterio para diferenciar las dos clases de bienes de las entidades públicas, en la medida en que cada día aumenta la aplicación de normas de derecho público a los bienes de carácter fiscal, los de uso público se continúan caracterizando por estar fuera del comercio y ser, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles, según lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

En relación con el carácter de inalienabilidad que es el que interesa al presente proceso, el tratadista Enrique Sayaguéz Laso expresa que "los bienes dominiales están destinados al uso público; por tanto mientras, subsiste ese destino no pueden ser enajenados, pues dicha forma de utilización excluye la posibilidad de su comercialización. En algunos países esa regla es de origen jurisprudencial, mientras que en otros está consagrada por textos legales". (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3a. edición, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1974, pag. 264).

A su vez, nuestra jurisprudencia ha sido reiterada en el mismo sentido. A título de ejemplo la Sala transcribe el siguiente aparte de una sentencia de la H. Corte suprema de Justicia:

"Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales... Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esa finalidad pública lo exija" (C.S.J., sent. 26 septiembre 1940, G.J., T.L., pág. 254).

El mismo principio ha sido reiterado, entre otras, en las siguientes providencias: C.S.J., sent. 31 de mayo 1961, G.J.t. XCV, pag 923; C.S.J., sent./julio 1987, G.J., T. CLXXXVIII, págs. 83 y ss.

De tal manera que siendo una característica fundamental de los bienes de uso público la de ser inalienables, y constituyendo la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga un bien de uso público, el Concejo Municipal de esa ciudad no podía autorizar su venta a través del sistema de propiedad horizontal ni a través de ningún otro sistema, ya que con ello está privando a la comunidad de un bien cuya propiedad aparecía formalmente en cabeza de

las Empresas Públicas de Bucaramanga, pero que en realidad pertenece a todos los habitantes mientras esté destinado al servicio de mercado público.

Lo anterior no obsta, lógicamente, para que, como ocurre en la generalidad de los casos, el servicio de mercado público sea prestado por particulares bajo la orientación, administración y control de la entidad pública responsable de dicho servicio, pero sin que esta posibilidad pueda implicar que dicha entidad pública esté habilitada para enajenar a los particulares los bienes afectados al servicio que tengan el carácter de bienes de uso público.

Los planteamientos expresados son suficientes para que la Sala confirme la sentencia recurrida, en los mismos términos de su parte resolutive, ya que, como lo expresa el Tribunal de origen, las demás disposiciones diferentes de las anuladas no tienen relación con la enajenación de los locales que hacen parte de la citada plaza de mercado, por lo cual no pueden quedar cobijadas con la declaratoria de nulidad.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

Primero.- Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 11 de abril de 1988, por lo cual se declararon nulos los artículos 1o., 5o., 7o. y 8o. del Acuerdo No. 014 de abril 30 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Segundo.- En firme esta sentencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y COMUNIQUESE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; Pablo J. Cáceres Corrales; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta, ausente -con excusa legal;

Víctor M. Villaquirán, Secretario

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO. CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO. ACCION DE LESIVIDAD. TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS

El legislador es quien define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras excepcional el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto. El uso de la acción regulada por el inciso 2 artículo 136 C.C.A. (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derecho y de contenido particular, porque si fuera de carácter general, la administración posee la atribución de la derogatoria de sus propios actos abstractos, para cuyo ejercicio no necesita habilitación judicial alguna, o la acción de nulidad si se trata de un acto de otra persona jurídica de derecho público. Cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individuales que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual. Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Pablo J. Cáceres Corrales*

Referencia: Expediente N^o. 1482 Actor: Oswaldo Cetina Vargas

Naturaleza del negocio: Acción de nulidad

Decisión: Admisión de la demanda y suspensión provisional

I.- LAS PARTES Y LOS INTERESADOS EN EL PROCESO

El Sr. OSWALDO CETINA VARGAS, utilizando la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del C.C.A. y actuando en su propio nombre, demanda la resolución No. 178 del 27 de marzo de 1990 expedida por el Gerente General (encargado) de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, mediante la cual dispuso, al decidir un recurso de reposición, el pago de una suma de dinero a la sociedad CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA. con base en el desarrollo de un contrato suscrito entre la Empresa Oficial y el Consorcio privado. Son, partes e interesados en el proceso que aspira a promover el actor las siguientes personas:

A.- PARTE DEMANDANTE: Es el ciudadano colombiano Sr. OSWALDO CETINA VARGAS quien usa la acción pública de nulidad contra la Resolución 178 de 1990 de COLPUERTOS.

A.- PARTE DEMANDADA: Es la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA S.A. representada por el Gerente General, de cuyo despacho proviene el acto acusado. Igualmente, es demandada la firma CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA. beneficiaria del reconocimiento de la deuda y de la orden de pago que hace la resolución demandada No. 178 de 1990.

A esas personas solicita el actor se les notifique el auto admisorio de la demanda y, por lo tanto, se les vinculó en tal calidad al proceso.

II.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Con el fin de documentar esta decisión, la Sala estima pertinente consignar en ella la súplica de la demanda que consiste en reclamar la nulidad de la Resolución No. 178 del 27 de marzo de 1990, originaria de la Gerencia General de la EMPRESA COLOMBIANA DE PUERTOS, acto que al desatar un recurso de reposición interpuesto por el consorcio ya mencionado dispuso textualmente:

"PRIMERO.- Revocar, como en efecto se hace la decisión adoptada por esta Gerencia General mediante oficio No. 174373 del 26 de diciembre de 1989 en el sentido de negarle la petición formulada por el CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA. y referente al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del Contrato No. 72/86 y en su reemplazo ordenar el reconocimiento solicitado con fundamento en los considerandos de esta Resolución".

"SEGUNDO.- Ordenar pagar a la Firma CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA., la suma de DOSCIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 203.838.984,50) moneda corriente, por concepto de reconocimiento hecho y correspondiente al restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato No. 72/86".

"TERCERO.- Negar el reconocimiento de intereses sobre la suma anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

"CUARTO.- Con la presente Resolución queda agotada la vía gubernativa".

La providencia de COLPUERTOS fué notificada personalmente al representante legal del Consorcio el 29 de marzo de 1990.

El actor pide; igualmente, la suspensión provisional del acto acusado y aporta, en copias auténticas, la Resolución No. 178 de 1990, los Estatutos de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, el contrato 72 de 1986 y una certificación del Jefe de la División de Presupuesto de la citada Empresa donde se hace constar que en el presupuesto de gastos de inversión no aparece apropiación alguna para el pago de la suma de dinero de que trata la resolución 178.

III.- LA ADMISION DE LA DEMANDA

A.- LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LA DEMANDA.

La primera determinación que ha de adoptar la Sala en este asunto es sobre la admisión de la demanda, para lo cual es imprescindible estudiar, con base en ella y en los documentos que la acompañan, la procedencia de la acción de nulidad intentada por el ciudadano demandante. Será oportuno, pues, precisar los elementos teórico procesales que han servido para diseñar la naturaleza y las finalidades de semejante mecanismo de control de la legalidad del derecho administrativo nacional.

Los datos básicos y objetivos para el análisis están descritos en los apartes anteriores de donde se puede establecer sin duda alguna que:

1o.- El ciudadano actor obra en su propio nombre, invocando, como móvil de su gestión, la defensa del orden jurídico colombiano e impugnando, por tanto, la validez de un acto de la administración con uso de la acción pública de nulidad sin pretender para sí alguna forma de restablecimiento del derecho ni de indemnización, por cuanto el acto *per se* no se dirige a modificar, reducir o aumentar sus derechos y situaciones jurídicas individuales. Los atributos, pues, de la persona demandante son ajenos de manera absoluta, a las disposiciones y los efectos del acto acusado en esta vía jurisdiccional.

2o. La Resolución de la Gerencia General de COLPUERTOS es un acto administrativo de índole particular que fué expedido con los antecedentes de un contrato de obra pública y de unas situaciones de hecho y de derecho que sirvieron al Consorcio contratista para pedir a COLPUERTOS, reconocer la existencia de un desequilibrio económico y financiero que afectó la ejecución del objeto y la consecuente orden de pago de los costos asumidos por la Firma perjudicada con tales situaciones imprevistas. Finalmente el reclamo fué aceptado por la Empresa del Estado en la resolución 178 de 1990, acto que agotó el autocontrol de la vía gubernativa.

3o. - En la contratación, en la actuación administrativa y en el trámite de la vía gubernativa no aparece como parte interesada en el asunto que ella trata, el ciudadano demandante, Sr. OSWALDO CETINA VARGAS.

Evidentemente, las relaciones jurídicas engendradas en el Contrato 72 de 1986 de COLPUERTOS y en las providencias que hacen parte de la gestión de la administración activa en este asunto no se encuentra determinación alguna que tenga efectos sobre los intereses particulares del demandante. Las partes vinculadas en esos desarrollos administrativos se concretan a COLPUERTOS y al CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA.

B.- LOS ELEMENTOS TEORICO-PROCESALES DE LA ACCION UTILIZADA.

1.- El ejercicio del acción de nulidad contra actos de contenido particular.

La evolución de nuestra jurisprudencia en materia de la viabilidad de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, antes llamada de plena jurisdicción, ha tenido varios períodos que fueron bien descritos en la sentencia de la Sala Plena de lo contencioso Administrativo del 8 de agosto de 1972 (Consejero: Dr. HUMBERTO MORA OSEJO). El primero de ellos

se identifica con la vigencia de la ley 130 de 1913 que consagró las acciones de nulidad o ciudadana contra los actos nacionales o locales y la privada dirigida contra los actos violatorios de derechos civiles ejercida exclusivamente por sus titulares. Informa la sentencia que en 1938 el Consejo de Estado sostuvo que cuando un precepto afectaba un derecho civil individual era pertinente ejercer ambas acciones: la de nulidad por cuanto el acto violentaba el orden superior y la privada para obtener la reparación del agravio sufrido. Se le denominó acción mixta que contaba, además, con el antecedente del artículo 4o. de la Ley 80 de 1935 que permitía solicitar la nulidad de los actos violatorios de los derechos civiles y la forma de reparar los perjuicios. Es decir, la competencia del juez se extendía desde el examen de la nulidad del acto hasta la indemnización de perjuicios: era una plena jurisdicción, una competencia integral sobre todos los elementos de discusión litigiosa comprendidos en esos extremos.

Con la expedición de la ley 167 de 1941 (arts. 62 a 65) se inicia un segundo período distinguido por una tesis según la cual la acción de nulidad procedía contra los actos creadores de situaciones jurídicas generales, "por estimar -dice la sentencia citada de la Sala Plena de 1972- como en la legislación anterior, que la naturaleza del acto condiciona la procedencia de la acción". Fué una época (1941) en la cual ya había hecho carrera la escuela de Burdeos (DUGUIT, JEZE Y BONNARD) que abandonó críticamente y en medio de la crisis de la estructura estatal clásica, las definiciones formales y orgánicas de los actos jurídicos para observar, mejor, su contenido y derivar así el régimen aplicable y, ante todo, conceder una mayor capacidad al reglamento frente a la ley.

El atribuir al campo de la acción objetiva los actos generales y a la plena jurisdicción los de contenido particular y concreto, hizo una interpretación rígida de los postulados de esa escuela cuya labor precisamente se orientaba en otra dirección: a criticar lo estricto e inoperante de las clasificaciones del Siglo XIX y se dirigía, con sentido político-constitucional, a una reinterpretación de los dominios de la ley y del reglamento.

Esa tesis se mantuvo entre nosotros hasta 1961, año en el cual se inicia otro período con la conocida sentencia del 10 de agosto (Consejero: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA). Allí el Consejo adoptó la doctrina denominada de los *motivos y finalidades* que parte del criterio consistente en que los artículos 62 a 65 y 83 del C. C. A. vigente en la época (Ley 167 de 1941) permitían ejercer, de acuerdo con una interpretación exegetica, la acción de nulidad contra "todos los actos administrativos" a que se refieren esos artículos sin distinguirlos según su contenido. La ley, advirtió entonces la jurisprudencia, no establece la asignación rígida de la acción de nulidad para los actos generales y la de plena jurisdicción para los de contenido particular, porque de acuerdo con el artículo 83 el "contencioso de anulación puede ejercerse en cualquier tiempo contra todos los actos administrativos". El

tema lo había considerado un pionero salvamento de voto del mismo Consejero, Dr. C. A. ARRIETA y, en el asunto propio de la sentencia de 1961, por iniciativa del colaborador fiscal. (Cita de la Sentencia del 18 de agosto de 1972. Anales. T. LXVII, 1a. parte. pp. 82-86).

Para esta nueva interpretación jurisprudencial la procedencia de la acción de nulidad depende de la compatibilidad entre los motivos y finalidades del actor y los motivos y finalidades "que las normas asignan a la acción. Cuando se trata de juzgar actos generales demandados en el contencioso de anulación la similitud es obvia, pero cuando se trata de actos particulares se ha de considerar si la sentencia favorable determina "el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuicada" porque allí " el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley".

Se trataba de cerrar el paso a quienes, habiendo perdido por caducidad la oportunidad de ocurrir ante la jurisdicción, utilizaban la acción de nulidad contra actos particulares que les perjudicaban y cuya anulación implicaba automáticamente el restablecimiento del derecho. Por esas fechas, varias personas intentaron tal tipo de procesos. Según la comentada jurisprudencia era evidente que la intención de los demandantes no se ajustaba a las previsiones legales sobre el fin de la acción de simple nulidad sino que perseguían eliminar los efectos de la ejecutoriedad del acto y de los términos de caducidad invocando la posibilidad legal de impugnar en cualquier tiempo las providencias de contenido particular que los afectaban. Precisamente la sentencia de 1961 se dictó en un proceso de nulidad que buscaba el restablecimiento del derecho con semejante mecanismo. En dicho juicio el Sr. Agente del Ministerio Público (Dr. ULADISLAO DOMINGUEZ) manifestó en su concepto que:

"...por lo tanto, la acción a seguir era la contenciosa de plena jurisdicción y no la de simple nulidad. Son estas las situaciones que el Consejo de Estado no puede pasar por alto, porque al establecer esta práctica, cualquier ciudadano a quien asista interés directo para censurar o pedir la nulidad de actos administrativos, invocando simplemente la acción de nulidad de actos administrativos, podría intentar acciones caducadas por el transcurso del tiempo".

La jurisprudencia de los motivos y los fines tuvo y tiene ese propósito: evitar que gracias a la equívoca redacción de la ley procesal administrativa los particulares interesados eviten los efectos de la caducidad de las acciones con el designio de revivir los términos que la ley consagra para hacer efectivos los derechos individuales mediante la vía jurisdiccional. El postulado de la necesaria compatibilidad entre los motivos del actor y los fines de la ley se concibió como el lógico y eficaz instrumento teórico procesal que servía para analizar la pertinencia concreta del uso de la acción de nulidad contra actos particulares y poder así criticar la prosperidad de las acciones en cada caso

para negar la relación procesal desde el mismo momento de la admisión de la demanda.

En este último período la jurisprudencia ha refinado y aclarado la tesis de 1961. Varios problemas se han resuelto: a) La obligación de vincular al proceso al titular de la situación jurídica constituida por el acto demandado en el contencioso objetivo, por cuanto surge allí un litis consorcio necesario que le impone al juez tal deber ineludible (Sección Primera. Sentencia del 20 de agosto de 1979. Consejero: Dr. CARLOS GALINDO PINILLA). b) La precisión doctrinaria acerca de la diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, para remitir a la primera la tutela del orden jurídico abstracto con apoyo en la jerarquía normativa, y la segunda, además de la virtual defensa del orden jurídico, a la garantía de los derechos privados civiles o administrativos "violados o conculcados por actos, hechos y operaciones administrativas". Es importante anotar que si bien se dice comúnmente en la doctrina y en la jurisprudencia que toda persona perteneciente al cuerpo político de la Nación tiene el claro interés y el deber general de vigilar el mantenimiento del orden jurídico y por esto se le confiere la facultad de demandar las normas que considera violatorias del orden superior, en el fondo de la cuestión está el objeto del sistema jurídico: la eficacia, vigencia y efectividad de los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Corresponde ahora llamar la atención sobre otra situación diferente y no considerada por la jurisprudencia de 1961 cuya preocupación se refirió, primordialmente, al ejercicio indebido de la acción de nulidad contra actos de contenido particular para burlar los efectos de la caducidad de la acción. Ocurre que si se permitiera ejercer la acción pública contra actos particulares, con la única restricción que anota la sentencia de 1961, la ilimitada extensión de esta facultad tiene un grave peligro que se ubica en el otro extremo de su tesis porque se crearía la inseguridad más desestabilizante en las relaciones jurídicas y la inequidad más absurda, porque al mismo tiempo que al particular perjudicado con una decisión administrativa se le limita el derecho a demandar con el plazo de los cuatro meses y se le prohíbe el ejercicio de la acción de nulidad para eludir los efectos de la caducidad, se autoriza a todas las personas para que impugnen las situaciones y los derechos ya constituidos, asaltando indiscriminadamente de esa manera la seguridad de las relaciones que protege la Constitución Política de Colombia.

No vale contra esta preocupación el argüir que el interesado debe ser llamado para que defienda sus derechos en el proceso, porque lo cierto es que los derechos y situaciones particulares que no afectan más que los intereses puramente individuales y no interfieren en manera alguna el ejercicio de los derechos y las libertades, deben quedar en firme en algún momento, a partir del cual se tornan inatacables, así existan motivos de invalidez en los actos administrativos que los engendraron.

Cosa distinta será si la situación particular interfiere el sistema de derechos y libertades, monopoliza su ejercicio, rompe la igualdad y los principios que sustentan el orden jurídico y trastorna el orden público. En tal caso el acto particular se ha transformado, por la extensión de sus efectos *erga omnes* en una determinación de alcance general y quedará expuesto al ataque jurisdiccional.

Pero en este punto es obligatorio dar continuidad a la tesis de los *motivos* y *los fines* para hacer armónico el sistema del control de la legalidad. Si observamos la evolución legislativa desde la ley 167 de 1941, Código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1989, cuales relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto, la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado *expresamente* los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual.

Veamos, como ejemplos, varias de estas previsiones en las cuales la ley faculta a los ciudadanos en general, sin que tengan que acreditar un interés privado, para intentar las acciones públicas contra actos particulares:

- a).- El contencioso electoral.- Con el fin de mantener la base democrática del sistema representativo fundamentado en el artículo 2o. de la Constitución, la ley procesal consagra la acción pública sobre actos electorales concretos. (Arts. 223 y ss del C.C.A.)
- b.- Los contenciosos de nulidad de cartas de naturaleza. -Con el fin de preservar la integridad misma de la Nación conformada por los colombianos según los principios del artículo 8o. de la Constitución Política. (Arts. 221 y ss. *ibídem*).
- c.- Los contenciosos de nulidad con los nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación. En 1975 la Ley 20 (Art. 57) estimó de vital importancia para la eficacia y los fines del control fiscal, conferir a los ciudadanos la potestad de impugnar jurisdiccionalmente los nombramientos de los empleados de la Contraloría General de la República. Es un elemento de control popular frente a una Institución que era necesario someter a la mayor vigilancia posible según el concepto soberano del legislador colombiano producido en la coyuntura institucional que originó la ley 20.

d.- El contencioso de nulidad de los nombramientos ilegales de funcionarios. El Decreto legislativo No. 2898 de 1953 confiere al Procurador General de la Nación la facultad de demandar, en cualquier tiempo, los nombramientos de funcionarios hechos en contra de las condiciones y exigencias legales. Existe un compromiso de orden público en esta excepción por tratarse del ejercicio de la función pública. (Para un análisis sobre la vigencia de esta acción de nulidad Cfr. C. de E. Sala Electoral. Sentencia del 24 de marzo de 1988. Consejero: Dr. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Actor: Procurador Regional de Neiva. Expediente No. E-137).

e.- El contencioso de nulidad de marcas. Establecido por el artículo 596 del Código de Comercio por causales especiales (art. 585 y 586) y con una caducidad de cinco años.

En todos los casos anteriores se trata de actos de contenido particular que la ley ha considerado de especial interés público y por ello ha entregado, expresamente, a los integrantes todos de la Nación colombiana, el derecho de impugnarlos ante la jurisdicción administrativa con el empleo de la acción de nulidad. Es interesante anotar que la acción de nulidad no se distingue por el plazo de su utilización. La ley puede estimar que el ejercicio de la acción se someta o no a un término de caducidad, sin que tal lapso haga parte de su esencia. Lo básico en la definición del contencioso objetivo es el alcance de su titularidad. Cuando se consagra por la ley a favor de todas las personas o se adscribe como una función a los representantes del interés general de la Nación, podemos advertir que estamos en presencia de la acción de nulidad. En el caso listado arriba en la letra d) EL Ministerio Público (Decreto legislativo 2898 de 1953) actúa en representación de la Nación y su demanda puede ser incoada a instancias o sugerencias de personas particulares que tiene conocimiento del nombramiento o la designación ilegal del funcionario en cuestión. Estas anotaciones sirven para destacar y distinguir dos situaciones: 1a.) cuando el representante de la Nación (el Ministerio Público, en el caso del Decreto 2898 de 1953) demanda en uso de la acción de nulidad expresamente consagrada para atacar los actos administrativos de contenido particular por existir una violación del orden superior, no necesita acreditar perjuicio o lesión algunos que haya recibido el Estado por efecto de las providencias acusadas. 2a.) cuando las entidades públicas demandan los actos particulares en el contencioso denominado en el derecho comparado *de lesividad*, es necesario acreditar ese daño pues se trata de una acción de restablecimiento del derecho como lo indicará la Sala más adelante. (Art. 136 del C.C.A.).

La extensa y compleja legislación colombiana, expedida a veces con la inspiración transitoria de la coyuntura político-social, ha considerado en el pasado otros casos similares a los anteriores o, a veces, modalidades de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho que, de todas maneras

parten de un principio: el legislador es quien define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras excepcional el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto. Jurisprudencialmente se han discutido esos casos debido a la dificultad técnica de precisar, dentro de nuestra metodología legislativa, su vigencia en medio de esa gigantesca normativa sustancial y procesal colombiano. (Cfr. Ley 135 de 1961, Ley agraria, art. 38, ya derogado).

En consecuencia:

a) Utilización del contencioso de restablecimiento del derecho: Cuando el acto administrativo que reconoce la situación particular y concreta o el derecho individual no tiene más alcance que el de la simple relación subjetiva, tal providencia causará estado y su demanda puede promover el juicio, siempre que el actor demuestre un interés y la presente dentro de los términos de caducidad de que habla el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen. En este sentido tiene plena aplicación la tesis de la ya citada jurisprudencia de 1961 porque únicamente con esta acción puede intentarse la anulación de los actos administrativos de contenido individual para obtener el restablecimiento del derecho, pues el designio del actor se acomoda a los fines que la ley le atribuye al contencioso subjetivo. Esto explica que en la tramitación del juicio sean útiles y compatibles (por la remisión del art. 267 del C.C.A. al C. de P. C.), los instrumentos del procedimiento civil. Entre ellos se destaca la fijación de la cuantía, si es el caso, en función de la cuantificación del derecho o de la situación particular a discutir.

Un caso especial dentro de esta hipótesis aparece en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A. que confiere a las Entidades públicas un término de dos años para intentar las acciones de restablecimiento del derecho y, en tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en cualquier tiempo. (Cfr. inciso 3o.). La posibilidad de atacar sus propios actos en un juicio de restablecimiento del derecho es la institución que el derecho comparado (Español, fundamentalmente) ha denominado "recurso de lesividad". Varios principios están en juego dentro de su estructuración. Por una parte, los actos susceptibles de ser acusados de semejante manera, deben ser providencias declarativas de derechos individuales o de situaciones jurídicas de igual naturaleza. Esas providencias únicamente pueden ser revocadas, dentro de la actuación propia de la administración, en respuesta a la interposición de los recursos de la vía gubernativa o cuando, existiendo alguna de las causales de la revocación directa, el particular acepta expresamente la revocación. Si tales hipótesis no son viables ni se puede revisar de oficio el acto (revocación directa), sin el consentimiento del interesado, porque no tuvo su causa en medios ilegales (art. 73, Inc. 2o.) la Entidad pública lesionada debe acudir a la jurisdicción administrativa para que mediante sentencia se lo anule, terminando así con su ejecutoriedad y la presunción de su legalidad.

Unicamente en la vía jurisdiccional pueden, dentro de nuestro sistema jurídico, desaparecer esos reconocimientos que el Poder público hace de las situaciones y derechos individuales.

El uso de la acción regulada por el inciso 2o. del artículo 136 (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derechos y de contenido particular, porque si fuera de carácter general, la administración (es decir, la Entidad específica que dictó la providencia) posee la atribución de la derogatoria de sus propios actos abstractos, para cuyo ejercicio no necesita habilitación judicial alguna, o la acción de nulidad si se trata de un acto de otra persona jurídica de derecho público. Además, se requiere que la providencia resulte lesiva de los intereses públicos (económicos o de otra naturaleza) y contradiga el orden jurídico, porque la primera pretensión es la declaratoria de nulidad respaldada en el desconocimiento anotado. No se pueden alegar por la Administración, para lograr la anulación, motivos de conveniencia según las orientaciones de práctica política de los Gobiernos, porque el problema se ubica en el campo puramente jurídico. Si el acto se ajusta al orden vigente estará destinado a permanecer incolume aunque la Entidad pública alegue y pruebe una lesión objetiva. Ese daño no será ilegal porque la normativa superior respalda la validez de la decisión administrativa atacada con estos mecanismos. Igual cosa ocurre con los particulares que, por ejemplo, reciban una sanción por el Estado. Si su aplicación se apoya plenamente en el orden jurídico, la afectación o disminución del derecho es legal y debe ser ejecutado. Claro está, que en nuestro sistema, no es necesaria la previa declaración administrativa de la lesividad como un presupuesto para intentar este tipo de acción, como ocurre, por ejemplo, en España. La ley exige, sin embargo, que el daño irrogado por el acto demandado se exprese en el mismo libelo con el cual se ejerce la acción.

La ley ha limitado, pues, la propia facultad del Estado de atacar sus actos ante la jurisdicción administrativa y ha ubicado esta atribución en el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho.

b) Utilización del contencioso objetivo de nulidad. Los actos administrativos de carácter general son objeto de la acusación mediante la acción de nulidad en todos los casos por determinación del artículo 216 de la Constitución política y de los artículos 82, 83 y 84 del C.C.A. que lo desarrollan. Su titularidad pertenece a cualquier persona pública o privada. Esta es la regla común y obvia. Pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individual que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, *siempre y cuando la Ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo contra el acto individual*. Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía. Solo de

esta manera se asegura la compatibilidad de los propósitos del actor con los fines de las acciones contenciosas y, ante todo, con la seguridad que el orden jurídico garantiza para las relaciones creadas conforme a la ley que, han causado estado.

Es de vital importancia anotar en favor de lo aquí sostenido que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera limitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no sólo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, *carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba listados y en otros que, seguramente, la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad.* En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C.C.A. para gobernar todas las hipótesis en que se impugnaran actos particulares por cualquier persona.

Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebró el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político. La misma Administración al perder el privilegio de la ejecutoriedad, se encontraría en incapacidad de hacer cumplir lo dispuesto en sus providencias expuestas al ataque generalizado de cualquier persona.

Es evidente que en tales circunstancias el desquiciamiento del orden jurídico sería inminente.

La virtud ejecutoria de los actos administrativos de contenido particular tiene la doble atribución de permitir a la Administración ejecutarlos y aplicarlos tan pronto hayan causado estado y, así, satisfacer la obligación constitucional de las autoridades. Pero, además, el facilitar a las personas el empleo de los medios procesales para hacer valer sus derechos y darles la eficacia que les da la Constitución. La firmeza de los actos subjetivos, causada por la operación de la vía gubernativa o por las demás hipótesis legales, es la base de las relaciones jurídico-sociales y el elemento de la dogmática jurídica que posibilita, prácticamente, la integración del derecho en los intercambios y situaciones civiles de los asociados. Este principio es el que opera igualmente en las relaciones de derecho privado. La certeza y la eficacia de los derechos reconocidos por la ley y los actos jurídicos concretos es la base del orden jurídico y, al mismo tiempo, su propósito.

2.- La naturaleza de la resolución demandada y la procedencia de la acción de nulidad.

En el caso que nos ocupa, la resolución originaria de la Gerencia General de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, no tiene más efectos que de declarar en último término unos hechos que afectaron la ejecución de un contrato de obras públicas en el cual no aparece el interés privado de quien promueve este asunto contencioso.

Los intereses que están claramente establecidos en el contrato y en la resolución no corresponden a alguna de las previsiones que la ley procesal señala como causa eficiente para que cualquier persona intente la acción de nulidad contra semejante acto administrativo. Es decir que la Resolución 178 del 27 de marzo de 1990, expedida en desarrollo de las reglas que gobierna el contrato citado No. 72 de 1986 al tener un contenido subjetivo y reconocer un derecho o una situación particular y concreta se sustrae al ataque jurisdiccional fundamentado en la acción de simple nulidad, sin que esto quiera decir que el mismo Estado, mediante sus organismos respectivos (COLPUERTOS), pueda estimar que tal providencia lesionó ilegalmente sus derechos y acuda en tiempo al juez administrativo para que rompa su calidad intangible, su virtud de ser ejecutoria y pida, en consecuencia, el restablecimiento del derecho. (Art. 136 Inc. 2o. C.C.A.). Al respecto la Sala tiene conocimiento de que esta acción ya fué intentada por la empresa COLPUERTOS, gestión que anticipada y prácticamente acepta lo aquí afirmado. (Cfr. Expediente No. 1512, remitido a la Sección 3o. por competencia).

Pero ante las expresas y exigentes enunciaciones de la ley sobre el uso de la acción de nulidad en este caso contra un acto de contenido individual y la ausencia total de interés privado por parte del actor en la relaciones jurídicas engendradas en el contrato suscrito entre la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA y el CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA. y en la resolución que él acusa, la Sala estima que el demandante ha utilizado indebidamente la acción de nulidad por lo cual es procesalmente imposible la existencia de un juicio promovido con tal mecanismo. Ciertamente los fines que la ley ha prescrito para la acción de nulidad no guardan armonía ni congruencia con la pretensión del actor, al estar excluido de su dominio un acto como el ahora demandado. Se configura, pues, el fenómeno de la inepta demanda que ocasiona su inadmisión.

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

DECIDE:

- 1o.- Inadmitir la demanda presentada en este asunto.

SECCION PRIMERA

2o.- Ejecutoriada la presente providencia, la Secretaría de la Sección devolverá al demandante los documentos que acompañan la demanda sin necesidad de desglose.

PUBLIQUESE, COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que el presente proyecto fué discutido y aprobado por la Sección Primera en su sesión del 2 de agosto de 1990.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sección; *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*;

Víctor M. Villaquirán, Secretario

PROYECTO DE ORDENANZA. MONOPOLIO. JUEGOS DE AZAR

El proyecto de ordenanza sobre el cual recae la sentencia encuentra un tropiezo insalvable en su trámite: una ley que reserva a la Nación la explotación de los juegos de azar propios del casino y excluye la participación en esa actividad, como promoción turística o como arbitrio rentístico, de los departamentos y municipios por sí mismos y autonómicamente. Resulta, pues, a todas luces contraria al nuevo régimen de la Ley 10 de 1990 la autorización que el proyecto de ordenanza pretende conferir al gobernador para "contratar con particulares la explotación de un centro turístico con su casino..."

DECLARA INEXEQUIBLE el Proyecto de Ordenanza número 39, " por la cual se autoriza al Gobernador para contratar la explotación de un centro de turismo con su casino", de la Asamblea Departamental del Atlántico.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION/PROYECTO DE ORDENANZA

Las características del trámite del examen de los proyectos se transmiten necesariamente al estudio del recurso de anulación porque al observar la correcta aplicación del derecho por la sentencia y las contradicciones con el orden superior que el recurrente le imputa al fallo, es apenas lógico que el Consejo de Estado deba apreciar el derecho que regula el caso en su integridad y no con las restricciones propias del recurso de anulación interpuesto, por ejemplo en los casos en que solo se discuta el interés individual lesionado por el acto administrativo a la acción material del gobernante. La obligación

del juez administrativo es la de decidir definitivamente sobre el proyecto. Esta exigente condición del art. 80 del D. 1222/86 no se cumpliría si el Consejo estuviera limitado por el marco que le fijarían los cargos del recurso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Bogotá, D.E., Agosto nueve (9) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Pablo J. Cáceres Corrales*

Referencia: Expediente N°. 884 Naturaleza del negocio: Recurso extraordinario de anulación. Objeciones del Gobernador del Atlántico a un proyecto de ordenanza. Decisión: Sentencia.

I.- LAS OBJECIONES DEL GOBERNADOR DEL ATLANTICO

El Gobernador del Atlántico de acuerdo con el artículo 80 del Decreto extraordinario 1222 de 1986 envió, el 29 de octubre de 1987, al Tribunal Administrativo de ese Departamento el proyecto de ordenanza No. 39 de 1986 tramitado por la Asamblea del Atlántico, para que decida sobre su exequibilidad en atención a las razones de ilegalidad e inconstitucionalidad expuestas por su Despacho a la Asamblea. Este cuerpo colegiado no aceptó, en su oportunidad, las observaciones del Ejecutivo e insistió en la sanción del proyecto por lo cual el Gobernador reclama una decisión jurisdiccional sobre la exequibilidad del mismo.

A.-EL PROYECTO SUB EXAMINE

Por iniciativa de varios diputados la Asamblea del Atlántico consideró en los debates reglamentarios y aprobó un proyecto de ordenanza que en su esencia dispone lo siguiente:

1o. Autorizar al Gobernador para contratar con particulares la explotación de un "centro de turismo con su casino" en inmuebles que no sean de propiedad del departamento.

2o. Establecer las condiciones y requisitos para el establecimiento del casino de acuerdo con el Decreto legislativo 998 de 1953 y la Ordenanza 16 de 1975 expedida por la Asamblea del Atlántico.

3o. Ubicar el casino en cualquier ciudad del departamento incluida su capital Barranquilla.

Este proyecto fue debatido los días 26, 27 y 28 de noviembre de 1986 y pasó a la sanción del Ejecutivo departamental.

B.- LA CONTROVERSIAS SOBRE LA VALIDEZ DEL PROYECTO

Las objeciones del Gobernador han dado lugar a un largo debate, primero en la Asamblea y ahora en la jurisdicción contencioso- administrativa acerca de la conformidad del proyecto con el orden constitucional y legal colombiano. Varias opiniones, en su favor o en su contra, motivadas en el interés general o en el particular, se han expresado dentro del proceso que inició el Gobernador con base en el artículo 80 del Decreto legislativo 1222 de 1986, las cuales se resumen a continuación.

Vale la pena advertir que la Asamblea al insistir en el proyecto opinó simplemente, ante las objeciones del Gobernador, que ellas no existían porque el "proyecto que nos ocupa no vulnera ningún canon de nuestra Carta Magna". Evidentemente se trata de un juicio de valor que no analiza la tesis esencial de las objeciones y por lo tanto carece de utilidad en el examen que debe hacer esta Sala al conocer el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia del Tribunal del Atlántico que decidió el asunto. Las apreciaciones del Gobernador se consignan enseguida por la Sala.

1.- Los Planteamientos ante el Tribunal del Atlántico.

El Tribunal del Atlántico tuvo a su consideración las argumentaciones del Gobernador, las de un interesado particular en el proyecto de ordenanza y el concepto del fiscal.

a.- Los fundamentos de la objeción del Gobernador.

El Gobernador expuso a la Asamblea y, después, al Tribunal sus apreciaciones acerca de la inconstitucionalidad del proyecto, así:

1) Las normas que regulaban la construcción y explotación de los casinos estaban contenidas en: Las leyes 48 de 1943 y 51 de 1944 y en los Decretos 1603 de 1952 y 998 de 1953. Este último es la base legislativa en que se apoya el proyecto a considerar. Estas disposiciones permitían que los departamentos y los municipios, específicamente el Gobernador del Atlántico y los alcaldes, contrataran la construcción de tales establecimientos con los particulares.

II) A raíz de la Reforma constitucional de 1968 las leyes y decretos citados quedaron derogados porque la facultad en materia de construcción y explotación de casinos corresponde a los concejos municipales, organismos que autorizarán a los alcaldes para celebrar los contratos con tal objeto.

III) El Consejo de Estado al juzgar un acuerdo del Concejo Municipal de Cúcuta que habilitaba al alcalde para celebrar contratos de concesión para la construcción y explotación de casinos en esa capital, sostuvo que la Reforma de 1968 había modificado las competencias en el interior de los municipios, correspondiéndole al Concejo decidir sobre el tema tratado por el acuerdo. Los alcaldes por sí mismos carecen, en consecuencia, de atribuciones para celebrar contratos de ese tipo. Si bien, antes de la citada Reforma, los alcaldes tenían la facultad autónoma de contratar con apoyo en normas nacionales y en especial en el Decreto reglamentario 2375 de 1957, en adelante la materia que ahora nos ocupa pertenece al dominio de los concejos municipales quienes la desarrollarán autorizando a los alcaldes como ya se dijo. El Consejo de Estado examinó, entonces, la repartición de facultades entre los concejos y el alcalde desde el punto de vista general de que habla la constitución, vale decir, la competencia de adoptar cierto tipo de decisiones que la ley le ha señalado a los municipios y la forma en que la función debe cumplirse. Al encontrar que este asunto se ejecuta mediante contrataciones, como lo dicen las normas nacionales, el Consejo de Estado concluye que el alcalde requiere de las autorizaciones especiales de que trata el artículo 197, Num. 7o. de la Constitución. (Cfr. C. de E; S. de lo. C. A; S. la Sent. 15-IX-1982. Exp. 3826. Consejero: Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO).

IV) Esto indica para el Gobernador que la competencia sobre construcción y creación de casinos es ajena a los departamentos por lo cual el proyecto es contrario a las prescripciones constitucionales ya que la normativa que les habilitaba para ello quedó derogada por la Reforma de 1968.

b.- Los planteamientos de los intervinientes en el proceso.

Dentro de la fijación en lista de este negocio, la sociedad INVERSIONES CADEBIA LTDA. alegó un interés particular en el proyecto y, mediante apoderado especial coadyuvó la solicitud del Gobernador del Departamento. Esta sociedad prueba ser concesionaria para la explotación del casino turístico en Barranquilla, gracias a un contrato celebrado con ese municipio que en copia auténtica agrega al expediente.

La argumentación en contra del proyecto es idéntica a la expuesta por el Gobernador en sus objeciones.

c.- El Concepto del Ministerio Público para el Tribunal.

El colaborador fiscal del Tribunal sostiene que las modificaciones introducidas por la Reforma de 1968 se refieren exclusivamente a la competencia y condiciones para que los municipios celebren contratos. De tal manera que si bien el alcalde requiere de una autorización expresa para contratar adoptada por el concejo mediante acuerdo, en nada se opone la regulación constitucional a que los gobernadores por la autoridad que les confirió el Decreto legislativo 998 de 1953 puedan celebrar este tipo de contratos. Significa el argumento que la variación de las competencias de los concejos y los alcaldes municipales que introdujo la Reforma de 1968 es ajena a la específica función de los gobernadores de "acometer directamente o por contrato la construcción de edificaciones adecuadas para el funcionamiento de un centro de turismo con su respectivo casino..." y, en caso de no hacer uso de esa autorización, contratar con los particulares la explotación del centro turístico con su casino. (art. 1o. Decreto Leg. 998 de abril 16 de 1953).

De esas afirmaciones se concluye por el Ministerio Público que el proyecto está ajustado a la Constitución y la ley.

2.- La sentencia del Tribunal.

El Tribunal estudia fundamentalmente si la Asamblea del Atlántico está facultada constitucional y legalmente para conceder las autorizaciones de que habla el proyecto examinado en el proceso promovido por el Gobernador o si esa potestad en lo relacionado con los centros turísticos y los casinos es del resorte exclusivo de los concejos municipales, como lo sostuvo el Ejecutivo departamental.

Después de relacionar las normas que han regulado esta clase de asuntos, el Tribunal considera que el Decreto legislativo 998 de 1953 fué derogado parcialmente por la Reforma Constitucional de 1968 porque la función de contratar que ese decreto le confirió al gobernador se ejercerá, en el futuro y por voluntad del constituyente, mediante la expresa autorización de la Asamblea, corporación que tiene la competencia de estimar cuando debe desarrollarse para el Atlántico lo ordenado por el Decreto 998 de 1953, que resultó así modificado únicamente en lo relativo a la competencia, más no en la posibilidad de que el departamento construya y explote directamente o por contrato estos negocios de promoción turística.

Indica el Tribunal que la Sentencia del Consejo de Estado fué erróneamente interpretada porque ella únicamente trata el punto de la competencia de los alcaldes más no la de las autoridades departamentales, por lo cual su aplicación rígida y sin crítica alguna al proyecto analizado resulta improcedente y fuera de contexto.

El Tribunal en su sentencia del 16 de diciembre de 1987 declara exequible el proyecto de ordenanza " por el cual se autoriza al gobernador para contratar la explotación de un centro de turismo con su casino" aprobado por la Asamblea del Atlántico y ordena su devolución al Gobernador para que proceda a su sanción.

3.- El recurso extraordinario de anulación.

a.- La sustentación del recurrente.

Contra la sentencia del Tribunal del Atlántico, el Gobernador del Departamento mediante apoderado formuló, el 9 de febrero de 1988, el recurso extraordinario de anulación para ante el consejo de Estado con apoyo en estos cargos:

PRIMERO.- La competencia para expedir normas en materia turística no es de las Asambleas departamentales sino de la Corporación Nacional de Turismo por virtud del artículo 21 de la Ley 60 de 1968. Se violan, pues, los artículos 20, 30, 63, 76 numerales 4, 7, 11 y 120 numeral 3o. de la Constitución y 21 de la citada ley 60.

SEGUNDO.- La ley 51 de 1944 facultó a la Nación para "acometer directamente o por contrato la construcción de hoteles, teatros, casinos, como atracción para el fomento y desarrollo de la industria del turismo en el país, en aquellos lugares que juzgue oportuno". En ejecución de esta Ley el Gobierno delegó tal atribución en el municipio de Cartagena mediante el Decreto 1603 de 1952 y en virtud del Decreto 2375 de 1958 extendió la delegación al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios en donde se encuentren ubicadas ciudades capitales de departamento.

Sin embargo, antes del Decreto 2375, el Presidente de la República había expedido el Decreto legislativo 998 de 1953 con el cual autorizó al Gobernador del Atlántico para acometer por contrato o concesión la construcción y explotación del centro turístico con el casino, tal como se ha mencionado arriba.

Para el recurrente el Decreto 2375 de 1958 derogó el 998 de 1953 en el cual se apoya el proyecto de ordenanza. Reconoce el impugnador que mientras el decreto 2375 de 1958 es un decreto reglamentario, el 998 tuvo su base en el artículo 121 de la Constitución, pero añade como argumento, para sostener su derogatoria, que la conocida ley 141 de 1961 no le recuperó su vigencia porque según el artículo 14 de ley 153 de 1887 una disposición derogada solo puede recobrar su vigencia si aparece reproducida por una ley nueva. Es decir el fundamento legal de la competencia de la Asamblea es inexistente.

TERCERO.- En este cargo el recurrente expone la misma observación que sirvió al Gobernador para tachar de inconstitucionalidad el proyecto, y concluir que la Reforma constitucional de 1968 le adscribió la facultad de contratar a los concejos municipales y no a las asambleas, tal como quedó relatado por la Sala en otro sitio de esta providencia.

CUARTO.- Finalmente el impugnador considera que el Decreto legislativo 998 de 1953 quedó derogado, además, porque su contenido no fué incluido en la codificación que hizo el Decreto extraordinario 1222 de 1986 y los efectos de su artículo 339 se le aplican porque allí se dispone que "Conforme a lo dispuesto por el artículo 35, literal b), de la ley 3a. de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organizaciones y funcionamiento de la organización departamental no codificadas en este estatuto".

Por otra parte, el Decreto 1222 de 1986 señala como única atribución de las asambleas en esta materia de los casinos, la de: "Reglamentar y gravar los juegos permitidos". (Art. 62, Num. 18). En el sentir del recurrente, el proyecto de ordenanza cuestionado no se acomoda a la citada facultad porque su contenido no se refiere a "reglamentar o gravar" juegos, sino de construir y explotar un casino, tema evidentemente ajeno a la previsión del Decreto 1222 de 1986.

b.- La impugnación del recurso extraordinario de anulación

El ciudadano JOAQUIN VANIN TELLO intervino en el proceso, en su propio nombre, para impugnar el recurso extraordinario de anulación, refutando los cargos con las siguientes precisiones:

1a.- El Decreto 998 de 1953 no es un decreto reglamentario de las leyes 48 de 1943 y 51 de 1944 sino que fué expedido con fundamento en las facultades legislativas que asume el presidente bajo el régimen del estado de sitio (art. 121 de la C.N.). Por lo tanto, tiene un carácter exceptivo frente a esas leyes y no puede ser derogado por el Decreto 2375 de 1958 que, además, se refiere a otra órbita de competencia: la de los municipios. Resalta el hecho de que el recurrente desconoce finalmente cual norma derogó el decreto 998 de 1953 porque en su argumentación aparece, simultáneamente, que desapareció de la vida jurídica por el 2375, por los efectos del Acto Legislativo 1 de 1968 y, finalmente, por el Decreto extraordinario 1222 de 1986.

2o.- La interpretación de la sentencia del Consejo de Estado por el Tribunal del Atlántico es la correcta porque ella considera un problema de señalamiento de una competencia constitucional de los concejos pero no se refiere para nada a la competencia de las Asambleas en el tema turístico. El Tribunal acertadamente deslinda la atribución de la

Asamblea para autorizar la contratación de la ejecutiva del Gobernador, a raíz de la Reforma de 1968. El trasladar la decisión contractual a la Asamblea es, sencillamente, un nuevo reparto de funciones pero no desapareció el aspecto sustantivo de la posibilidad de contratar y explotar un centro turístico con su casino. Este régimen se acató por la Asamblea, de acuerdo con el planteamiento del ciudadano interviniente, con el proyecto de ordenanza.

3o.- Es inaplicable la ley 60 de 1968 porque ella adscribe a la Corporación Nacional de Turismo la función de reglamentar todo lo referente a la actividad turística pero en nada toca la construcción y explotación de los casinos que como actividad económica estará sujeta a las normas generales pertinentes, pero la competencia de la corporación no afecta posibilidad del departamento de adoptar una política concreta como la contenida en el proyecto, pues "una cosa es reglamentar la actividad y otra explotarla".

4o.- Sobre el argumento de la derogatoria tácita del Decreto 1222 de 1986, la base legislativa del proyecto en cuestión, el impugnante afirma que la posibilidad de gravar los casinos no es del departamento porque una norma especial, el artículo 225 del Decreto extraordinario 1333 de 1986 dice:

"Los casinos que se establezcan conforme a la ley podrán ser gravados por los municipios de su ubicación, en la misma forma en que actualmente se gravan los juegos permitidos".

El argumento se devuelve al recurrente porque en tal sentido los municipios tendrían la única atribución de gravar los casinos pero no la de ordenar su construcción y explotación que al tenor del decreto 998 de 1953 puede disponerla el departamento que en el proyecto no está reglamentando ni gravando, tan solo ordenando la explotación de una actividad económica de fomento turístico.

Finalmente las disposiciones de naturaleza especial del Decreto 998 de 1953 "que conceden facultades exclusivas al Gobernador del Atlántico, mal podían ser incluidas en ese estatuto de carácter general, *como si fueran facultades otorgadas a todos los gobernadores de departamento*". En tal sentido el Decreto 1222 de 1986 indica (art. 102) su texto no "comprende las funciones que le corresponden al Gobernador como agente del gobierno nacional o delegatario del Presidente de la República. Y se impone una pregunta: Qué sentido tiene el numeral 11 del artículo 60 del mismo decreto que establece que las Asambleas departamentales ejercerán las demás funciones que les señalen la Constitución y la leyes?". Igual disposición existe en el mismo decreto para los gobernadores.

Por lo tanto en esa previsión cabe, precisamente, la autorización de que habla el proyecto examinado en este proceso y, en conclusión, para el impugnador la sentencia recurrida no viola el derecho y por ello no puede prosperar el cargo.

c.- El concepto del Ministerio Público

El colaborador fiscal del Consejo de Estado sostiene que la sentencia debe anularse por estas razones:

1a.- La ley 60 de 1968 "invistió a la Corporación Nacional de Turismo de las funciones inherentes a las actividades y autorizaciones relacionadas con la industria y la empresa del turismo y organizaciones anexas y similares..." por lo cual la Asamblea del Atlántico carece de competencia para "reglamentar lo concerniente a esta actividad".

2a.- "En cuanto a la competencia para contratación y licencias de funcionamiento de casinos diferentes normas del Acto legislativo No. 1 de 1968..." "determinaron la competencia de los Concejos Municipales para la administración de los bienes municipales y, concretamente, para celebrar contratos como el que se pretende autorizar por parte de la Asamblea en cabeza del gobernador..."

Posteriormente el Sr. Agente del Ministerio Público expresa algunas opiniones sobre el "espíritu legislativo actual" que busca la descentralización como política importante que culminó en la elección popular de alcaldes.

C.- LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala entra a conocer de un asunto en el cual aparecen dos instituciones procesales destinadas al control de la legalidad:

1o.- El examen de los proyectos de ordenanza de acuerdo con el artículo 80 del Decreto extraordinario No. 1222 de 1986 el Tribunal Administrativo decide a pedido del Gobernador respectivo definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ordenanza objetados por él y considerando los motivos de su inconformidad y aquellos que aparezcan al confrontar el proyecto con el orden jurídico superior.

2o. El recurso extraordinario de anulación, mediante el cual el *Ad quem*, tratándose de las sentencias de los Tribunales que no tengan recurso, entra a estudiar la conformidad del fallo de instancia con el derecho, según los precisos cargos que el recurrente presente contra el fallo. Es un estudio sobre la adecuada aplicación del derecho que regula el conflicto

o la expedición y vigencia del acto sometido a semejante examen y, al mismo tiempo, un análisis de puro derecho en el cual las condiciones fácticas que rodearon el caso son las ya probadas y las que hacen parte de los hechos condicionantes de las sanciones y demás consecuencias propiamente normativas. La pertinencia del derecho y su correcta interpretación son los elementos conceptuales que el fallador considerará en este asunto de acuerdo con la institución procesal que, de todas maneras, ha desaparecido de nuestro orden jurídico pero que continúa aplicándose a las situaciones contenciosas ya iniciadas bajo su imperio.

El asunto conocido en esta oportunidad por la Sala no es idéntico a aquellos en que el recurso de anulación se promueve por los particulares en un proceso en el cual se busque la efectividad y ejecución de los derechos individuales reconocidos por la ley o por los actos administrativos, y que han sido vulnerados por la actuación del Estado. El contenido de este trámite se asemeja más a los fines de las acciones de nulidad donde el orden jurídico que protege y garantiza el sistema de derechos y libertades es el elemento a preservar con el antedicho mecanismo procesal. La diferencia consiste en que aquí el control de la legalidad es *previo al acto* y no posterior a él, como ocurre en la situación clásica del contencioso objetivo.

Al lado de lo anterior es importante considerar que el artículo 80 de Decreto 1222 de 1986 ordena a esta jurisdicción: *decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos*, que después de pasar por el examen han de ser sancionados con el mismo y exacto texto que estudió el juez administrativo. La frase normativa: "el proyecto pasará al Tribunal Administrativo del Departamento para que decida definitivamente sobre su exequibilidad", con observancia de un proceso donde pueden intervenir el Ministerio Público, las autoridades en general y cualquier persona, indica que:

1o.- La sentencia definitiva tiene efectos *erga omnes*.

2o.- El texto examinado debe ser confrontado con el orden jurídico superior sin que el juez administrativo esté limitado por el marco de las objeciones del Gobernador, porque en tal caso su decisión no podría ser *definitiva en cuanto a su exequibilidad*, es decir, su conformidad con la constitución y la ley.

3o.- La sentencia no puede ser, en ningún caso, inhibitoria porque la competencia de esta jurisdicción se adquiere por el solo envío que el Gobernador hace del proyecto al Tribunal, que decidirá *definitivamente* sobre su exequibilidad. No existen en este trámite procesal, los presupuestos y demás exigencias formales de las acciones contenciosas ordinarias.

4o.- La ordenanza; una vez sancionada, solo puede ser acusada por motivos distintos a los analizados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir que se producirían, con motivo de la revisión del proyecto, efectos relativos de cosa juzgada, porque sería materialmente imposible que la jurisdicción agotara el estudio frente a todo el universo jurídico. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha interpretado los efectos de sus fallos de inexequibilidad.

Las características del trámite del examen de los proyectos se transmiten necesariamente al estudio del recurso de anulación, porque al observar la correcta aplicación del derecho por la sentencia y las contradicciones con el orden superior que el recurrente le imputa al fallo, es apenas lógico que el Consejo de Estado deba apreciar el derecho que regula el caso en su integridad y no con las restricciones propias del recurso de anulación interpuesto, por ejemplo en los casos en que solo se discuta el interés individual lesionado por el acto administrativo o la acción material del gobernante. La obligación del juez administrativo es la de decidir *definitivamente* sobre el proyecto. Esta exigente condición del citado artículo 80 del Decreto extraordinario 1222 de 1986 no se cumpliría si el consejo estuviera limitado por el marco que le fijarían los cargos del recurso.

1.- El estudio de la validez de los proyectos de ordenanza

La Sala estima que las apreciaciones del ciudadano que impugnó el recurso tienen asidero en la ley y están planteadas dentro de la lógica jurídica apropiada para atacar la solicitud extraordinaria de anulación de la sentencia. Este fallo es acertado, además, en cuanto interpreta la decisión del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 1982 porque es verdad que el Decreto 998 de 1953 es una disposición de naturaleza legislativa que adquirió vigencia permanente por virtud de la Ley 141 de 1961. De tal manera que los decretos reglamentarios dictados posteriormente y que autorizaron a los municipios para contratar la construcción y explotación de casinos y autorizar su funcionamiento como parte de la política de promoción turística y el Decreto de igual categoría No. 1742 de 1977, "por el cual se autoriza a la Corporación Nacional de Turismo para la explotación de sendos casinos, en Cartagena, Santa Marta y Cali" no tenían la capacidad de modificar contenido del Decreto 998 de 1953.

Es claro, sin embargo, que la Reforma de 1968 si bien afectó la repartición de las competencias entre los concejos y los alcaldes y, además, entre las asambleas y los gobernadores, dejando en el resorte de los cuerpos colegiados la facultad de disponer y autorizar las contrataciones por parte de los ejecutivos departamentales y municipales, nada dijo, como es obvio, sobre la materia misma del Decreto 998 de 1953.

No estima la Sala sustentados los cargos contra la Sentencia ni comparte, por lo dicho, el concepto de su colaborador fiscal. Pero estas anotaciones y en general los planteamientos hechos en este debate hasta ahora, no pueden ser suficientes para resolver el caso presente porque debido a la obligación de la jurisdicción administrativa de confrontar integralmente el proyecto con el orden superior para ejercer el control de la legalidad del mismo y de la sentencia del Tribunal que lo halló ajustado a derecho, y pronunciarse, en consecuencia y definitivamente, sobre la exequibilidad que pide el Gobernador del Atlántico, la Sala encuentra que al momento de resolver el recurso extraordinario de anulación existen otras normas legales que deben aplicarse necesariamente.

2.- El examen de la constitucionalidad y legalidad de la sentencia a la luz del derecho actualmente vigente

Todas las consideraciones hechas acerca de la correcta aplicación del derecho por la Sentencia del Tribunal del Atlántico resultan ahora superadas debido a la expedición de la Ley 10 de 1990 que está vigente (Cfr. Diario Oficial No. 39.137 del 10 de enero de 1990) y que, por lo tanto, produciría sus efectos frente a la futura ordenanza que, de todas maneras, nacería en momentos en que la Ley 10 rige plenamente.

El artículo 42 de la antedicha Ley 10 de 1990 dispone:

"Arbitrio rentístico de la Nación.- Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes".

Con el fin de implementar este privilegio oficial, el artículo 43 de la ley autoriza la "constitución y organización de una sociedad de capital público, de la cual serán socios la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley".

Los casinos son establecimientos, para la ley, la jurisprudencia y el lenguaje corriente, en los cuales las personas practican juegos de suerte y azar permitidos. El impuesto municipal de que habla el artículo 225 del Decreto extraordinario 1333 de 1986 le da ese sentido cuando los coloca como sujetos pasivos de ese gravamen que precisan los artículos 227 y 228 del mismo decreto.

Vale la pena anotar que en este caso no se examina una sentencia pronunciada sobre un acto administrativo ya emanado de la autoridad y que resulta derogado por la norma superior expedida con posterioridad a su

nacimiento, ni se trata de mirar ese acto terminado y proferido con relación a la legislación bajo cuyo imperio apareció en la vida jurídica, lo cual conduciría a un fallo sobre su nulidad. En el asunto sub examine, la jurisdicción debe pronunciarse definitivamente acerca de un proyecto de ordenanza, es decir, sobre una materia jurídica que aún no ha adquirido la naturaleza del acto administrativo y que debido a ello no recibe aún una tacha de nulidad. La actuación previa del juez administrativo, en esta modalidad del control de la legalidad, busca evitar, precisamente, que sea expedido un acto virtualmente nulo, porque va a contradecir el régimen que gobierna formal, orgánica y materialmente su contenido.

Por ello el proyecto de ordenanza sobre el cual recae la sentencia encuentra un tropiezo insalvable en su trámite: una ley que reserva a la Nación la explotación de los juegos de azar propios del casino y excluye la participación en esa actividad, como promoción turística o como arbitrio rentístico, de los departamentos y municipios por sí mismos y automáticamente. La posibilidad que ellos tienen de compartir los beneficios monopolísticos se reducen a ingresar como socios en la sociedad de capital público cuyo objeto es la explotación y administración del negocio de los juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes.

Las normas anteriores como las leyes 48 de 1943 y 51 de 1944 y los decretos legislativos y reglamentarios ya citados repetidamente, concibieron la construcción, explotación y administración de casinos como parte de una política de promoción de la industria turística más no exclusivamente como una actividad económica de los Departamentos y Municipios que les suministrara rentas importantes para sus gastos y programas. La Ley 10 de 1990 cambió el sentido de esa actividad y la convirtió en un *arbitrio rentístico* para que con apoyo en el artículo 31 de la Constitución pasara a manos de una sociedad de capital público y la explotara con el fin de suministrar con sus utilidades recursos a distribuir así: "40% para los servicios locales de la salud, 40% para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el 20% para Coldeportes".

Resulta, pues, a todas luces contraria al nuevo régimen de la ley 10 de 1990 la autorización que el proyecto de ordenanza No. 39 de la Asamblea del Atlántico pretende conferir al Gobernador para "contratar con particulares la explotación de un centro turístico con su casino, en inmuebles que no sean de propiedad del Departamento.." y, por supuesto, el resto de disposiciones que parten del propósito de las habilitaciones al Ejecutivo seccional.

Estos razonamientos conducen a la Sala a establecer definitivamente que frente a los artículos 42 y 43 de la ley 10 de 1990, el proyecto de ordenanza No. 39 de 1986 es inexequible y, por lo tanto, la sentencia del Tribunal habrá de anularse.

En mérito de lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA:

FALLA:

1o.- Anúlase la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico del 18 de diciembre de 1987 dictada en este negocio.

2o.- Declárase inexecutable el proyecto de ordenanza No. 39 " Por la cual se autoriza al Gobernador para contratar la explotación de un centro de turismo con su casino", de la Asamblea Departamental del Atlántico.

3o.- En firme esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que el anterior proyecto fue debatido y aprobado por la Sección Primera en su sección del día 9 de agosto de 1990.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sección; Pablo J. Cáceres Corrales; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta;

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MONOPOLIO SERVICIO PUBLICO DE INCINERACION

Aceptando que el servicio de incineración de cadáveres humanos se trata de un servicio público que, obedece a consideraciones de utilidad pública e interés social y de salubridad, no puede colegirse de ello que, excepcionalmente puedan constituirse monopolios con dicho fin.

SE CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 2o. y sus dos parágrafos, del Acuerdo número 16 de 25 de noviembre de 1976 emanado del Consejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expediente N°. 1332; ASUNTOS MUNICIPALES; Actor: Javier Serna Barbosa

Entra a conocer la Sala, con el fin de decidirlo, el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia de fecha 29 de junio de 1989 proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

LA ACCION

El ciudadano Javier Serna Barbosa, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del artículo 2o. del Acuerdo 16 de 1976 y del parágrafo 2o. del mismo artículo, cuyos textos rezan:

"Artículo 2o. La Administración Pública Distrital de Bogotá será la única autorizada para prestar el servicio de incineración de cadáveres humanos previo el lleno de los requisitos enumerados en este Acuerdo.

"Parágrafo 2o. La Administración Pública Distrital de Bogotá no podrá ceder la prestación de este servicio a otras personas naturales o jurídicas, a ningún título o comisión."

Señala el actor como normas violadas los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Constitución Nacional; la Ley 9a. de 1979 artículo 532, literal f) y la Resolución Ministerial No. 7731 de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en providencia fechada el veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve, falló declarando la nulidad "Del artículo 2o. y sus dos párrafos, del Acuerdo No. 16 de 25 de noviembre de 1976 emanado del Concejo del Distrito Especial de Bogotá".

El Tribunal, inicia sus consideraciones con el análisis de las normas constitucionales señaladas como violadas por el actor. Al comparar el acto acusado con el artículo 30 de la Carta, concluye diciendo que "el cargo en estudio aparece harto confuso, pues no se sabe a ciencia cierta que dominio han podido ejercer terceras personas respecto a la actividad de cremación de cadáveres humanos, que hubiera podido ser vulnerado por la decisión contenida en el acto demandado. No se aprecia por lo tanto infracción del texto constitucional en estudio y por ende éste (sic) primer cargo no prospera". En el artículo 30 de la Constitución, "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

En seguimiento del análisis propuesto, el a-quo hace algunas consideraciones en torno al artículo 31 cuyo texto reza:

"Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

"Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación".

Queriendo establecer si la exclusividad en cuanto al servicio de incineración de cadáveres humanos tiene el carácter de un monopolio, el a quo cita la definición que de tal figura hace un conocido tratadista para concluir con él que, donde quiera que se encomiende la prestación de un servicio a una determinada persona, natural o jurídica, con exclusión de todas las demás, se estará en presencia de un monopolio. Considera igualmente el Tribunal de primera instancia que, al tenor del canon constitucional transcrito, un monopolio solo puede ser establecido por la ley y con exclusiva finalidad de arbitrio rentístico, afirmación que sustenta con una sentencia del Consejo de Estado. Como esta ley no existe, deduce el Tribunal, "es palmaria la infracción del artículo 31 de la Constitución Nacional por parte del acto acusado".

LA APELACION

La decisión anterior, fué apelada por el representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, quien en la fundamentación de la alzada sostiene que "como se aprecia, el sistema de incineración de cadáveres humanos en el Distrito Especial de Bogotá, se estableció por razones de utilidad pública e interés social y de salubridad pública es, como un servicio público, siendo claro su interés general, de ahí que nos extraña la decisión tomada por el a quo al sostener que al darle la exclusividad de la prestación de este servicio al Distrito Especial de Bogotá, se estaba creando un monopolio (sic), ya que como vemos una de las características que diferencia el servicio público del monopolio fiscal es el interés general".

Disiente también la recurrente de la declaración de nulidad "del párrafo 1o. del artículo 2o. del Acuerdo 16 de 1976, toda vez que se trata de una providencia extra petita, como quiera (sic) que el actor únicamente había solicitado la nulidad del artículo 2o. y párrafo 2o., por lo que el fallo se produjo fuera de lo pedido". El solicitante pretende que se revoque la sentencia apelada.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Fiscal Primero de la Corporación, al asumir el conocimiento del negocio, para lo de su cargo, afirma que el contenido del artículo 31 de la Constitución Política es muy claro cuando determina que "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley", subraya la Fiscalía. Dice también que, no poniendo en duda que la incineración de cadáveres humanos es un servicio público, al estarse prestando en la actualidad en forma exclusiva por el Distrito Especial de Bogotá, *"existe monopolio en esta actividad y a cargo del Distrito Especial de Bogotá sin que exista ley que así lo determina en forma expresa y directa"*, tal como lo exige en forma preclara (sic) el artículo 31 de nuestra Constitución Nacional". Solicita, por tanto, se desatiendan las pretensiones del apelante.

Para decidir, LA SALA CONSIDERA

Con firme y nítido fundamento en la Constitución Nacional, el Tribunal de primera instancia ha dejado en claro las tres principales situaciones que el acuerdo demandado contiene y que hacen obvia su declaración de nulidad.

1.- La primera de ellas, la constituye la exclusividad que se confiere a la Administración Pública Distrital de Bogotá para prestar el servicio de incineración de cadáveres humanos; es decir, privó a todas las demás personas de la posibilidad de prestar ese servicio. Esto es, lo monopolizó.

2.- La segunda es defectiva. No tiene fundamento dicha exclusividad o monopolio en una ley. Así lo exige la Constitución en el inciso segundo del artículo transcrito al determinar que no podrá establecerse un monopolio sino en virtud de ley.

3.- La tercera es de igual cariz. Dice el mismo inciso que el monopolio debe tener el carácter de arbitrio rentístico.

La disposición analizada establece un monopolio que carece de estas dos condiciones. No existe ley que lo autorice; el servicio se presta, además, gratuitamente.

No logra la recurrente desvirtuar la calidad de "monopolio" establecido con la medida. Más bien, lo acepta tácitamente al partir de la dicotomía que quiere diferenciar al hablar de "servicio público" y "monopolio fiscal" y no de "servicio público" y "monopolio" simplemente. Aceptando, naturalmente, que se trata de un servicio público que, como bien lo dice el Colaborador Fiscal, obedece a consideraciones de utilidad pública e interés social y de salubridad, no puede colegirse de ello que, excepcionalmente, puedan constituirse monopolios con dicho fin. La norma constitucional resulta indefectiblemente violada.

En cuanto a la declaración de la nulidad del párrafo 1o. del Acuerdo 16 de 1976 que dispone que "El servicio de incineración será gratuito", considera la Sala que de ninguna utilidad sería dejar en vigencia un párrafo cuya razón estaba en la norma anulada. Debe tenerse en cuenta que no se trata de un artículo diferente del Acuerdo sino de un párrafo del artículo cuya nulidad se pide; vale decir, de un párrafo, de una división del mismo artículo si hemos de apelar a su significación semántica. Y es apenas lógico que se haga la nulidad in solidum de toda la norma sin que por ello se incurra en el juzgamiento ultra petita de que habla el apelante, figura que se tipificaría si, de acuerdo a la más pura hermenéutica jurídica, en la sentencia se hubiera declarado más derecho que el pedido, resultado que no tiene cabida en el caso *sub iuris*.

Expuestos estos criterios, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 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 de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 29 de junio de 1989, en acción de nulidad propuesta por el ciudadano Javier Serna Barbosa.

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

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 9 de agosto de 1990.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*;

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RECURSO DE REVISION- Requisitos

El señalamiento del ente demandado, la precisión en el concepto de desacato legal, así como la indicación precisa de la causal en que se funda el respectivo escrito que será acompañado " de los documentos necesarios" constituye el conjunto de requisitos sin los cuales el recurso no es susceptible de admisión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N°. 1502. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. Actor: Helena Herrán de Montoya (Gobernadora del Departamento de Antioquia).

En escrito de 29 de junio de 1990, la señora Gobernadora del Departamento de Antioquia, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 80 del Decreto 1222 de 1986, ha formulado recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de once de mayo de mil novecientos noventa, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, por cuyo efecto se declaró exequible el proyecto de ordenanza objetado por la Gobernadora del Departamento "por medio del cual se reforma parcialmente la estructura administrativa de la Contraloría General del Departamento de Antioquia".

En relación con las condiciones de admisibilidad del recurso ejercitado,

SE CONSIDERA :

Cuando se trata de indagar en torno a la naturaleza de este especial medio de impugnación con la específica calificación de extraordinario, es imprescindible advertir, como premisa esencial de consideración, que el acto jurisdiccional sobre el cual el recurso gravita como *thema decidendum*, conlleva una presunción de verdad deducida, "*res judicata pro veritate habetur*" preconizaba el *jus respondendi* romano, para significar, entre otros efectos, que es la sentencia del acto concluyente que enlaza la hipótesis enjuiciable o cuestionada con la hipótesis abstracta de la ley, en una especie de plumbatura fija, cierta, definitiva, decisoria.

Empero, de grosera y presuntuosa posición sería descartar la falibilidad del hombre o colegio que juzga al decidir en este tipo de providencia un conflicto inter- partes con el sólo instrumento de un razonado probabilismo que sirve de arquitrabe a su final decisión. Ello, la susceptibilidad de equivocarse, es génesis de los recursos que el ordenamiento jurídico-positivo concede al administrado para insurgir contra la providencia que infiere desmedro a su derecho subjetivo, público o privado. Pero, a su vez, el régimen de recursos no es ilímite, so pena de sujetar la relación jurídica requerida de definición a un vaivén de permanente debate.

Se comprende por modo, que el instrumento que la misma ley califica como extraordinario, como lo es el recurso de revisión en el caso *sub-examine* intentado, dirigido a despintar la fuerza de cosa juzgada de una sentencia, ha de comportar un carácter excepcionalísimo, no sólo en su procedencia causal, como en el condicionamiento virtual prescrito por la norma para su admisión, bien distinto al amplio espectro de interpretación de la demanda.

El señalamiento del ente demandado, la precisión en el concepto de desacato legal, así como la indicación precisa de la causal en que se funda el respectivo escrito que será acompañado " de los documentos necesarios" constituye el conjunto de requisitos sin los cuales el recurso no es susceptible de admisión.

En el caso sub estudio, no solo no se ha indicado el ente demandado, como así lo prescribe el artículo 137, como tampoco al escrito de interposición del recurso se acompañaron tanto las objeciones formuladas por la señora Gobernadora al proyecto de Ordenanza "por medio de la cual se reforma parcialmente la estructura administrativa de la Contraloría General del Departamento de Antioquia", como el proyecto mismo referido, como documentos necesarios y esenciales, diferentes a las piezas probanzaes que se enuncian y solicitan en el capítulo probatorio, y se advierte que aquél, el memorial de objeciones, como éste, el proyecto de Ordenanza, no constituyen en sí, a juicio de esta Sala, elementos demostratorios de las situaciones en las cuales se pretenden fundar las causas que se indican, nulidad de la sentencia

y recobro de piezas decisivas después de dictada ésta con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente. Y en la intelección que precede equivocado sería acudir a la corrección de la respectiva demanda como instrumento de subsanación de los requisitos permitidos o inobservados por cuanto ello repugnaría al carácter restrictivo, extraordinario, formulista y restringido del recurso.

La Sala, en el preanotado sentido, hace suya la interpretación contenida en auto de 28 de septiembre de 1988 de la Corte Suprema de Justicia:

"En desarrollo de las características del recurso de revisión, más exactamente de ser extraordinario y formulista, ha sostenido la jurisprudencia que no puede oficiosamente el juzgador integrar el contradictorio cuando la demanda no se dirige contra todas las personas que han debido serlo; ni tampoco puede señalar los defectos formales que presente; para darle curso tan pronto el demandante los subsane; ni dentro del tracto probatorio puede el sentenciador decretar pruebas de oficio". Extractos de jurisprudencia, Tercer Trimestre de 1988, Extracto No. 135, página 119).

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

INADMITIR el recurso extraordinario de revisión presentado por la señora Gobernadora del Departamento de Antioquia, a través de apoderado judicial, contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese.

Rodrigo Vieira Puerta;

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO DE REGISTRO- Improcedencia. MEDIDAS CAUTELARES
Inscripción

Cuando la inscripción de un embargo va dirigida sobre una matrícula que involucre a un bien (unidad física) distinto al indicado en el oficio correspondiente, ya sea porque previamente se englobó con otro o porque se segregó del mismo, no debe proceder el registro de tal medida cautelar toda vez que no está presente el elemento fundamental para este proceso, cual es la plena identificación y determinación del bien objeto de la medida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., diez (10) de agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 212 Actor: Armando Díaz García y Cía., S. EN C.

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado resuelve en el fondo el proceso en referencia, planteado por el socio gestor de la sociedad Armando Díaz García y Cía. S. en C., como su representante legal, a través de apoderado, contra actos administrativos de la Superintendencia de Notariado y Registro y de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá.

I. - EL PETITUM

A folios 24 a 26 del expediente en referencia, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la actora formula estas pretensiones:

1a.) Decretar la nulidad del art. 2o. de la Resolución No. 4407 de 18 de noviembre de 1985, mediante el cual la Superintendencia de Notariado y Registro dispuso: "Corrójase en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539 la inscripción correspondiente al oficio 905 del 25 de mayo de 1984 del juzgado quinto civil del circuito de esta ciudad, en el sentido de especificar, embargo, lote No. 12 integrado lote No. 13"

2a.) Decretar la nulidad de la Resolución No. 02702 de 25 de octubre de 1985, por la cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá no accedió a excluir el embargo dispuesto por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá; de que trata la petición anterior.

3a.) A manera de restablecimiento del derecho y como consecuencia de las pretensiones 1a. y 2a., ordenar la exclusión en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539 de la inscripción correspondiente al embargo mencionado;

4a.) Declarar que la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá está obligada a hacer las inscripciones de los actos correspondientes en el folio matricular inmobiliario No. 050-0744539, respetando el orden de radicación, con las correcciones necesarias; y

5a.) Que se cumpla la sentencia que desate el proceso.

II.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Como HECHOS de la demanda el actor indica los siguientes:

1o.) El predio inscrito al folio de matrícula inmobiliaria 050-0744539 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de propiedad del actor, "fue el resultado del englobe de los lotes Nos. 12 y 13 de la Manzana 'D' de la Urbanización Nicolás de Federmán", conforme a escritura 1559 de 19 de Agosto de 1983 de la Notaría 19 de Bogotá.

2o.) Sobre tal predio se construyó un edificio que fue objeto de reglamento de propiedad horizontal, según la escritura 1559 citada con el nombre "Gaviotas" y para cuyas unidades de vivienda se abrieron las matrículas 050-0744540 a 050-0744582.

3o.) Por oficio de 25 de mayo de 1984, el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá comunicó una orden de embargo a la oficina de Registro sobre el lote 12, de matrícula 050-0744539.

4o.) La Oficina de Registro, "en forma desprevenida" inscribió el embargo en el folio de "matrícula inmobiliaria 050-0744539 perteneciente al predio englobado (lotes 12 y 13) y en cada uno de los folios correspondientes a las unidades particulares de vivienda" del edificio Gaviotas.

5o.) El lote 12, al ser englobado al 13, "perdió su identidad e individualidad física y jurídica, pues entró a formar parte de un bien único, sometido al régimen de propiedad horizontal", Por tanto, la orden de embargo, "como fue decretada y comunicada, no podía ser inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-07444539", ya que la descripción del inmueble que aparecía en este folio, no coincidía con el inmueble objeto de la medida cautelar.

6o.) Por tanto el actor pidió a la oficina de Registro "la exclusión o corrección en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 050-0744539 al 050-0744582", de la mencionada orden de embargo.

7o.) Por la Resolución 02702 del 25 de octubre de 1985, la Oficina de Registro negó el pedimento de "exclusión o corrección" del demandante.

8o.) Contra tal resolución No. 02702 el actor interpuso apelación, que fue resuelta por la Superintendencia de Notariado y registro mediante la Resolución 4407 del 18 de noviembre de 1985.

9o.) Para el actor son muy importantes algunas consideraciones de la parte motiva de esta Resolución 4407, que transcribe el fl. 23 del expediente, porque ellas indicaban que la Superintendencia revocaría la Resolución 02702 en su integridad, pero ello no fue así, ya que sólo excluyó la inscripción del embargo en los fls. 050-0744540 al 050-0744582, dejando vigente la medida en el folio de matrícula (...) 050-0744539, que corresponde "a las zonas comunes del edificio", que pertenecen "en común y proindiviso a cada uno de los propietarios" de las unidades de vivienda.

10o.) En tal forma, aparece inscrito el fl. 050-0744539 el embargo aludido, que "ha impedido la inscripción o registro de otros actos en dicho folio", lo que causa perjuicios a la sociedad actora.

III.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE VIOLACION

Las resoluciones 02702 y 4407, a juicio del actor, están violando de modo ostensible las siguientes normas superiores:

PRIMER CARGO.- Violación del art. 5o. del Decreto 1250 de 1970, por cuanto la matrícula inmobiliaria está definida como un folio destinado a un bien determinado y el inmueble de que trata el oficio de embargo 509 del Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá (lote 12) aunque hace parte del edificio Gaviotas, "ha dejado de ser determinado".

SEGUNDO CARGO.- Violación del art. 31 del Decreto 1250 de 1970, hasta el punto que la resolución 4407 reconoce la violación de dicha norma superior, pero su parte resolutive no está de acuerdo con la motiva, al no excluir del folio matricular 050-0744539 la inscripción del embargo.

TERCER CARGO.- Violación de los art. 49 y 51 del Decreto 1250 de 1970 por cuanto se desconoce que cada matrícula corresponde a una unidad catastral y a esta han de referirse las inscripciones a que haya lugar y además porque al constituirse una propiedad por pisos mantendrán el registro catastral y folio matricular correspondiente al edificio en general, con las anotaciones del caso, para lo relativo a los bienes de uso común.

CUARTO CARGO.- Violación del art. 3o. de la Ley 182 de 1948, porque no se tuvo en cuenta que las zonas comunes de una propiedad horizontal se reputan del dominio inalienable e indivisible de todos los propietarios del inmueble y por ende tales bienes comunes no pueden ser objeto de medidas cautelares pues con ello se desconocerían los derechos de otros copropietarios.

QUINTO CARGO.- Violación del art. 4o. de la Ley 182 de 1948, porque al mantener la orden de embargo sobre un bien común, se desconoce que tal bien es inseparable del dominio, uso y goce de cada uno de los departamentos que forman el conjunto habitacional por pisos; además, al mantenerse el embargo se viola la norma legal en cuanto prohíbe el embargo sobre los bienes comunes, independientes o separadamente del piso o departamento que acceden.

Por reputarla ajustada a los requisitos que de mera forma la ley exige, la demanda fue admitida por auto visible al fl. 36, que ordenó darle el trámite que exige el Código de la materia a los procesos ordinarios, en el cual trámite se destacan las siguientes actuaciones procedimentales:

IV.-RAZONES DE LA DEFENSA

Como parte demandada, la Superintendencia de Notariado y Registro contestó la demanda en la forma expresada a folios 40 a 43. A folios 206 a 208 aparece el alegato de conclusión de la Superintendencia demandada, en donde reitera su solicitud expuesta en el memorial de contestación de la demanda, de declarar probada la EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. Subsidiariamente pide despachar negativamente todas las súplicas de la demanda.

Son de destacar los siguientes apartes del alegato de conclusión de la opositora:

"...aunque aparentemente el actor impugna las resoluciones por una presunta violación de algunas disposiciones del Decreto Ley 1250 de 1970 y de la Ley 182 de 1948, en el fondo ataca es el acto mismo de la inscripción de la medida cautelar, que obviamente se había efectuado con anterioridad a la expedición de las providencias que se impugnan, pero sin que el petitum (sic) se solicite la nulidad de dicha inscripción, única forma de obtener el restablecimiento del derecho ordenado la exclusión del registro. En resumen, el razonamiento del actor está encaminado a atacar el registro pero no la corrección que de él se ordena en la Resolución de la Superintendencia. En estas condiciones no se desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el artículo segundo de la resolución 4407 de 1985. De otra parte, la resolución impugnada no ordenó la exclusión solicitada por el recurrente, porque tuvo en cuenta que el error cometido por la oficina de registro al inscribir el embargo en el folio de matrícula 050-0744539 se corregía con la aclaración dispuesta en el artículo segundo, acogiendo literalmente los términos del oficio 905 de 1985 (de embargo). Al proceder de esa manera la Superintendencia ejerció la facultad que le confiere el artículo 35 del decreto 1250 de 1970, corrigiendo un error cometido al realizar una inscripción. Por consiguiente no violó las normas...En cuanto a los artículos 3o. y 4o. de la Ley 182, es preciso anotar que si bien es cierto el folio de matrícula 050-0744539 corresponde a los bienes comunes del edificio, de existir la violación de dichas normas, no fue la Superintendencia sino el Juzgado el que ordenó inscribir el embargo en dicha matrícula" (Cfr.; fls. 206-208).

V.- ALEGATO DE LA ACTORA

A folios 209 y 210 obra el alegato de conclusión de la actora, en donde sintetiza lo que respecto de las transgresiones de disposiciones de índole superior expresó en su libelo de demanda, al cual se remite.

VI. - EL CONCEPTO FISCAL

El concepto de fondo del Fiscal Primero de la Corporación aparece a folios 261 a 265 y allí el colaborador del Ministerio Público solicita se despachen de manera favorable al actor las pretensiones de su demanda y le sea restablecido su derecho. En síntesis, el Fiscal Primero de la Corporación expresa:

Originariamente un inmueble que aparecía en el registro como lote No. 12 de la manzana D de la Urbanización N. de Federmán, que fue objeto de englobe con el lote 13 de la misma manzana y que continuó identificándose con la matrícula inmobiliaria No. 050-0744539, como consecuencia de la construcción del edificio Gaviotas sobre dichos lotes 12 y 13, sometido al régimen de propiedad horizontal, dio lugar a la apertura de los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 050-0744540 al 050-0744582 y necesariamente debe tener "un tratamiento particular para efectos de registrar una medida cautelar respecto del mismo, según las circunstancias básicamente de modo y de tiempo que rodeen el decreto de la medida, la solicitud del registro de la misma, etc."

Cuando llegó a registro el oficio de embargo 905 del Juzgado 5o. Civil del Circuito referente al lote 12, con folio matricular 050-0744539, "en ese momento ese inmueble ya no existía como uno independiente y determinado sino que había sido englobado con el lote No. 13 (...) incluso conservándosele el mismo número de matrícula inmobiliaria. En este punto entonces surgía la disyuntiva de cómo se debía proceder respecto del Registro. Inicialmente se resolvió equivocadamente, que debía registrarse el embargo incluso afectando las matrículas que se abrieron a los inmuebles que se construyeron sobre los citados lotes, como en efecto se hizo; posteriormente, y como consecuencia de los recursos que en vía gubernativa el actor instauró, la Administración resolvió excluir la inscripción del embargo en los folios de los inmuebles construidos sobre los lotes 12 y 13, pero conservó la medida respecto de la matrícula inmobiliaria que identifica el englobamiento de estos últimos, pero haciendo la claridad que el embargo se entiende respecto del lote No. 12. Surge en este punto la inquietud básica del actor y del proceso: es viable jurídicamente a la luz de las normas que regulan el régimen de Registro, inscribir un embargo sobre bienes que al momento de decretarse dicha medida ya son zonas comunes de una propiedad horizontal en virtud de un englobamiento?.

Ante este interrogante el mismo Fiscal Primero se contesta apoyándose en la parte motiva de la Resolución 4407, como lo hace también la actora, y transcribe lo siguiente de aquella: "... la medida hacía alusión al mismo tiempo, a una unidad física y a una unidad registral diferente . (...) al procederse a registrar la medida... se transfirió a los pisos o departamentos, bienes inmuebles principales, una medida cautelar que afectaba el suelo, integrante desde el año 1983 de las zonas comunes, bienes accesorios ..." (Destaca el Fiscal).

Continúa el Fiscal diciendo que no obstante las anteriores aseveraciones "claras y acertadas", de nuevo la Superintendencia se equivocó al mantener impropriamente registrado "el embargo respecto del lote No. 12, que ya en ese momento había pasado a formar parte de una unidad registral distinta a la que tenía desde su englobamiento con el lote No. 13, incluso a pesar de

conservar el mismo número de matrícula inmobiliaria". Y agrega: Y es que a la luz de la normatividad vigente, en particular a lo consagrado en los artículos 5o. y 49 del Decreto-Ley 1250 de 1970, la matrícula inmobiliaria corresponde a un inmueble determinado y sólo a él, y a dicha matrícula, y solo a ella, se pueden referir las inscripciones a que haya lugar". De esto concluye, contrario sensu, que "cuando la inscripción de un embargo va dirigida sobre una matrícula que involucra a un bien (unidad física) distinto al indicado en el oficio correspondiente, ya sea porque previamente se englobó con otro o porque se segregó del mismo, no debe proceder el registro de tal medida cautelar toda vez que no está presente el elemento fundamental para este proceso, cual es la plena identificación y determinación del bien objeto de la medida". Seguidamente afirma que esta es la justa interpretación que se ha venido aplicando respecto de las normas comentadas y que además ha movido a sostener por la misma Superintendencia que "Si la medida cautelar determina un inmueble que ha sido objeto de englobamiento o segregación, su registro no es procedente", tal como se expresa en la publicación VIII Foro Nacional de Notariado y Registro, Cartagena, Mayo de 1986, p.88.

Dados los planteamientos anotados, el Fiscal Primero concluye su vista de fondo expresando que con el acto acusado la Superintendencia de Notariado y Registro ha violado los arts. 5o., 31,49 y 51 del Decreto 1250/70 "por haber mantenido el registro del embargo sobre el inmueble (... de matrícula inmobiliaria) 050-0744539 especificando la medida respecto al lote No. 12 cuando en realidad dicha matrícula correspondía a un inmueble específico, particular y determinado integrado por la suma del lote No. 12 más el lote No. 13. Y es que además (...) desde el punto de vista puramente práctico resultaría absurdo e injusto mantener la decisión plasmada en los actos demandados ya que la medida cautelar así registrada permitiría que a los propietarios de los apartamentos que integran el edificio LAS GAVIOTAS se les puede rematar parte del lote sobre el cual se encuentra construido su edificio, lote que a estas alturas constituye un bien de uso común de la citada propiedad horizontal".

Se anota que el colaborador del Ministerio Público no aborda en su concepto de fondo lo alegado por la Superintendencia sobre la excepción de ineptitud de la demanda.

VII. - CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Para resolver el asunto sometido a esta Corporación mediante el proceso de la referencia, la Sala considera necesario analizar sucesivamente a los aspectos probatorios, a la excepción planteada por la entidad demandada, a la legalidad de los actos acusados y al restablecimiento del derecho solicitado.

A. - Lo probado dentro del proceso.

Para la Sala se encuentran legalmente probados los siguientes hechos, que constituyen base de la demanda instaurada y elementos fundamentales para la decisión:

1.- Que el predio inscrito al folio de matrícula inmobiliaria 050-0744539, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, fue el resultado del englobe de los lotes Nos. 12 y 13 de la Manzana 'D' de la Urbanización Nicolás de Federmán (considerando 3.1. de la Resolución No. 02702 y considerando 1.2. de la Resolución No. 4407).

2.- Que sobre dicho predio englobado se construyó un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, para cuyas unidades de vivienda la Oficina de Registro abrió las matrículas 050-0744540 a 50-0744582 y el reglamento de propiedad horizontal se inscribió en el folio 050-0744539 (considerando 3.2. de la Resolución No. 02702 y considerando 1.3. de la Resolución No. 4407).

3.- Que el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá, mediante oficio No. 905 de fecha 25 de mayo de 1984, comunicó a la Oficina de Registro una orden de embargo sobre el lote No. 12, de matrícula 050-0744539 (considerando 4 de la Resolución No. 02702 y folio 117 del expediente).

4.- Que la Oficina de Registro inscribió la citada orden de embargo en el folio de matrícula inmobiliaria 050-493064, que correspondía al antiguo lote No. 12, en el folio 050-0744539, perteneciente al predio englobado, lo mismo que en los folios 050-0744540 a 050-0744582, correspondientes estos últimos a las unidades de vivienda del edificio Gaviotas (considerando 4.2 de la Resolución 02702 y considerando 1.4. de la Resolución No. 4407).

5.- Que el señor Armando Díaz García, en nombre propio y como representante legal de la sociedad Armando Díaz García y Cía. S. en C. solicitó a la Oficina de Registro la exclusión o corrección de la citada orden de embargo, en los folios Nos. 050-0744539 al 050-0744582 (considerando 1. de la Resolución 02702 y considerando 2.0. de la Resolución No. 4407).

6.- Que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá decidió la petición anterior negando la exclusión o corrección solicitada, mediante la Resolución No. 02702 del 25 de octubre de 1985 (fls. 4 a 12).

7.- Que previa interposición del recurso de apelación por parte de la sociedad peticionaria, el Superintendente de Notariado y Registro, mediante Resolución No. 4407 del 18 de noviembre de 1985, excluyó la inscripción del embargo de los folios 050-0744540 al 050-0744582, dejándola vigente en el folio 050-0744539 es decir, en el que corresponde al predio englobado (fls. 13 al 17).

B. -La excepción de inepta demanda por acumulación indebida de pretensiones.

Como medio de defensa, la entidad demandada propone esta excepción, que por su naturaleza y por buscar el pronunciamiento de un fallo inhibitorio, deberá ser estudiada previamente para establecer si procede el análisis sobre el fondo del asunto.

Fundamenta la demanda esta excepción en los siguientes argumentos:

1o.) Que la petición consistente en que se ordene la exclusión de la inscripción del embargo en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539 no es una consecuencia directa de la nulidad propuesta sobre los actos administrativos demandados.

2o.) Que el actor no ha solicitado la nulidad de la inscripción, sino la del acto administrativo por el cual se ordena corregirla y la del que negó la exclusión del mismo.

3o.) Que el Consejo de Estado no puede ordenar a la Oficina de Registro la exclusión de un registro, sin que previamente se le hubiere pedido su nulidad y la hubiere declarado, ya que de prosperar las peticiones de nulidad de los actos demandados, la consecuencia necesaria es la firmeza de la inscripción tal como fue hecha originalmente.

4o.) Que la pretensión consiste en que se declare que la Oficina de Registro está obligada a efectuar las inscripciones en el folio de matrícula No. 050-0744539, de los actos presentados siguiendo con todo rigor el orden de radicación de los distintos títulos o documentos, viola la facultad que tiene dicha Oficina de calificar los documentos objeto de inscripción, para proceder a su registro o negarlo.

(....) No considera la Sala que la excepción propuesta esté llamada a prosperar, por las siguientes razones elementales:

1a.- De conformidad con el art. 85 del Decreto 01 de 1984, vigente al momento de presentar la demanda, por su naturaleza la acción de restablecimiento del derecho permite acumular las peticiones de nulidad del acto o actos administrativos demandados con las necesarias para el restablecimiento del derecho violado. A su vez, de acuerdo con el art. 138 del C.C.A., "cuando se pretendan condenas o declaraciones diferentes de la simple nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda".

Frente a las amplias posibilidades de acumulación de pretensiones que resultan de las normas citadas, las únicas limitaciones que podrían plantearse

en esta materia serían las que resultan del art. 82 del C. de P.C., que precisa las pretensiones que puedan acumularse en una misma demanda, a saber: que el juez sea competente para conocer de todas; que no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Para la Sala no hay duda de que las pretensiones contenidas en la demanda encajan dentro de las previsiones contenidas en las normas citadas, por lo cual no considera que se presente una indebida acumulación.

2a. - La demanda olvida que al tenor del art. 170 del C.C.A., "para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso-administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas". De tal manera que no es cierto que el Consejo de Estado no pueda ordenar a la Oficina de Registro la exclusión de registro u otra medida que sea necesaria para restablecer un derecho violado por un acto declarado ilegal en ejercicio precisamente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3a.- Si se llegare a declarar la nulidad de los actos demandados y dicha declaratoria de nulidad estuviere relacionada con la forma ilegal en que se pronunció la administración respecto del registro, no es necesariamente cierto que dicho registro no sea afectado por la decisión de nulidad y, como quedó dicho en el punto anterior, no pueda ser objeto de disposiciones nuevas o de reformas por parte de la jurisdicción.

4a. - Que una de las pretensiones, como la de declarar que la Oficina de Registro esté obligada a efectuar las inscripciones en el folio que es objeto de controversia en la forma pedida en la demanda, pueda no ser acogida por el juez, no implica que por esa simple posibilidad se configure una indebida acumulación de pretensiones.

C. - La legalidad de los actos acusados.

Para la solución de fondo del litigio, la Sala considera que existe razón al demandante y para ello acoge en buena parte las apreciaciones de su colaborador fiscal.

En efecto, las normas indicadas por el actor como violadas por los actos administrativos acusados establecen lo siguiente:

El art. 5o. del Decreto 1250 de 1979 precisa que "matrícula es un folio destinado a un bien *determinado*..." (subraya la Sala).

A su vez, el art. 31, *ibídem*, establece que "para la inscripción de autos de embargo,... la medida judicial individualizará los bienes y las personas, de modo de facilitar el registro y evitar toda confusión".

Por su parte, el art. 49 del mismo decreto manifiesta que "cada folio de matrícula inmobiliaria corresponderá a una unidad catastral y a ella se referirán las inscripciones a que haya lugar". Y el art. 51 ordena que "al constituirse una propiedad por pisos o departamentos o propiedad horizontal, se mantendrán el registro catastral y el folio de matrícula correspondiente al edificio en general, con las debidas anotaciones, para los bienes de uso común; ...".

Además, el art. 3o. de la Ley 182 de 1948 identifica los bienes comunes en el régimen llamado de propiedad horizontal entre los cuales cita expresamente el terreno, y les da el carácter de inalienables e indivisibles a favor de todos los propietarios del inmueble.

Finalmente, el art. 4o. de la misma Ley 182 de 1948 es aún más claro en el sentido de que "los derechos de cada propietario, en los bienes comunes, son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos *y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que acceden*" (subraya la Sala).

Frente al anterior conjunto de normas, para la Sala es claro, como para el agente del Ministerio Público que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá se equivocó inicialmente al registrar el embargo en el folio de matrícula No. 050-0744539 que en ese momento ya no refería al lote No. 12, objeto del embargo, como un inmueble independiente y determinado, ya que dicho folio correspondía al inmueble englobado resultante de los lotes Nos. 12 y 13, lo mismo que al efectuar ese registro en cada uno de los folios correspondientes a las unidades privadas que conforman la propiedad horizontal.

Pero además, es evidente también que la Oficina de Registro continuó con la equivocación al excluir el registro del embargo de los folios correspondientes a las unidades privadas pero manteniéndolo respecto del folio correspondiente a los bienes comunes, cuando el embargo solo se refería al lote No. 12 que ya no existía como inmueble autónomo y determinado.

De tal manera que, como lo manifiesta el concepto fiscal, "cuando la inscripción de un embargo va dirigida sobre una matrícula que involucre a un bien (unidad física) distinto al indicado en el oficio correspondiente, ya sea porque previamente se englobó con otro o porque se segregó del mismo, no debe proceder el registro de tal medida cautelar toda vez que no está presente el elemento fundamental para este proceso, cual es la plena identificación y determinación del bien de la medida".

Además, como también lo hace notar el colaborador fiscal, esta interpretación ha sido expuesta en uno de los documentos analizados en el VIII Foro Nacional del Notariado y Registro, organizado por la

Superintendencia (Cartagena mayo 7 al 10 de 1986), que aparece publicado en las Memorias de dicho foro bajo el título de "Inscripción de medidas cautelares", en los siguientes términos (pág. 88):

"9. Embargos decretados sobre inmuebles integrados o segregados

"Si la medida cautelar determina un inmueble que ha sido objeto de englobamiento o segregación, su registro no es procedente. Según los artículos 5o. y 49 del estatuto registral, la matrícula inmobiliaria corresponde a un inmueble determinado y a ella se refieren las inscripciones a que haya lugar. El registro, en tal caso, no puede efectuarse en las matrículas abiertas con fundamento en el citado inmueble, porque la medida no se refiere a ellas.

"Las notas de referencia previstas en el artículo 51 ibídem, no facultan para llevar a cabo inscripciones en las matrículas resultantes (artículo 31 Decreto-Ley 1250 de 1970)".

En consecuencia, la Sala procederá a anular la Resolución No. 02702 de febrero 25 de 1985 y el artículo 2o. de la Resolución No. 4407 de 18 de noviembre de 1985.

D.- El restablecimiento del derecho solicitado.

En relación con las pretensiones planteadas en la demanda tendientes al restablecimiento del derecho resultante de la nulidad solicitada, la Sala expresa lo siguiente:

Respecto de la TERCERA pretensión, consiste en ordenar "la exclusión en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, de la inscripción correspondiente al embargo comunicado por el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá",. la Sala decidirá en consecuencia, teniendo en cuenta que, como ya se expresó, el art. 170 del C.C.A. permite a los organismos de lo contencioso administrativo estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, modificarlas o reformarlas, para efectos de restablecer el derecho particular.

En lo referente a la CUARTA pretensión, mediante la cual se busca que el Consejo de Estado declare "que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá está obligada a efectuar las inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539, de los actos presentados, siguiendo y respetando con todo rigor el orden de radicación de los distintos títulos o documentos que hayan llegado a dicha Oficina para tal efecto, haciendo las correcciones que fueren necesarias para ello", la Sala considera que dado el carácter retroactivo de las sentencias de nulidad pronunciadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha pretensión es viable, aunque aclarando, lógicamente, que la declaración mencionada obliga a la Oficina de

Registro del marco de las normas y procedimientos que regulan la inscripción de documentos en el registro a su cargo.

Finalmente, la QUINTA pretensión se refiere a compulsar copias auténticas de la sentencia con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y la Superintendencia de Notariado y Registro, a fin de que se dé cumplimiento al fallo de acuerdo con lo previsto en el art. 176 del C.C.A., la cual, por ser claramente procedente también será despachada favorablemente.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Declárase no probada la excepción de inepta demanda planteada por la entidad demandada.

Segundo.- Declárase la nulidad de la Resolución No. 02702 de fecha 25 de octubre de 1985, expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá.

Tercero.- Declárase la nulidad del Artículo Segundo de la Resolución No. 4407, de fecha 18 de noviembre de 1985, expedida por la Superintendente de Notariado y Registro.

Cuarto.- Ordénase excluir de la matrícula inmobiliaria No. 050-0744539, la inscripción del embargo comunicado mediante oficio No. 905 del 25 de mayo de 1984, emanado del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

Quinto.- La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá deberá efectuar las inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0744539, de los actos o documentos que hubieren llegado a dicha Oficina para tal efecto, haciendo las correcciones que fueren necesarias, de conformidad con las normas y procedimientos que regulan dicha inscripción.

Sexto.- Compúlsese, a costa del demandante, con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá y a la Superintendencia de Notariado y Registro, sendas copias auténticas de la presente sentencia, a fin de que se dé cumplimiento a la misma en los términos del artículo 176 y demás normas concordantes del C.C.A.

Séptimo.- Comuníquese esta decisión a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, a la Superintendencia de

Notariado y Registro y al Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá, mediante el envío de copia de esta sentencia.

Octavo.- En firme este fallo, archívese el expediente y hágase las anotaciones de la ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; Pablo J. Cáceres Corrales; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta;

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO SUBREGIONAL ANDINO. IMPORTACIONES. IDEMA

El visto bueno de IDEMA sobre el cumplimiento de cuotas de absorción obligatoria de insumos a los importadores de harina de pescado exigido por la Resolución 025 de 1986 sí constituye una restricción a los importadores de productos originarios de la subregión, en los términos del artículo 54 del Acuerdo Subregional Andino de 26 de mayo de 1969 y aprobado por la Ley 8 de 1973.

DECRETA LA NULIDAD de la Resolución número 025 de 10 de febrero de 1986 emitida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, más sólo en cuanto a las importaciones provenientes de los países miembros del Tratado de Integración Económica del Grupo Andino del 26 de mayo de 1969 y aprobado por la Ley 8 de 1973.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N^o.892 Demandante: Guillermo Chahín Lizcano

El doctor GUILLERMO CHAHIN LIZCANO en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación en procura de obtener la nulidad de la Resolución N^o 025 de 1986 expedida por Consejo Directivo de Comercio Exterior. "Por la cual se establece un requisito para la importación de un bien", y cuyo contenido es del siguiente tenor literal:

"EL CONSEJO DIRECTIVO DE COMERCIO EXTERIOR

en uso de sus facultades legales y en especial de las previstas en el literal h) del artículo 6º del Decreto 151 de 1976.

RESUELVE:

ARTICULO 1º . Las solicitudes de importación que se presenten para "HARINA Y POLVO DE PESCADO PARA LA ALIMENTACION HUMANA", de la partida arancelaria 23. 01.01.01., además de los vistos buenos, permisos y certificaciones establecidas por otras normas y de los requisitos y documentos que se exigen para cualquier importación, requieren visto bueno previo del Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA, como constancia de cumplimiento de las cuotas de absorción que se dispongan en virtud de la aplicación de la Resolución 128 de marzo 15 de 1985 del Ministerio de Agricultura.

ARTICULO 2º . La presente resolución rige a partir de su publicación en la Gaceta del Ministerio de Desarrollo Económico."

Cita el actor como normas violadas por la disposición acusada, el artículo 54 del Acuerdo Subregional Andino suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 y aprobado mediante la Ley 8a. de 1973 y los artículos 43 y 76-7 del C.C.A.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Expone la demanda que según el Tratado de Integración Económica suscrito por los países del Grupo Andino en mayo 26 de 1969 y aprobado mediante la Ley 8a. de 1973, la obligación de no expedir en el futuro disposiciones que establezcan restricciones de todo orden " a las importaciones de producto de la subregión, de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo" (art. 54), ha sido violado por la resolución acusada expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, que establece un nuevo requisito indispensable para la importación de harina de pescado, como lo es el visto de bueno del IDEMA contenido en la disposición impugnada.

Que este visto bueno tiene por objeto demostrar que se han comprado en el mercado local de materias primas para la fabricación de alimentos concentrados para animales, según lo previsto por el Ministerio de Agricultura, con lo cual se está imponiendo una nueva restricción a los importadores, que antes de la vigencia de la resolución que se acusa, no era exigible y por lo tanto, hace más gravosa la situación de las importaciones, pues muchos de los importadores no son fabricantes de concentrados, sino meros comerciantes

en materias primas, que se han visto excluidos de tal actividad comercial que con anterioridad ejercían sin ninguna limitación.

Que el IDEMA les niega a estos comerciantes importadores de materias primas, sistemáticamente el visto bueno que exige la resolución impugnada, sosteniendo que por ser comerciantes no utilizan insumos en el proceso de fabricación, y que esto es lo que genera un derecho proporcional en la importación de harina de pescado.

Para destacar su argumentación el demandante expone:

"Tan clara y tan aberrante resulta esta situación de incumplimiento y de violación de normas superiores por parte del Consejo Directivo de Comercio Exterior que la dependencia encargada del manejo de los asuntos de la Integración Latinoamericana en el INCOMEX y en país, esto es la Subdirección de Integración Económica no ha tenido otro camino que expedir, a solicitud mía, la contundente certificación que acompaño como prueba de las anteriores afirmaciones, en la cual se reconoce que dicho visto bueno establecido mediante Resolución 25 de 1986 acusada, es contrario (sic) a la letra y al espíritu del Acuerdo de Cartagena y especialmente a lo dispuesto en su artículo 54".

Con la certificación aludida, expedida en Marzo 4 de 1988 por el Subdirector de Integración Económica del INCOMEX a instancias de una petición del suscrito de octubre de 1987, (cuya copia también adjunto a esta demanda) se demuestra plenamente los siguientes aspectos de hecho y de derecho:

1º . Que el Acuerdo de Cartagena entró en vigencia el día 16 de octubre de 1969 y por lo tanto a partir de esa fecha se hicieron exigibles para todos los países miembros las obligaciones contraídas en él y desde luego, la contemplada en el artículo 54.

2º Que en la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo de Cartagena no existía ninguna restricción para los importadores de harina de pescado de los países del grupo andino consistente en condicionar su importación a la absorción de materias primas nacionales colombianas ni a vistos buenos del IDEMA que tal cosa demostraran.

3º Que la exigencia del visto bueno previo del IDEMA como requisito para la autorización de los registros de importación por el INCOMEX se originó en la Resolución 25 de 1986 (agosto 1º) del Consejo Directivo de Comercio Exterior.

4º Que al momento de entrar en vigencia el Acuerdo de Cartagena no se exigía para los importadores de harina de pescado originaria de los

países del Grupo Andino acreditar el cumplimiento de ninguna cuota de absorción ni la presentación de visto bueno previo del IDEMA que mostrara el cumplimiento de tales cuotas.

5º Que como consecuencia de los anteriores presupuestos, la Resolución 25 de 1986 acusada, creó con respecto a la restricción denominada visto bueno por cuotas absorción, situaciones no existentes al momento de entrar en vigencia el Acuerdo de Cartagena y que desde luego, colocan a los importadores colombianos de tal producto originario del Grupo Andino, en una situación menos favorable que la existente entonces".

El segundo cargo lo hace consistir la demanda en el hecho de que la resolución acusada hace cumplir lo dispuesto en otro acto administrativo (Res. 128 de 1985 del Ministerio de Agricultura), que no es exigible pues aquél no fue publicado en forma prevista por la ley.

La resolución impugnada ordena que se requiere el visto bueno para las importaciones de harina de pescado, "como constancia de cumplimiento de las cuotas de absorción que se dispongan en virtud de la aplicación de la Resolución 128 de marzo 15 de 1985 del Ministerio de Agricultura". (artículo 1º in fine).

Expone el actor que, como nunca se publicó la Resolución 128 de 1985, en la cual se fundamenta el acto que se acusa, nunca entró en vigencia y por tanto no es exigible para los administrados.

Para demostrar la afirmación anterior sobre la falta de la publicación, anexa con la demanda sendas certificaciones expedidas por el Secretario General del Ministerio de Agricultura y por el Director de la Imprenta Nacional (folio 20 y 17) con las cuales se demuestran la no publicación de la resolución 128 de 1985, lo que a su turno, determina que dicho acto no está ni estuvo nunca en vigencia y por lo tanto no es exigible para los administrados.

Como consecuencia de lo anterior, el Consejo Directivo de Comercio Exterior por medio de la resolución impugnada violó las normas legales que regulan la publicación de los actos administrativos de contenido general y abstracto y que considera que no son obligatorios mientras no hayan sido publicados, como son los artículos 43 y 76 numeral 7 del Decreto 01 de 1984, así como las prohíbe ejecutar los actos administrativos que no se encuentran en firme.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

El apoderado del Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX, impugnador de la demanda, en la contestación de la misma expone en contra de los argumentos del actor, lo siguiente:

1. En relación con el segundo cargo, violación de los artículos 43 y 76 -7 del C.C.A., que con la publicación del acto acusado en la gaceta del Ministerio de Desarrollo (fls. 1 a 8) no pueden prosperar. Pero que, si el actor los hace consistir en relación con la Resolución 128 de 1985, fundamento de la acusación, este acto administrativo no es objeto y materia de la controversia planteada en este proceso, razón por la cual no es de recibo tal cargo.

2. En cuanto hace relación con la restricción nueva que impone la exigencia del visto bueno del IDEMA, contenido en la Resolución 25 de 1986 -acusada- sobre los importadores de harina de pescado proveniente de la subregión, el concepto de "restricción de todo orden" está determinada en el artículo 42 párrafo 2º del Capítulo V del Acuerdo de Cartagena, que lo define así:

"Se entenderá por 'restricciones de todo orden' cualquiera medida de carácter administrativo, financiero cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral".

Al respecto razona la parte impugnadora:

"De modo alguno podría asumirse que la fijación de un procedimiento interno del país, para el manejo y distribución adecuados de un insumo o producto, dentro de su política económica, sin que el mismo afecte precisamente las condiciones de liberación que es sustancialmente lo pactado en el Acuerdo, constituya motivo de impedimento o dificultad para las importaciones".

Al país no puede desconocérsele su facultad soberana para la fijación de los procedimientos y el manejo más adecuado de su economía para el cumplimiento de los compromisos adquiridos, a través de los organismos respectivos. Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA- es un ente oficial dotado de competencia, crea por la Ley para que en un evento como el presente asuma este tipo de funciones.

Al paso que el ejercicio mismo de obtener la aprobación de un registro de importación, implica el lleno de otros requisitos de forma previamente establecidos pero que como el anterior no afectan el sentido y contenido sustancial del pacto subregional y por lo tanto en manera alguna, puede endilgársele el calificativo de restricciones que imposibiliten este tipo de importación, o de lo contrario el acuerdo estaría infringiendo el orden legal internamente establecido".

3. Frente a la apreciación de la demanda sobre la no existencia anterior a la fecha de vigencia del acto acusado, del requisito impugnado, los antecedentes administrativos demuestran otra cosa. Expone la impugnadora que el artículo 3º del Decreto Ley 133 de 1976, anterior a la fecha de

expedición de las restricciones de todo orden aludida por la demanda, por medio de la cual se reestructura el sector agropecuario, autoriza al Ministerio de Agricultura para "fijar, de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, cuotas de absorción obligatorias de las materias de producción nacional, y condicionar el otorgamiento de las correspondientes licencias de importación y exportación al cumplimiento de los convenios que para el efecto se celebren con los interesados, referentes a la compra y venta de tales materias primas".

Así mismo, el artículo 1º literal i) del Decreto Ley 152 de 1976, por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, establece una idéntica función; atribución ésta que tiene su origen en la Ley 90 de 1948 (Diario Oficial 26896 de 16 de diciembre del mismo año, página 833, que en su artículo 24 determina: "El Gobierno podrá, cuando lo juzgue necesario, fijar precios suficientemente remunerados para productos agrícolas y materias primas de producción nacional utilizables hasta llenar las necesidades del consumo nacional, y en forma que permita establecer un nivel equitativo de salarios para los trabajadores. Para lograr este fomento, el *Gobierno podrá fijar cuotas de absorción obligatoria de las materias primas de producción nacional y condicionar el otorgamiento de licencias de importación a la celebración de convenios con los interesados, referente a la compra de tales materias primas*". (subrayas fuera del texto).

Esta ley es anterior a la fecha de vigencia del acto acusado, inclusive, anterior a la aprobación del Acuerdo de Cartagena; de tal manera que no existe restricción de ningún orden, pues la ley autoriza este tipo de regulaciones de mercado interno y externo de algún producto nacional, como es el caso que se ventila ahora.

4. Por último, la impugnadora esgrime que, las pruebas aportadas por la demanda demuestran que sí hubo criterio de la Junta de Importadores para la aprobación o no de licencias solicitadas, de conformidad con la atribución contenida en el artículo 77 literales g) y h) del Estatuto Cambiario (Dec. 444 de 1967), según los cuales está el referente al volumen de las existencias en poder del importador en comparación con el movimiento anterior de su negocio, sin llegar a establecer cupos individuales.

Por otra parte, las actas traídas como prueba (fls. 95 a 120), demuestran que hubo convenios con el sector privado, como son los gremios agrícolas y la Federación de Fabricantes de Alimentos para animales FEDERAL, quienes participaron en la determinación que tomó la Comisión Nacional de Avicultura sobre la absorción de tortas oleoginosas de origen nacional para optar a la importación de harina de pescado con base en los reportes de ventas de aquéllas.

CONCEPTO FISCAL

Expone el Colaborador Fiscal en su concepto de fondo que frente al primero de los cargos, no puede prosperar éste porque según las previsiones de la ley, (Decretos 133 y 152 de 1976) y la Ley 90 de 1948, la secuencia través del tiempo es la de "condicionar el otorgamiento de licencias de importación a la celebración de convenios con los interesados", que se ha producido de la Ley de los decretos mencionados, sobre las cuotas de absorción obligatoria de materias primas nacionales.

En cuanto al segundo de los cargos, expone lo siguiente:

"Sinembargo, otro aspecto de importancia igualmente determinante se deduce de la constancia del folio 20 del proceso, conforme a la cual y con relación a la Resolución número 128 de marzo 15 de 1985, no se encontraron en los archivos del Ministerio de Agricultura "la fecha y el número de la edición de su publicación", por lo cual el Ministerio sugiere dirigirse al Diario Oficial para obtener tal información. En el folio 17 ibídem, se encuentra certificación de la Imprenta Nacional conforme a la cual, y sobre la publicación de la Resolución número 128 de 1985, se dice textualmente: "Al respecto me permito informarle que dichas Resoluciones no nos llegaron para su publicación en el Diario Oficial".

Se halla pues contradicho lo mandado por el artículo 43 del C.C.A en cuanto a que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas oficiales. La ley 57 de 1985 ordena que en el Diario Oficial deberán publicarse, entre otros, los actos, de los Ministerios que creen situaciones jurídicas impersonales.

De imperioso cumplimiento para que los actos administrativos, y en especial los actos de carácter general lo sería la resolución número 128 de 1985 referida, queden debidamente ejecutoriadas y deban cumplirse por administradores o administrados, es su publicación en debida forma; entre otras razones para quienes lo deben cumplir se enteren de ello.

Las constancias aludidas, tanto del Ministerio de Agricultura, como del Diario Oficial, nos comprueban que este requisito no se cumplió en debida forma, en lo que respecta a la Resolución número 128, en la cual se basa para su desarrollo la Resolución número 25, demandada en esta acción.

Esta razón conduce a la Fiscalía a considerar, que hay una causal de nulidad suficiente para prosperar, por cuanto la falta de notificación en debida forma de la Resolución número 128, deja prácticamente sin

fundamento jurídico, y sobre todo, administrativo, a la Resolución demandada, razón por la cual sí se debe decretar su nulidad".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción incoada por el actor está orientada a obtener la nulidad de la Resolución 25 de 1986 expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, como claramente se encuentra determinado en la única pretensión contenida en la demanda.

Por manera que, a dicha pretensión de nulidad de la Resolución 25 de 1986, y a los cargos endilgados a ella, se contraerá el estudio de la Sala.

Dos son los cargos que se hacen al acto administrativo acusado, a saber:

1. Violación del artículo 54 del Acuerdo 54 del Acuerdo Subregional Andino del año de 1969, aprobado mediante la Ley 8a. de 1973; y
2. Violación de los artículos 43 y 76-7 del Código Contencioso Administrativo.

Se examinarán en su orden:

Frente al primero de los cargos, la Sala hace las siguientes reflexiones sobre el mismo:

a) El artículo 54 del Acuerdo Subregional Andino de 1969, aprobado por medio de la Ley 8a de 1973, es del siguiente tenor literal:

"Los países miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de los productos de la subregión, de modo que signifique que una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo".

Este es el inciso con fundamento en el cual la demanda dice que la Resolución 25 de 1986 expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, violó el Acuerdo Subregional Andino, porque el acto acusado introdujo un nuevo y restrictivo requisito para las importaciones de harina de pescado a los importadores de esta materia prima.

La Sala encuentra que la Resolución 025 de 1986 cuestionada sí desconoce el artículo 54 del Acuerdo Subregional Andino de 26 de mayo de 1969 y aprobado por la Ley 8a. de 1973.

En efecto:

1. El visto bueno del IDEMA sobre cumplimiento de cuotas de absorción obligatoria de insumos a los importadores de harina de pescado exigido por la Resolución 025 sí constituye una restricción a los importadores productos originarios de las Subregión, en los términos del susodicho artículo 54 del Acuerdo Subregional Andino.

Esta aseveración halla pleno respaldo probatorio en la certificación del Subdirector de Integración Económica del Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX- (fls. 11 y 12) de conformidad con la cual:

a) El Ministerio de Agricultura en octubre de 1969, fecha en que entró a regir el Acuerdo de Cartagena, no contaba con convenio alguno sobre absorción de insumos nacionales para obtener aprobación de registros o licencias de importación de harina de pescado proveniente de países miembros del Grupo Andino.

b) La exigencia por el INCOMEX del visto bueno del IDEMA como constancia del cumplimiento de las cuotas de absorción de productos nacionales y como requisito para entrar a estudiar solicitudes de importación de harina de pescado dentro de los países del Pacto Andino, sólo empezó a hacerse el 1o. de agosto de 1986 con ocasión de la expedición de la Resolución 025 de 1986 del Consejo Directivo de Comercio Exterior acusada.

Frente entonces a la realidad de los hechos antes explicada, las facultades contempladas en los Decretos Leyes 133 de 1976 (para el Ministerio de Agricultura) 152 de 1976 (para el Ministerio de Desarrollo) y el Decreto 444 de 1968 (Estatuto de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior) relacionados con el establecimiento de cuotas de absorción de materias primas nacionales dentro del contexto que en este fallo se examina, no afectan la cuestión objeto de litis, porque -se repite- no existía antes de la Vigencia del Acuerdo de Cartagena convenios sobre tales cuotas de absorción. Contesta la Sala de esta manera la argumentación esgrimida por la parte impugnadora.

Habrà entonces, por las razones expuestas de anularse la Resolución 025 impugnada, pero sólo en cuanto respecta a su aplicación a los países integrantes del Pacto Andino.

2. En vista de la prosperidad del cargo anterior, resulta superfluo entrar al examen de la Resolución 128 de 15 de marzo expedida por los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Económico y el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, cuya publicación en órgano oficial se pone en entredicho. Fuera de este aspecto sólo puede suscitarse dentro de un proceso contencioso objetivo independiente con audiencia debida y debida contradicción de los autores de dicho acto.

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:

Decrétase la nulidad de la Resolución 025 de 10 de febrero de 1986 emitida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, más sólo en cuanto a las importaciones provenientes de los países miembros del Tratado de Integración Económica del Grupo Andino de 26 de mayo de 1969 y aprobado por la Ley 8a. de 1973.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez; Pablo J. Cáceres Corrales; Rodrigo Viera Puerta;

Victor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites. TERAPIA OCUPACIONAL

No existe razón valedera para supeditar el ejercicio de la Terapia Ocupacional, de formación universitaria, a la coordinación de otro profesional universitario como lo es el médico, por lo que en verdad, la norma reglamentaria se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

DECLARANSE NULOS en el artículo 1o, inciso 2 del Decreto 1884 de 1988, proferido por el Presidente de la República, la parte que dice: "La atención ocupacional de estas enfermedades se desarrollará en coordinación con personal médico competente".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Agosto veintinueve(29) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N^o.1048 Actor :Laureano Rosero Ruales

El doctor Laureano Rosero Ruales, actuando en su propio nombre, intenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad, regulada por el artículo 84 del C.C.A., contra los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10o. y 11 del Decreto 1884 de 1988 (septiembre 12), por el cual se reglamenta la Ley 31 de 1982, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Salud.

I. ANTECEDENTES

Como base fáctica de la demanda, el actor señala que el Decreto cuyos artículos demanda fue expedido en su condición de reglamentario de la Ley 31 de 1982; agrega que rige desde el 13 de septiembre de 1988, por publicación en el Diario Oficial, número 38.499.

Dentro del concepto de la violación afirma que el Decreto reglamentado, lejos de limitarse a ser tal, contiene en sí misma una especial regulación sobre la profesión de la terapia ocupacional. Lo anterior para significar que salvo la definición de la profesión, que aparece en el artículo 1o., "Todo lo demás es nuevo o sea que no está previsto en la mencionada Ley 31 de 1982, excediendo en consecuencia, y en forma por demás ostensible la facultad reglamentaria" (fl. 13).

Precisa así el demandante su impugnación:

1. Inciso 2, artículo 1o.: Condiciona, o subordina, el ejercicio de la terapia ocupacional a la "coordinación con profesional médico competente."

2. Artículo 2o.: Amplía el radio de acción de esta profesión al extenderlo al "estudio de la ocupación humana, sus riesgos y disfuncionalidades".

3. Artículo 3o.: Sujeta el ejercicio de la terapia ocupacional "en las modalidades educativas de que trata el Decreto Ley 80 de 1980 y la Ley 31 de 1982", a las condiciones que se señalará (sic) en este Decreto.

4. Artículo 4o.: Crea el título de terapia ocupacional, el cual no está previsto en la Ley 31 de 1982; le señala las funciones que puede realizar.

5. Artículo 5o.: Señala las actividades que puede realizar el tecnólogo en terapia ocupacional.

6. Señala las actividades que puede ejercer el técnico profesional intermedio en terapia ocupacional.

7. Artículo 7o.: Crea el título de terapia ocupacional y le señala funciones.

8. Artículo 8o.: Obliga a inscribir el correspondiente título académico en el Ministerio de Salud, disposición que tampoco aparece en la ley que dice reglamentar.

9. Artículo 9o.: Limita al anuncio como terapeuta ocupacional a quienes ostenten título universitario.

10. Inciso 2, artículo 9o.: Establecen cómo deben desempeñarse los tecnólogos y los técnicos intermedios profesionales en terapia ocupacional, y arbitrariamente les coarta el libre ejercicio de su profesión al establecer que su actividad se desarrollará "con funciones delegadas bajo la supervisión del terapeuta ocupacional".

11. Artículo 10o.: Consagra la sanción para quienes ejerzan en forma ilegal esta profesión. Curiosamente quedaron por fuera de este artículo, lo mismo que del noveno, los terapeutas ocupacionales, lo que equivale para ellos, al libre ejercicio de la profesión, sin sujeción a ley o decreto alguno.

12. Artículo 11: Establece la vigencia del decreto.

Las normas acusadas violan el artículo 55 de la Constitución Política, por las pretensiones legislativas del Gobierno. También hay quebranto del artículo 39 *ibídem*, ya que es facultativo del Congreso exigir títulos de idoneidad y la reglamentación del ejercicio de las profesiones. Además se excede la facultad reglamentaria al ocuparse en los artículos 4o., 5o., 6o. y 7o de aspectos que no fueron contemplados en la Ley 31 de 1982, como el establecimiento de un manual de funciones para la profesión de la terapia ocupacional, caprichoso y antitécnico, ya que desconoce la dinámica de la profesión y sus avances tecnológicos; afecta campos de actividad de otras profesiones ya reglamentadas, como son: administración de empresas, ingenierías, medicina en sus ramas de la neurología, fisiatría, ginecología, etc. y pretende la consagración de arcaicas formas de jerarquización gremial (técnico intermedio, profesional-tecnólogo, terapia ocupacional y terapeuta ocupacional), extrañas a nuestros actuales preceptos constitucionales y eliminadas en el texto de la constitución de 1886, para hacer más pura la libertad en la escogencia y ejercicio de las profesiones (artículo 9o.), crea títulos y determina su inscripción ante el Ministerio de Salud. Esta última exigencia es contraria al artículo 174 del Decreto Ley 80 de 1980.

Pasa luego, el actor a un cotejo normativo que la Sala en síntesis ofrece en los siguientes términos:

Norma reglamentada

Artículo 1o.

Define Terapia ocupacional como modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales o sociales.

Norma reglamentaria

Artículo 1o., inciso 2

Subordina el ejercicio de la profesión a la coordinación con profesional médico competente.

La Ley no subordina su ejercicio a la coordinación con profesional médico competente.

Artículo 3o.

La terapia ocupacional cumple una función de beneficio social y de su ejecución son responsables los profesionales que la ejercen en los términos de la presente ley.

Artículo 2o.

La profesión hace parte del sistema de educación superior, en las modalidades de formación intermedia profesional, formación tecnológica; formación Universitaria y formación avanzada, o de posgrado.

Artículo 4o.

Pueden ejercerla quienes tengan título de técnico profesional intermedio; tecnólogo; título (sic) Universitario; formación de posgrado.

Numeral 2 y párrafo

Permiten el ejercicio de la profesión a colombianos y extranjeros con título en el exterior que convaliden el título.

Artículo 5o.

El Ministerio de Salud tiene facultad para conceder permiso transitorio de ejercicio a extranjeros competentes que visiten al país en misión científica o docente.

Artículos 4o. y 7o.

Crea títulos de terapia ocupacional y terapeuta ocupacional, no contemplados en la ley reglamentada.

Artículo 6o.

No reconoce validez para títulos expedidos por correspondencia u honoríficos.

Artículo 8o.

Concede plazo de un año para validar conocimientos en una institución autorizada por el ICFES.

Parágrafo

Establece quienes ejercen ilegalmente la profesión, como los que ejercen como profesionales de terapia ocupacional sin cumplir las exigencias de la ley.

Artículo 7o.

Las entidades públicas y privadas que presten servicios de terapia ocupacional deberán ocupar profesionales autorizados.

Irregularidades del decreto acusado

1. Reglamenta el ejercicio de la profesión de terapia ocupacional al señalar en los artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. las funciones correspondientes.

2. El artículo 9o. contradice el 4o. de la ley pues limita a los titulados para anunciarse como terapeutas ocupacionales.

3. El inciso 2 viola los artículos 4o. y 7o. de la ley, al establecer que los tecnólogos y los técnicos intermedios profesionales sólo podrán cumplir su actividad con funciones delegadas bajo la supervisión de terapeuta ocupacional, disposición que

de paso viola el principio constitucional de la libertad al trabajo.

El artículo 80. establece la obligación de inscribir el título en el Ministerio de Salud, en contradicción con lo dispuesto por el Decreto Ley 80 de 1980 que la ordena en el Ministerio de Educación Nacional.

En clara discriminación, excluye a los terapeutas profesionales que establece del régimen de sanciones.

El decreto acusado regula lo concerniente a los títulos de idoneidad profesional y reglamenta con base en ellos la profesión de terapia ocupacional, reglamentación que corresponde al legislador.

La terapia ocupacional no sólo tiene que ver con la salud, por lo que no puede ser una profesión subordinada a la medicina.

El acto acusado dispone que los técnicos profesionales y los tecnólogos podrán actuar en tareas distintas a su disciplina (arts. 5o., 6o y 9o.).

El actor concluye afirmando que no compete al gobierno nacional reglamentar la profesión de terapia ocupacional, ni crear títulos para su ejercicio pues ello excede la facultad reglamentaria.

II. ALEGATOS DE CONCLUSION

Por el demandado.

Respecto del primer cargo de que el Gobierno Nacional ejerció simultáneamente la potestad legislativa y la reglamentaria, pretermitiendo la aplicación del principio constitucional de la separación de ramas del poder

público, sostiene que la norma acusada pregona ser reglamentaria de la ley 31 de 1982.

Respecto del segundo cargo, afirma que no hubo violación del artículo 39 de la Constitución Política pues la ley reglamenta la profesión de terapia ocupacional y determina los títulos para su ejercicio; el decreto acusado reglamenta la ley y no la profesión de terapia ocupacional.

En relación con el tercer motivo de inconformidad, afirma el demandado, hay que distinguir dos aspectos:

a) La norma acusada es reglamentaria de la ley; su importancia radica en que determina quiénes pueden ejercer la terapia ocupacional en el territorio de la República.

"Precisamente -afirma- dentro de las razones que justifican el decreto atacado está la de establecer con claridad y al detalle, *aspectos que no corresponden a la ley* (subraya la Sala) y las actividades que puede desarrollar cada persona, acorde (sic) con la formación académica recibida" (fl.51).

Continúa que a partir de la expedición del Decreto Ley 80 de 1980, orgánico de la educación pos-secundaria se dispuso lo que la Ley 31 de 1982 acogió dentro de la clasificación de profesionales de terapia ocupacional.

La terapia ocupacional es una modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales y sociales (ley 31 de 1982, art. 1o.). La atención de tales enfermedades debe hacerse en coordinación con profesional médico competente, pues comprende la aplicación de medios y reconocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de defectos físicos, mentales o de otro orden (sic), lo que significa que la coordinación entre una y otra profesión o disciplina, lejos de limitar su ejercicio, lo complementa y es necesario para la adecuada atención" (sic) (fl. 52).

El decreto acusado, artículo 3o., dispone de acuerdo con las determinaciones generales del Decreto Ley 80 de 1980, artículo 25 y la ley 31 de 1982, artículo 2o. y 3o., numeral 1o., de los artículos 4o. a 7o.

El decreto acusado, artículo 8o. establece la obligación del título académico en una de las modalidades educativas para ejercer la profesión, con la obligación previa de registrar el título en el Ministerio de Salud, exigencia que no contradice al Decreto Ley 80 de 1980, artículo 174 final inciso, pues lo concerniente al registro se reserva al gobierno; el registro en el Ministerio de Salud tiene por objeto ser un medio estadístico, de vigilancia y de control de la profesión.

Los artículos 9o. y 10o. son manifestación de la potestad reglamentaria pues se limitan a disposiciones legales. La segunda facultad se relaciona con lo que dispone la Ley 31 de 1982, artículo 8o., párrafo.

Concluye solicitando se denieguen las súplicas de la demanda.

III. VISTA FISCAL

La Ley 31 de 1982 y el Decreto Ley 80 de 1980 establecen, cada uno por su parte, las modalidades educativa de *formación intermedia profesional*, *formación tecnológica*, *formación universitaria* y *formación avanzada de posgrado*. (subraya la Sala).

El cargo relativo a la dependencia de profesional médico obedece al hecho de que la educación superior es un *servicio público* (subraya el colaborador fiscal) que cumple una *función social*, que está a cargo del Estado, o de los particulares, autorizados por éste (decreto ley 80 de 1980, art. 2o.).

En relación con el cargo de subordinar la profesión a la asistencia médica afirma:

"...Por su definición ella es una *modalidad sistematizada* de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales o sociales (subraya el colaborador fiscal), es de suyo indispensable esta coordinación y de personal médico, dado que de por sí la coordinación implica (sic) labores de metodología (la vía para llegar a una meta, el procedimiento, la técnica, el sistema, el tratamiento), por una parte, y por la otra, si la Medicina es la ciencia que tiene por objeto la conservación y el restablecimiento de la salud, y la enfermedad es la alteración de la salud, es apenas obvio que siendo la terapia ocupacional por definición sólo una *modalidad* (peculiaridad, manera, modo, particularidad) sistematizada (planeada, tecnificada, normada) requiera de una tutoría idónea y propia, teniendo en cuenta uno de los fines de esta profesión cual es la de investigar y reconocer los riesgos y disfuncionalidades que se generan por factores ambientales, neuropsicológicos, órganos (sic) funcionales y genéticos. Por lo mismo, igual exigencia debe hacerse al tecnólogo en terapia ocupacional, en cuanto a que su "superior" y homólogo -el terapeuta ocupacional- sea su director y guía, pregonable también para técnico profesional intermedio" (fl. 58).

En el cargo relativo a la ampliación del concepto de la profesión -agrega el señor Fiscal-, se observa que el objeto de la misma son precisamente esos...

La norma relativa a la docencia pos-secundaria -decreto ley 80 de 1980-, tras regular lo concerniente a las modalidades educativas dispone que

se deberán cumplir las demás exigencias que se establezcan en los decretos reglamentarios.

La exigencia de título académico para el ejercicio de las profesiones tiene su fundamento en la Constitución Política, artículo 39 y el Decreto Ley 80 de 1980, artículos 26, 28, 29 y 31; éste último reclama la existencia de título para el ejercicio de las modalidades que estableció. Por su parte, la Ley 31 de 1982 dispone que el ejercicio de la profesión reclama título para cualquiera de las cuatro modalidades de la profesión. El decreto demandado se expide en cumplimiento de las dos previsiones del artículo 39 de la Constitución Política en relación con el título de idoneidad y con la regulación del ejercicio de las profesiones.

Finalmente, precisa la noción de *reglamentar*, recurriendo a jurisprudencia de la Corporación, pues los límites de la potestad señalan la necesidad de cumplir en debida forma el estatuto reglamentado. Si éste fuera completo en su exposición y regulación, sobraría la potestad reglamentaria. La potestad, en fin, sirve "para efectos de proveer a la *regulación* de esos detalles".

Considera que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer cargo. El artículo 1o. inciso 2o, subordina el ejercicio de la terapia ocupacional a la coordinación con profesional médico competente.

Para acometer el examen de este cargo, se remite la Sala a lo dispuesto por la Ley 31 de 1982 respecto del ámbito conceptual de la profesión de terapia ocupacional:

"Artículo 1o. Para efectos de la presente ley Terapia Ocupacional es una modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales o sociales.

Para comenzar, esta disposición se limita a definir la profesión y para determinar el ámbito de la misma de acuerdo con las modalidades educativas, es preciso remitirse a lo que dispone el Decreto Ley 80 de 1980. El artículo 2o. de la Ley 31 de 1982 establece cuatro modalidades educativas.

- a) Formación intermedia profesional
- b) Formación tecnológica.
- c) Formación Universitaria
- d) Formación avanzada de postgrado.

Respecto del carácter de cada una de estas modalidades, es necesario remitirse a cuanto dispone el Decreto Ley 80 de 1980, "por el cual se organiza el sistema de educación pos-secundaria".

Formación intermedia profesional.

Se observa que la denominación de las modalidades es la misma en una y otra norma. Sobre ésta, en especial, dispone el artículo 26, del Decreto Ley 80 de 1980, que la educación que se imparte en ella es *predominantemente práctica para el ejercicio de actividades auxiliares o instrumentales concretas*.

Son requisitos de ingreso a esta modalidad, la calidad de bachiller, o su equivalente, y *poseer habilidades, destrezas y aptitudes exigidas para tal efecto*.

Esta modalidad -agrega el inciso 4 *ibídem*- conduce al título técnico profesional *intermedio* y habilita para el ejercicio de la actividad auxiliar o instrumental.

Formación tecnológica.

El artículo 27 *ibídem* establece que es la que tiene que ver con el ejercicio de actividades tecnológicas, con énfasis en la práctica y con fundamento en los principios científicos que la sustentan. Agrega la disposición (inciso 2) que la actividad investigativa *se orienta a la creación y adaptación de tecnologías*.

El inciso 3 del artículo 28 *ibídem* que los programas de especialización tecnológica conducen al título de tecnólogo especializado.

Formación Universitaria.

Se caracteriza por su *amplio contenido social y humanístico y por su énfasis en la fundamentación científica e investigativa*.

"La investigación, -agrega el inciso segundo- orientada a la creación, desarrollo y comprobación de conocimientos, técnicas y artes, es esencial en esta modalidad educativa".

El inciso final del mismo artículo establece que *los programas de formación para las profesiones tienen un carácter científico y además de preparar para el cultivo del intelecto y el ejercicio académico, desarrollan la dimensión instrumental de las profesiones*.

Por su parte, el artículo 31 *ibídem* establece que la denominación de los títulos de la formación universitaria corresponderá al nombre de la respectiva

profesión o disciplina académica, por ejemplo, médico y cirujano, abogado y otros.

Del cotejo normativo alrededor del primer cargo se llega a la conclusión de que ciertamente no existe razón valedera para supeditar el ejercicio de la Terapia Ocupacional, de formación universitaria, a la coordinación de otro profesional universitario como es el médico, por lo que en verdad, la norma reglamentaria se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por lo anterior, prospera el primer cargo.

Segundo cargo. El artículo 2o. amplía el radio de acción de la profesión al extenderlo al estudio de la ocupación humana, sus riesgos y disfuncionalidades.

El examen de este segundo cargo se debe hacer enfrentando la disposición acusada con la noción conceptual que la norma reglamentada establece al respecto. En efecto, la Ley 31 de 1982, artículo (que se transcribió supra) señala que la terapia ocupacional, para los fines de la ley (y de su reglamento, agrega la Sala), debe entenderse como una *modalidad sistematizada* de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales y sociales.

Semánticamente hablando *terapia ocupacional* significa, según el *Diccionario de Uso del Español*, de María Moliner, lo que a continuación se transcribe:

Terapia: Propiamente, terapéutica, *parte de la medicina que trata de la curación de las enfermedades.*

El término ocupacional no lo define el diccionario y para los fines de la decisión se tomará como relativo a la ocupación laboral, o ejercicio de la profesión de que se trate. Acerca de ocupación dice el Diccionario:

"Cosa o trabajo en que alguien se ocupa o está ocupado", de donde habrá que entender *terapia ocupacional* como parte de la medicina que trata de la curación de las enfermedades físicas, mentales o sociales originadas con ocasión del ejercicio de una profesión o trabajo. Por otra parte, el artículo 1o. de la mentada ley 31 de 1982 define la misma expresión como una *modalidad sistematizada de prevención*. Para el diccionario de María Moliner, prevención es la conducta de tomar precauciones para evitar un daño. Luego, no se ve la ampliación indebida que denuncia el actor en el radio de acción de la profesión; la facultad de establecer una modalidad sistematizada de prevención implica necesariamente el estudio de la ocupación humana (para observar y prevenir sus riesgos y disfuncionalidades).

No ve la Sala, en consecuencia, las consideraciones sobre el estudio de la ocupación humana, sus riesgos y disfuncionalidades como un exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias, siendo tan amplio el significado del término terapia o terapéutica. Nótese, además, que la norma reglamentada clasifica las enfermedades en tres grandes grupos: físicas, mentales y sociales; de donde no resulta desacertado ni ilegal disponer el estudio de la ocupación humana, sus riesgos y disfuncionalidades.

Por las anteriores consideraciones, no prospera el segundo cargo.

Tercer cargo. El artículo tercero del decreto acusado sujeta el ejercicio de la terapia ocupacional "en las modalidades educativas de que trata el Decreto Ley 80 de 1980 y la Ley 31 de 1982" a las condiciones que se señalará (sic) en el decreto.

En cuanto a este cargo, el actor no ofrece argumento de violación respecto de determinadas normas superiores. Como la expresión textual es que "será ejercida la terapia ocupacional en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes de acuerdo con la respectiva formación académica", se considerará la acusación al examinar la legalidad de las demás disposiciones del Decreto acusado. Queda, solamente por agregar que siendo el Decreto Ley 80 de 1980 la norma fundamental de la educación pos-secundaria, la norma reglamentaria tenga que aludir a ella con la mención "*de acuerdo con la respectiva formación académica*".

Por lo pronto, el cargo no prospera.

Cuarto cargo: El artículo 4o. crea el título de terapeuta ocupacional, no previsto en la ley 31 de 1982; le señala las funciones que puede realizar.

Respecto de este, en particular el actor afirma que hubo quebranto del artículo 55 de la Constitución Política. El artículo en mención es del siguiente tenor:

"Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional.

El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas; pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado."

Respecto del cargo genérico de que el título de terapeuta ocupacional no existe en la Ley 31 de 1982 se tiene que una omisión, de carácter no grave, al señalar que el profesional que sigue estudios y obtiene el título en *terapia ocupacional* debe llamarse *Terapeuta Ocupacional*, no causa daño si se concuerdan las disposiciones de los artículos 1o. y 4o. de la mentada ley, porque relacionando las dos disposiciones se tiene que la *persona que obtiene*

título universitario (artículo 4o., literal c) de la ley) en *terapia ocupacional* puede llamarse simplemente *terapeuta ocupacional* y en ello no se observa exceso de ninguna índole en la potestad reglamentaria.

El actor no ha probado fehacientemente la ilegalidad alegada en el cargo anterior por lo cual, estima la Sala, no debe prosperar.

Quinto cargo: El artículo 5o. del Decreto acusado -alega el actor- señala las actividades que puede realizar el tecnólogo en terapia ocupacional.

Para examinar el cargo se considera que ésta denominación corresponde, *mutatis mutandi*, a lo que dispone el artículo 25, literal b) del Decreto Ley 80 de 1980. Lo propio que expuso la Sala en el cargo anterior respecto del terapeuta ocupacional, habrá de predicarse del tecnólogo en terapia ocupacional. Y para que se aprecie si la norma acusada se acoge o no a las disposiciones generales del Decreto Ley 80 de 1980, se presentan uno y otro preceptos en cotejo:

Decreto Ley 80 de 1980.

Artículos 27, 28 y 29

La formación tecnológica comprenden:

1. La educación para el ejercicio de actividades tecnológicas.

2. Énfasis en la *práctica*

3. Fundamento en los principios científicos que sustentan la práctica.

4. La *actividad investigativa* propia de esta modalidad de formación se orienta a la creación y adaptación de tecnologías.

5. Desarrolla programas terminales.

6. Desarrolla programas de especialización tecnológica.

7. El candidato a obtener el título debe demostrar: conocimientos, aptitudes, habilidades y destrezas.

Decreto 1884 de 1988

Artículo 5o.

El tecnólogo en terapia ocupacional es persona con formación tecnológica que ejecuta las siguientes actividades prácticas:

1. Recolectar, consolidar y reportar información (literal a).

2. Colaborar con el terapeuta ocupacional en la selección de técnicas (lit. b).

3. Aplicar las técnicas o instrumentos indicados en el plan ocupacional (lit.c).

4. Efectuar las pruebas (lit. d).

5. Producir el equipo (lit. e).

6. Impartir instrucciones y demostración práctica (lit f).

7. Registrar y reportar observaciones (lit. g).

8. Precisar necesidades de materiales (lit. h).

9. Organizar, preparar y controlar materiales (lit. i).

10. Colaborar con el diseño y divulgación de mensajes educativos (lit. j).

11. Las demás que le indique el terapeuta ocupacional (lit. k).

Con la sola lectura se puede apreciar claramente que las actividades relacionadas tienen que ver exclusivamente con aspectos prácticos de la profesión informados por los principios científicos de la ciencia.

Al no detallar, no debía hacerlo, necesariamente, la Ley 31 de 1982, las funciones del tecnólogo correspondía al gobierno hacerlo de acuerdo con los lineamientos y determinaciones generales del Decreto Ley 80 de 1980 y ello cabalmente en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucional. De donde se observa que el cargo está llevado a no prosperar.

En consecuencia, se desestima el cargo quinto.

Sexto cargo: Señala las actividades del técnico profesional intermedio en terapia ocupacional.

A este respecto vale extender lo que la Sala observó en relación con la reglamentación del tecnólogo. Además, siendo la norma acusada reglamentaria de la ley no se aprecia tampoco ilegalidad alguna en los términos del artículo 6o. del decreto acusado.

Por lo anterior, tampoco el cargo sexto prospera.

Séptimo cargo: El artículo 7o. acusado es del siguiente tenor:

"El terapeuta ocupacional con formación avanzada es la persona con título de magíster, doctor o especialista facultado para diseñar, transformar y aplicar metodologías de alta complejidad específica.

Recogiendo aquí y allá argumentos que el actor no reúne en la formulación de esta acusación, se tiene:

El gobierno adoptó una actitud que sólo correspondía al legislador al establecer la categoría de terapeuta ocupacional pues la ley reglamentada no la establecía; aparte lo anterior, la norma acusada le señala funciones.

Si se examina con cuidado esta disposición se observa ciertamente que la denominación terapeuta ocupacional aparece por primera vez en la norma acusada. Es decir, que la norma reglamentaria establece dos grados de terminología análoga: terapeuta ocupacional y terapeuta ocupacional.

Para iniciar el examen del cargo hay que advertir que la Real Academia Española no reconoce la existencia del vocablo terapeuta; lo cual permite concluir que posiblemente la norma acusada se refiere al terapeuta ocupacional cuando habla del terapeuta; es decir, que se trataría de una impropiedad terminológica pero de ninguna manera de una irregularidad reglamentaria. Para la Sala debe tomarse la expresión *terapeuta ocupacional por terapeuta ocupacional*; en verdad, el artículo séptimo no establece nada distinto de una categoría de especialización en la terapia ocupacional, pues la norma acusada establece, sencillamente, que "el terapeuta ocupacional con formación avanzada es la persona con título de magíster, etc."; de aquí se infiere que no se está regulando una nueva profesión sino que se están determinando las posibilidades del terapeuta ocupacional con formación avanzada. Para la Sala tampoco hay ilegalidad, aunque la expresión normativa no sea muy precisa, afirma que aquel puede manejar metodologías de alta complejidad específica. En consecuencia, el actor no ha probado en debida forma la ilegalidad anunciada.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Octavo cargo: El artículo octavo del decreto acusado obliga a inscribir el título académico en el Ministerio de Salud.

Los argumentos legales de esta acusación se hallan en la consideración de que contradice lo dispuesto por el Decreto Ley 80 de 1980.

La norma acusada es del siguiente tenor:

"Para ejercer legalmente cualquiera de los niveles de la terapia ocupacional definidos en los artículos anteriores, se requiere obtener el correspondiente título académico *en los términos de la ley* e inscribirlo en el Ministerio de Salud."

Norma constitucional que se dice violada: Artículo 39.

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. *La Ley puede exigir título de idoneidad* y reglamentar el ejercicio de las profesiones."

Por su parte, dispone la Ley 31 de 1982, artículo 4o. lo siguiente:

"A partir de la vigencia de la presente Ley podrán ejercer la terapia ocupacional en el territorio de la República quienes:

1. Hayan adquirido título en terapia ocupacional en las modalidades de:

a) Técnico profesional intermedio.

b) ..."

c) ..."

d) ..."

De lo anterior se tiene:

Ciertamente las dos disposiciones citadas, constitucional y legal respectivamente, condicionan el ejercicio de la profesión a la obtención del título que es lo que expresa el artículo 8o. del Decreto 1884 de 1988. Que el título se inscriba en el Ministerio de Salud, es agregado natural y obvio del reglamento (cual es ese decreto), con el fin de llevar una relación de las personas que han obtenido el título y que por ende pueden ejercer la profesión.

No prospera el cargo.

Noveno cargo: El cargo estriba en la consideración de que coarta la libertad en el ejercicio de la profesión pues establece que sólo puede anunciarse como terapeuta (sic) ocupacional quien haya obtenido título universitario de tal. Y en ello no encuentra la Sala razón a la censura pues como se ha visto la Ley 31 de 1982 estableció tres grados en la profesión; sencillamente lo que quiso significar es que un tecnólogo en terapia ocupacional no podría anunciarse como terapeuta ocupacional, lo cual se cae de su peso.

La segunda acusación se relaciona con la disposición según la cual los tecnólogos y los técnicos profesionales deberán actuar bajo la supervisión de un terapeuta ocupacional. Tampoco halla la Sala razón para el reproche formulado. Pues como se ha visto en el examen de la norma acusada, las dos anteriores son simplemente carreras intermedias cuyas funciones se relacionan con actividades prácticas y de colaboración en las labores del terapeuta ocupacional, único que disfruta del grado universitario para ejercer su profesión con independencia y autonomía científica.

Para ser consecuente con lo que antes se dijo, la SALA tampoco halla razón para determinar la ilegalidad impetrada.

Por lo anterior, el cargo está llamado a no prosperar.

Décimo cargo: El artículo 10o. acusado es del siguiente tenor:

"Las personas que sin cumplir los requisitos aquí mencionados se anuncien o desempeñen como terapeutas ocupacionales, tecnólogos o técnicos sin estar legalmente habilitados para ello conforme a este decreto y a la Ley 31 de 1982, ejercen ilegalmente y en consecuencia se harán acreedores a las sanciones establecidas por los *responsables de la vigilancia y control institucional y por la ley para tales casos*".

El cargo lo sustenta el actor afirmando que establece la sanción (sic) para el ejercicio ilegal de la profesión; curiosamente, agrega, no se incluye a los terapeutas ocupacionales.

En relación con la acusación, considera la Sala que no es cierto el que la disposición establezca sanción alguna; se trata de una norma de referencia, ya que señala la imposición de "sanciones establecidas por los responsables de la vigilancia y control institucional y por la ley para tales casos".

Esta disposición suscita la atención acerca de tres aspectos relevantes:

1. Cuáles son las sanciones establecidas; 2. quiénes son los responsables de la vigilancia y el control institucional; 3. cuáles son "tales" casos.

El análisis riguroso de la acusación lleva a concluir que la disposición, por lógica *no establece sanción*. Establecer significa:

"Dejar puesta una cosa en su sitio para que permanezca y realice su función en él".

"Crear una cosa que *empieza a funcionar* o ejecutarse"

(Ambas acepciones corresponden al *Diccionario de Uso del Español*, de María Moliner).

Si la norma acusada efectivamente hubiera establecido una sanción se sabría cuál era y en qué consistía. Sólo ha remitido a las que se establezcan.

Los responsables de la vigilancia y el control institucional debe ser expresión figurada por legislador; como colofón a aquel compete determinar los casos de aplicación.

Finalmente, la presunta exclusión de los terapeutas ocupacionales de la relación de sujetos pasivos de la sanción, confirma una vez más a la Sala que la norma, gramaticalmente hablando, incurrió en falta de rigor al nombrar laxamente la misma profesión bajo dos denominaciones, terapeuta ocupacional

y terapeuta ocupacional, con la certeza de que el gobierno las tomó como sinónimas.

Lo anterior es suficiente para declarar que el cargo no prospera.

Las subrayas del acápite Consideraciones son de la Sala,

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

FALLA :

PRIMERO: Del Decreto 1884 de 1988, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Salud, decláranse nulos, en el artículo 1o., inciso 2o. que dice: " La atención ocupacional de estas enfermedades se desarrollará en coordinación con personal médico competente."

SEGUNDO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia se discutió y aprobó en la sesión del día 29 de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala, Libardo Rodríguez Rodríguez; Pablo J. Cáceres Corrales; Rodrigo Vieira Puerta;

Victor M. Villaquirán, Secretario

IMPUESTO. CONTRIBUCION. TASA

La expresión "contribuciones" empleada en la C. N. comprende los conceptos de impuestos, que consisten en cargas económicas exigidas a los administrados para atender necesidades del servicio público sin que tenga correspondencia en beneficios o compensaciones particulares y específicas a favor de ellos; de tasas en que hay una contraprestación económica específica correlativa al servicio público que los gobernados reciben del Estado; y de contribuciones especiales en que los asociados perciben un beneficio en virtud de la realización de una obra pública o actividad estatal. En las tasas y las contribuciones especiales los ingresos, a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, se destinan a satisfacer o financiar servicios públicos u obras específicas.

DEMANDA .LEGITIMACION POR PASIVA

Decir que hay inepta demanda por no haberse señalado la entidad territorial, Dpto. del Magdalena, como parte demandada, cuando en el mismo Tribunal notificó personalmente al señor Gobernador su representante judicial es llevar el rigorismo procesal a su máxima expresión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N^o. 1158 Actor : César Rolando Marcucci Vera

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, señor César Rolando Marcucci Vera, contra la sentencia de 10 de diciembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena dentro del proceso contencioso objetivo de anulación contra la Ordenanza No. 10 Bis de 15 de diciembre de 1978 expedida por la Asamblea del mencionado Departamento.

EL ACTO DEMANDADO.

Es, como se dijo, la Ordenanza 10 Bis de 15 de diciembre de 1978 "por la cual se crea el Fondo Especial de la Dirección de Transporte y Tránsito el Magdalena y se ordena a la Contraloría la reglamentación del mismo."

Dicho Fondo "funcionará con los recursos provenientes del recargo del quince por ciento (15 %) que cancelarán los contribuyentes o usuarios sobre las tarifas que pagarán en la Tesorería General del Departamento" (art. 1o.).

Por el artículo 2o. se dispone que el Tesorero General reintegrará a tal Fondo en desarrollo del artículo 2o. del Decreto 534 de 30 de diciembre de 1977 del Gobernador los dineros recaudados provenientes del recargo del quince por ciento (15 %) que pagan los usuarios o contribuyentes, por cualquier concepto, de los servicios prestados por la Dirección de Tránsito.

Por el artículo 3o. se crea la Caja Menor de la Dirección de Transportes y Tránsito del Magdalena con el objeto de atender algunos gastos pequeños de esa dependencia. En el artículo 4o. se señala el procedimiento para el manejo de dicha Caja.

Indica el artículo 5o. que se prohíbe utilizar los fondos de dicha Caja Menor para préstamos y pagos de carácter laboral.

Por el artículo 6o. se entrega a la Contraloría General Departamental la reglamentación por medio de resolución motivada de los controles para el manejo del Fondo Especial de la Dirección de Transporte y Tránsito en cuestión.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Estima el actor que el acto acusado transgrede las siguientes disposiciones:

a) El artículo 76 numeral 14 de la Constitución Política porque "la facultad para establecer contribuciones está radicada en el Congreso."

b) El artículo 187 *ibídem* según el cual corresponde a las Asambleas reglamentar de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales la prestación de los servicios públicos (ord. lo.).

c) El artículo 191 *ibídem* que concede a las Asambleas la atribución de establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fija la ley, porque "los tributos tienen que ser creados por el Legislador y que si no ha sido así la Administración no puede hacerlo".

d) El artículo 98 numeral 5 del Código del Régimen Político y Municipal que prohíbe a las Asambleas Departamentales imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravados por la ley".

En el evento *sublite* "el incremento del 15% sobre el gravamen de las contribuciones que recolecta la Tesorería por tarifas o impuesto de circulación y tránsito, están creados y gravados por la ley 48 de 1968 y demás normas reglamentarias".

e) El artículo 23 de la ley 99 de 1922 y ello porque "la Asamblea del Magdalena con base en unas facultades que aduce tener, incrementa un impuesto en un 15 % sobre el producido de otro impuesto que el Departamento del Magdalena cobra o recauda por mandato legal, lo que viene a significar que se generen dos tributos por el mismo servicio".

EL FALLO APELADO.

El Tribunal Administrativo del Magdalena declaró probada la excepción de inepta demanda con el argumento de que el actor señaló como parte demandada al señor Gobernador del Departamento siendo que el ente que debía demandarse es esta última entidad territorial.

EL CONCEPTO FISCAL

Respalda la decisión del *a-quo* y al efecto arguye que según el artículo 137 del C.C.A. uno de los requisitos de la demanda es el de designar las partes y sus representantes, lo que no sucedió en el caso sublite (fls. 10 a 12).

EL RECURSO DE APELACION.

Lo sustenta así el actor en relación con la decisión del Tribunal de declarar probada la excepción de inepta demanda y en procura de la revocación del fallo apelado:

a) La demanda fue aceptada inicialmente y el Tribunal se pronunció sobre la suspensión provisional impetrada.

b) El actor no designó como demandado al doctor Jacobo Pérez Escobar que en ese momento era Gobernador del Departamento del Magdalena sino a éste último por ser quien produjo el acto acusado y quien "... le da vida jurídica a las Ordenanzas que aprueba la Asamblea y porque es la persona que por mandato constitucional representa "a su Gobierno en todos los actos públicos que de su administración se generen."

c) Si la demanda no se ajustaba a lo establecido en el artículo 137 del C.C.A., ha debido ser devuelta al "momento de dictar el auto admisorio y no cuatro años después al momento de dictar sentencia".

Y el Tribunal la aceptó por considerarla conforme a las prescripciones legales.

d) En diez (10) providencias dictadas por el Tribunal cuando se ejercitaba la acción pública, las demandas "fueron notificadas a los respectivos Gobernadores y Alcaldes y falladas en favor de mi petición y en la DESIGNACION DE PARTES aparecen ellos como representantes legales respectivos y no el DEPARTAMENTO NI EL MUNICIPIO".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Estima ésta que la providencia apelada debe revocarse en cuanto se abstiene de pronunciarse de mérito, por lo cual y consecuentemente deberá esta Superioridad ocuparse de éste último aspecto y resolverlo.

En efecto:

Decir que hay inepta demanda por no haberse señalado la entidad territorial, Departamento del Magdalena, como parte demandada, cuando en el mismo Tribunal notificó personalmente al señor Gobernador (fl. 12 del Cdno. del Tribunal) su representante judicial (art. 194 - 4 de la Constitución Nacional) es llevar el rigorismo procesal a su máxima expresión.

Y de paso olvidar olímpicamente que los procedimientos judiciales son los cauces a través de los cuales se desenvuelven el derecho sustancial y por ello la mira del juzgador debe estar puesta en primerísimo lugar en la solución de las disputas que se susciten alrededor de tal derecho sustancial y no en deficiencias o fallas de procedimiento intrascendentes y fácilmente subsanables a través de un ejercicio simple y lógico de interpretación racional.

De ahí que sea lapidaria la norma de hermeneútica del artículo 4o. del C. de P.C. que reza: "Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

2. Entrará la Sala al examen de la cuestión de fondo dentro del mismo orden de formulación de cargos:

a) Se acusa la Ordenanza 10 Bis de 1978 de quebrantar el artículo 76 numeral 14 de la Carta Política que radica en el Congreso la facultad de decretar impuestos extraordinarios y a la vez el artículo 191 *ibídem* que confía a las Asambleas la atribución de establecer contribuciones "en las condiciones y dentro de los límites que fije la ley."

Observa la Sala:

Tradicionalmente ha venido considerándose que la expresión "contribuciones" empleada en la Constitución Nacional (artículos 43, 191, 197 - 2) comprende los conceptos de impuestos propiamente dichos (1) que consisten en cargas económicas exigidas a los administrados para atender necesidades del servicio público sin que tenga correspondencia en beneficios o compensaciones particulares y específicas a favor de ellos; de tasas (2) en que hay una contraprestación económica específica correlativa al servicio público que los gobernados reciben del Estado; y de "contribuciones especiales" (3) en que los asociados perciben un beneficio en virtud de la realización de una obra pública o actividad estatal. En las tasas y las contribuciones especiales los ingresos, a diferencia de lo que ocurre con los impuestos, se destinan a satisfacer o financiar servicios públicos u obras específicas.

b) La situación planteada en el evento sublite es la creación de un Fondo Especial (de la Dirección de Transporte y Tránsito) que se financia con un recargo del 15% de los recaudos provenientes de los pagos efectuados por "los contribuyentes o usuarios" por servicios prestados por esa Dirección

(entre varios: derechos de matrícula, de traspaso, de revisión, de avalúo, de tarjeta de operación, de vehículos). Estos ingresos se destinan a atender "los gastos que demande los servicios" de la Dirección de Transporte y Tránsito, "tales como mejoras locativas, compra de vehículos y de muebles, útiles de oficina, semáforos y "demás elementos indispensables para la buena marcha" de la referida Dirección.

Se trata entonces de tasas que los administrados que recurran ante la referida Dirección deben cubrir a fin de cumplir allí gestiones relacionadas con actividades atinentes al servicio público de Transporte y Tránsito que satisface la referida dependencia y cuyo producido tiene la finalidad exclusiva de atender necesidades de tal servicio.

c) Se pregunta entonces si el recargo del 15 % de que se ha dado cuenta está autorizado es nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto hay lo siguiente:

Dicho recargo, en primer lugar, está contemplado en el Decreto 534 de 30 de diciembre de 1977 (artículo 20) dictado por el Gobernador del Departamento del Magdalena "en uso de las facultades constitucionales y de las extraordinarias que le confiere el artículo 1o., literal f) de la Ordenanza 8 de 1977", así que hay aquí un respaldo jurídico del mencionado recargo, sin que de otro lado, se haya demostrado ilegalidad o inconstitucionalidad alguna del comentado Decreto 534, ni de la Ordenanza 8 en cuya virtud se expidió. Estando vigente uno y otra están amparados por la presunción de legalidad (artículo 192 de la Constitución Nacional) y a lo ordenado en ellos debe estarse.

No prospera el cargo.

d) Acerca de la alegada violación del artículo 98 - 5 del Código de Régimen Político Municipal que prohíbe a las Asambleas "imponer gravámenes sobre objetos a industrias gravados por la ley" nota la Sala que el porcentaje del 15 % no se aplica sobre impuestos, sino sobre rendimientos de tasas, según las explicaciones precedentes, por lo cual resulta impertinente la invocación del susodicho texto en el caso *subjudice*.

e) Tampoco se da el quebranto del artículo 23 de la Ley 99 de 1922 que es completamente ajeno al recargo controvertido, según se evidencia de su propio texto, que es conio sigue:

"Para atender a los gastos de higiene municipal, los concejos podrán gravar el consumo de las mercancías extranjeras que no estén gravados por la Nación con el impuesto de consumo. Pero el gravamen no podrá exceder de \$1.50 por cada carga o fardo de 75 kilogramos".

Es inserio por lo menos invocar esta norma, abiertamente inconducente, como transgredida.

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

FALLA :

1o. REVOCASE la sentencia de 10 de diciembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

2o. DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala el día 29 de agosto de mil novecientos noventa (1990)

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala, *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Rodrigo Vieira Puerta*;

Victor M. Villaquirán, Secretario.

SERVICIO PUBLICO. TASA. IMPUESTO - Diferencias. TARIFA.
JUNTA NACIONAL DE TARIFAS - Facultades. CONGRESO -
Facultades

Los llamados "cargos por consumo" que figuran en las resoluciones demandadas corresponden exactamente a las denominadas tasas cuyos valores (tarifas) son aprobados por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. Frente al "cargo fijo" la Sala encuentra que sustancialmente, sin mayores análisis, cae en la definición del impuesto porque las resoluciones y el Decreto 2545/84 (que lo llama cargo básico) lo independizan de cualquier obtención de servicio o bien suministrado por las Empresas Municipales de Cali. Carece este pago de la contraprestación propia de la tasa. La potestad de establecer impuestos corresponde al Congreso, no al Gobierno en uso de la potestad reglamentaria, ni mucho menos a la Junta Nacional de Tarifas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., Agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Pablo J. Cáceres Corrales*

Referencia: Expediente N°. 1504 Actor: Carlos E. Campillo P.
Naturaleza del negocio: Acción de nulidad. Decisión: Admisión de la demanda y suspensión provisional

I.- LA ACCION, LAS PRETENSIONES Y LAS PARTES

El ciudadano CARLOS E. CAMPILLO P., utilizando la acción de nulidad en su propio nombre solicita en demanda presentada el 4 de julio de 1990 la nulidad de parte de las resoluciones Nos. 28 del 21 de abril de 1987 y 221 del 17 de noviembre de 1987, expedidas por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. En consecuencia, la relación procesal se establece así:

A.- EL DEMANDANTE.- Es el Sr. CARLOS E. CAMPILLO P. quien, como abogado titulado obra en su propio nombre.

B.- EL DEMANDADO.- Es la Nación representada por el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, quien actúa como presidente de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, entidad que expidió los actos demandados.

La demanda reúne las condiciones que exigen las normas procesales por lo cual será admitida.

II.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El actor pide se suspendan provisionalmente las disposiciones demandadas así:

1o.- *Resolución No. 28 del 21 de abril de 1987.* "por la cual se establecen las tarifas de energía eléctrica para las empresas municipales de Cali -Emcali- ", expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos: El artículo 2o. en la parte dice:

"A partir del mes de mayo de 1987, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI- aplicarán al servicio residencial las siguientes tarifas:

Cat	Estrato socio económico	Cargo fijo mensual (S/usuario)
1	Bajo-bajo	35.85
2	Bajo	93.42
3	Medio-bajo	245.51
4	Medio	514.93
5	Medio-alto	1055.91
6	Alto	1651.23

"El cargo fijo mensual es independiente del nivel de consumo y su valor dependerá del estrato socioeconómico en que se encuentra clasificado el inmueble".

2o. *Resolución No. 221 del 17 de noviembre de 1987*, "por la cual se establecen las tarifas del servicio telefónico para las empresas municipales de Cali -Emcali-", de la Junta Nacional de Tarifas de Servicio Públicos, en la parte que dice:

"El cargo fijo mensual en el caso residencial dependerá únicamente del estrato socioeconómico en que se encuentre clasificado el inmueble y en el no residencial será un valor único..."

Residencial Categoría		Estrato Socio-económico
		Cargo fijo mensual Mensual (\$/usuario)
I	Bajo-bajo	122
II	Bajo	225
III	Medio-bajo	382
IV	Medio	624
V	Medio-alto	900
VI	Alto	1.160
No residencial	N.A.	2.300
Provisional	N.A.	4.000

N.A. : No aplicable.

"..."

PARAGRAFO 2. Por línea adicional instalada en el interior del inmueble residencial se podrá cobrar un cargo fijo mensual igual al establecido para el servicio no-residencial".

A.- LOS ARGUMENTOS DE LA PETICION DE SUSPENSION PROVISIONAL

El actor sostiene que las disposiciones acusadas contradicen manifiestamente estas normas a) Constitución Nacional, Arts. 32 y 39; b)

Ley 81 de 1988, Arts. 61 y 62 y c) Decretos 3069 de 1968 y 149 de 1976. Sus reflexiones se sintetizan así:

a) El estado debe intervenir en los servicios públicos por mandato de la ley y así lo ha hecho estructurando organismos de control sobre las empresas particulares de energía y acueducto que suministraban esos servicios. El Decreto 1653 de 1960 creó la Superintendencia de Regulación Económica para que estudiara y aprobara las tarifas.

b) En 1968 por el Decreto 3069 se dispuso que las empresas de servicios públicos fijaran las tarifas que entrarían a regir con la aprobación de la Junta Nacional de Tarifas.

c) El Decreto 149 de 1974 atribuyó a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos la función de determinar las tarifas de agua, energía, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos. Tal facultad la reiteró la Ley 81 de 1988.

d) Las disposiciones citadas mantienen un control sobre la fijación de tarifas para que en su determinación operen criterios técnicos acerca del valor del servicio y de los suministros que con su pago obtiene el usuario. La facultad de fijar tarifas es muy distinta de la de establecer impuestos como es concretamente el exigir por las resoluciones acusadas, el pago de "cargos fijos" que no tiene relación alguna con el pago de los consumos.

Ilustra el recurrente su argumento indicando que los cargos fijos no son contraprestaciones por la entrega al usuario de servicios o bienes como la comunicación telefónica y los fluidos eléctricos ni corresponden a la instalación del servicio con todos los elementos materiales y de fuerza laboral incorporados a ella, ni a las reparaciones, revisiones por daños y reconexiones sino que tienen la verdadera naturaleza del impuesto "de estratificación socio-económica para lo cual la Junta no tiene facultades". Añade que una vez instalado el servicio quedan satisfechos los gastos de su adquisición y el acceso permanente al sistema respectivo, por lo cual, en adelante pagará sólo lo correspondiente al consumo. El cargo fijo desnaturaliza de esa manera la tasa porque incluye en el pago del usuario un verdadero gravamen para lo cual la Junta Nacional de Tarifas es incompetente.

B.- CONSIDERACIONES DE LA SALA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION PROVISIONAL

Es imprescindible para decidir acerca de la medida cautelar 1o.) apreciar el carácter del cargo fijo acusado de ser un impuesto establecido por un organismo ejecutor del Gobierno y 2o.) la competencia de la Junta Nacional

de Tarifas según las leyes que regulan esa materia y, además, dilucidar el contenido de la competencia de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos para establecer en el esquema tarifario de las Empresas Municipales de Cali una doble conformación del pago mensual de los suministros públicos de fluido eléctrico y comunicaciones telefónicas.

Veamos: Las cuentas a pagar por el usuario se descomponen según los actos demandados, así:

1) *Un cargo fijo mensual* independiente del consumo que haga el usuario del servicio y que se determina, por las resoluciones acusadas, en función exclusivamente "del estrato socioeconómico en que se encuentre clasificado el inmueble". Su estimación no incluye en manera alguna la cuantificación del consumo ni está en relación con la mayor o menor cantidad de servicio que adquiera el suscriptor o el usuario. Tiene, así, una naturaleza esencialmente separada del servicio en sí. Se vincula, tal como lo dicen los actos administrativos juzgados, a la ubicación del inmueble que tiene acceso a ellos. Esa ubicación está clasificada desde la óptica sociológica de los estratos poblacionales de la ciudad de Cali.

Las resoluciones toman, pues, como criterio para señalar las categorías de los inmuebles que habitan los habitantes de Cali, los estratos: bajo-bajo, medio-bajo, medio, medio-alto y alto. Al lado de ellos aparecen otros conceptos propiamente urbanísticos como el residencial, el no residencial, los asentamientos subnormales o marginales para obligarlos o no a pagar el llamado "cargo fijo".

La esencia del cargo fijo es *su existencia ajena a una contraprestación que el usuario debe cancelar* ordinariamente por el acceso, permanencia y adquisición de la energía eléctrica y del servicio de comunicación telefónica.

2) *Un cargo por consumo*, que es una contraprestación por el servicio (energía o teléfono) recibido de las Empresas Municipales de Cali. Es, pues, el pago por la adquisición de unos bienes y servicios, lo cual significa que hace parte del intercambio comercial de servicio por dinero. Los artículos demandados precisan así este concepto:

a) Para el servicio de energía, la resolución 28 de 1987, dice:

"El cargo por consumo se liquidará aplicando el siguiente procedimiento: el consumo total del usuario se descompondrá por bloques de consumo según la clasificación dada anteriormente. Cada uno de los kilovatios-hora correspondientes al primer bloque de consumo se liquidará a la tarifa fijada para este bloque; cada uno de los kilovatios-hora correspondientes al segundo bloque de consumo se liquidará a la tarifa establecida para tal bloque; y así sucesivamente se repetirá el procedimiento hasta cubrir la totalidad del consumo del usuario".

b) Para el servicio telefónico, la resolución 221 de 1987 dice:

"El cargo por consumo se liquidará multiplicando el número de impulsos registrados por las tarifas establecidas a continuación".

En ambos casos es evidente que los valores establecidos por las resoluciones son la contraprestación que el usuario paga para adquirir la cantidad de servicio (fluido eléctrico y comunicación telefónica) que mensualmente haya consumido según los sistemas tecnológicos de cuantificación (kilovatios/hora o impulsos registrados) prescritos para los mismos. Es una relación mercantil de intercambio que las personas establecen con la empresa del Estado, única proveedora de esos servicios y bienes. La empresa entrega al particular el tanto de servicio que éste consume y necesite al precio que indique la orden de pago respectiva en las condiciones de modo, tiempo y lugar indicadas por la empresa oficial. El cargo por consumo opera en una relación sinalagmática que significa siempre el pago por algo que se adquiere, es decir por la electricidad y la comunicación telefónica, es un intercambio, que por lógica definición, no es unilateral ni gratuito. En síntesis, si voluntariamente se adquiere un servicio se paga por él, si no se obtiene ese servicio, no se paga.

Esta característica de intercambio es lo que vertebra el elemento definitorio de la *tasa*. La doctrina y la jurisprudencia universales están acordes en esta materia. Entre nosotros, ha dicho esta misma Sala:

"El elemento esencial que caracteriza la tasa es la noción de contraprestación, de voluntariedad; la persona entrega dinero a la Administración Pública y en cambio recibe una compensación concreta, un servicio determinado; pero no se puede decir que si la Administración por las condiciones ventajosas en que se encuentra con respecto a los particulares exige una remuneración exorbitante por los servicios que presta, está estableciendo un impuesto paralelo a la tasa. Es preciso para la determinación de la tasa, para descubrirla y graduarla, exigir en cada caso particular una confrontación de contraprestaciones..." (Cfr. C. de E., S. de lo C. A., Secc. 1a. Cons: SAMUEL BUITRAGO HURTADO. Sentencia del 4 de agosto de 1987. Expediente No. 496. Actor: HUMBERTO MEDINA).

Así las cosas, el derecho público especializado en los temas tributarios, fiscales y de hacienda pública ha ubicado las *tasas* como uno de los ingresos del Estado que, al tenor de las normas, son taxativos y así figuran en los presupuestos anuales que han de ser aprobados por los cuerpos colegiados de elección popular. Las tasas tienen esencialmente una doble contraprestación, y el señalamiento de sus tarifas lo hace la empresa oficial que preste el servicio de acuerdo con los criterios de estimación de costos y las políticas en estas materias.

En tal sentido los llamados "cargos por consumo" que figuran en las resoluciones demandadas corresponden exactamente a las denominadas tasas cuyos valores (tarifas) son aprobados por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, tal como aparece en el texto de aquellos actos administrativos y pertenecen, ciertamente, a su competencia. Es apenas lógico que corresponda a una entidad ejecutiva precisarlos en función de las variables económicas, sociales y políticas de la coyuntura y, claro está, de acuerdo con los planes de desarrollo, económicos y sociales o con las prioridades políticas que el Gobierno haya prescrito en sus programas de acción y en el modelo ideológico que oriente sus gestiones. Corresponde a este concepto el criterio consistente en que el legislador, por ejemplo, no se ocupe en la adopción de tales decisiones, ya que sus deliberaciones conducen propiamente a la prescripción de una política legislativa de larga duración, alejada un poco del conflicto cotidiano solucionable con medidas ejecutivas. El campo de las tasas y sus tarifas es puramente de gestión, de evaluación de elementos inestables y de situaciones socioeconómicas que caen en el dominio y la técnica del acto administrativo.

Una situación distinta se presenta en el caso del impuesto, porque en su determinación operan consideraciones que van desde la teoría del Estado y de sus responsabilidades hasta la pragmática política legislativa que debe adoptarse para alcanzar las metas que se han fijado los gobernantes en sus respectivos períodos democráticos.

Hemos visto que en la tasa el Estado obra como un empresario que suministra bienes y servicios a la comunidad, las personas no están obligadas a adquirir lo ofrecido por la empresa oficial, es decir, pueden sustraerse al pago de la tasa. El impuesto tiene otro fundamento y filosofía política. Su vigencia no depende de la satisfacción individual de necesidades, sino de la soberanía política del Estado, quien unilateralmente y de manera general establece a todas las personas que están sometidas a su imperio el deber, de contrubuir con dinero o especies para sus gastos. En este caso, las personas no son libres de pagar o no el dinero debido por impuesto, sino que en caso de renuencia, la potestad pública puede ejecutar su derecho a percibir la renta embargando y vendiendo judicialmente los bienes del contribuyente y pagarse, así, su crédito tributario.

En tal virtud el impuesto es una obligación de las personas de contribuir con parte de su riqueza en las cargas financieras del Estado. De tal manera que cuando el individuo incurre en los hechos causantes del tributo por esa sola razón se convierte en deudor de un crédito originado en una necesidad vinculada a los fines y las tareas del Poder público.

Los impuestos por los mismos motivos son generales e iguales. Esta es una de las características que la modernidad indica frente a las antiguas cargas feudales y absolutistas, donde la obligación tributaria tenía un carácter personal,

b) Para el servicio telefónico, la resolución 221 de 1987 dice:

"El cargo por consumo se liquidará multiplicando el número de impulsos registrados por las tarifas establecidas a continuación".

En ambos casos es evidente que los valores establecidos por las resoluciones son la contraprestación que el usuario paga para adquirir la cantidad de servicio (fluído eléctrico y comunicación telefónica) que mensualmente haya consumido según los sistemas tecnológicos de cuantificación (kilovatios/hora o impulsos registrados) prescritos para los mismos. Es una relación mercantil de intercambio que las personas establecen con la empresa del Estado, única proveedora de esos servicios y bienes. La empresa entrega al particular el tanto de servicio que éste consume y necesite al precio que indique la orden de pago respectiva en las condiciones de modo, tiempo y lugar indicadas por la empresa oficial. El cargo por consumo opera en una relación sinalagmática que significa siempre el pago por algo que se adquiere, es decir por la electricidad y la comunicación telefónica, es un intercambio, que por lógica definición, no es unilateral ni gratuito. En síntesis, si voluntariamente se adquiere un servicio se paga por él, si no se obtiene ese servicio, no se paga.

Esta característica de intercambio es lo que vertebra el elemento definitorio de la *tasa*. La doctrina y la jurisprudencia universales están acordes en esta materia. Entre nosotros, ha dicho esta misma Sala:

"El elemento esencial que caracteriza la tasa es la noción de contraprestación, de voluntariedad; la persona entrega dinero a la Administración Pública y en cambio recibe una compensación concreta, un servicio determinado; pero no se puede decir que si la Administración por las condiciones ventajosas en que se encuentra con respecto a los particulares exige una remuneración exorbitante por los servicios que presta, está estableciendo un impuesto paralelo a la tasa. Es preciso para la determinación de la tasa, para descubrirla y graduarla, exigir en cada caso particular una confrontación de contraprestaciones..." (Cfr. C. de E., S. de lo C. A., Secc. 1a. Cons: SAMUEL BUITRAGO HURTADO. Sentencia del 4 de agosto de 1987. Expediente No. 496. Actor: HUMBERTO MEDINA).

Así las cosas, el derecho público especializado en los temas tributarios, fiscales y de hacienda pública ha ubicado las *tasas* como uno de los ingresos del Estado que, al tenor de las normas, son taxativos y así figuran en los presupuestos anuales que han de ser aprobados por los cuerpos colegiados de elección popular. Las tasas tienen esencialmente una doble contraprestación, y el señalamiento de sus tarifas lo hace la empresa oficial que preste el servicio de acuerdo con los criterios de estimación de costos y las políticas en estas materias.

En tal sentido los llamados "cargos por consumo" que figuran en las resoluciones demandadas corresponden exactamente a las denominadas tasas cuyos valores (tarifas) son aprobados por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, tal como aparece en el texto de aquellos actos administrativos y pertenecen, ciertamente, a su competencia. Es apenas lógico que corresponda a una entidad ejecutiva precisarlos en función de las variables económicas, sociales y políticas de la coyuntura y, claro está, de acuerdo con los planes de desarrollo, económicos y sociales o con las prioridades políticas que el Gobierno haya prescrito en sus programas de acción y en el modelo ideológico que oriente sus gestiones. Corresponde a este concepto el criterio consistente en que el legislador, por ejemplo, no se ocupe en la adopción de tales decisiones, ya que sus deliberaciones conducen propiamente a la prescripción de una política legislativa de larga duración, alejada un poco del conflicto cotidiano solucionable con medidas ejecutivas. El campo de las tasas y sus tarifas es puramente de gestión, de evaluación de elementos inestables y de situaciones socioeconómicas que caen en el dominio y la técnica del acto administrativo.

Una situación distinta se presenta en el caso del impuesto, porque en su determinación operan consideraciones que van desde la teoría del Estado y de sus responsabilidades hasta la pragmática política legislativa que debe adoptarse para alcanzar las metas que se han fijado los gobernantes en sus respectivos períodos democráticos.

Hemos visto que en la tasa el Estado obra como un empresario que suministra bienes y servicios a la comunidad, las personas no están obligadas a adquirir lo ofrecido por la empresa oficial, es decir, pueden sustraerse al pago de la tasa. El impuesto tiene otro fundamento y filosofía política. Su vigencia no depende de la satisfacción individual de necesidades, sino de la soberanía política del Estado, quien unilateralmente y de manera general establece a todas las personas que están sometidas a su imperio el deber, de contribuir con dinero o especies para sus gastos. En este caso, las personas no son libres de pagar o no el dinero debido por impuesto, sino que en caso de renuencia, la potestad pública puede ejecutar su derecho a percibir la renta embargando y vendiendo judicialmente los bienes del contribuyente y pagarse, así, su crédito tributario.

En tal virtud el impuesto es una obligación de las personas de contribuir con parte de su riqueza en las cargas financieras del Estado. De tal manera que cuando el individuo incurre en los hechos causantes del tributo por esa sola razón se convierte en deudor de un crédito originado en una necesidad vinculada a los fines y las tareas del Poder público.

Los impuestos por los mismos motivos son generales e iguales. Esta es una de las características que la modernidad indica frente a las antiguas cargas feudales y absolutistas, donde la obligación tributaria tenía un carácter personal,

derivada del contrato de vasallaje o de behetría y, por lo mismo, desigual. Sus rasgos generales correspondían, por explicable e histórica coincidencia, a las definiciones de los delitos y las penas. El triunfo del Estado liberal da lugar a la transformación de las situaciones en las cuales los individuos deben aportar dinero al Estado o estar sometido a las sanciones. De la misma manera que las conductas delictivas y las penas son generales y jamás particulares, los impuestos tienen esa misma generalidad. Al contribuir a la satisfacción de la deuda pública, los individuos son compelidos por igual a pagar lo que les corresponda según la naturaleza del impuesto, la base gravable y las demás especificaciones que la ley haya señalado. No pueden los contribuyentes esperar por su pago una contraprestación concreta, es decir la entrega o suministro de un bien o un servicio. El intercambio anotado para el caso de las tasas es evidentemente ajeno a esta filosofía política del impuesto.

Todo lo anterior es útil para apreciar que en los actos demandados el llamado "cargo fijo" tiene estas características descritas por ellos mismos:

Primera.- El "cargo fijo" a pagar por los usuarios de la energía y los teléfonos es, según las definiciones de las Resoluciones 28 y 221 de 1987 de la Junta, distinto del cargo por consumo y, con éste último, hace parte de la cuenta mensual que aquellos deben cancelar a las Empresas Municipales de Cali.

Segunda.- El "cargo fijo" es "independiente del nivel de consumo" de la energía y del servicio telefónico.

Tercera.- El "cargo fijo" depende *exclusivamente del estrato socio económico en que se encuentre clasificado el inmueble*. Esto significa que la causa eficiente del pago del cargo fijo es la ubicación de la residencia a la cual se le han conectado o acometido los sistemas de suministro de energía y de comunicación telefónica y que el pago del cargo fijo se causa, igualmente, aún en el caso en que el consumo sea igual a cero. En esta hipótesis, además del cargo fijo, las empresas *cobrarán el llamado consumo mínimo* que autorizan las normas vigentes (Cfr. Decreto 2545 de 1984, párrafos de sus arts. 5o. y 6o.).

Cuarta.- El "cargo por consumo" se causa por haber recibido los servicios de energía y teléfono y se cuantifica según el kilovatio/hora consumido o los impulsos registrados, respectivamente. Está presente en esta definición de manera clara y evidente un intercambio de mercancías equivalente y sinalagmático.

Quinta.- En el "cargo por consumo" el usuario ha recibido efectivamente un bien y un servicio por el cual ha de pagar la tarifa de la tasa que la Junta ha establecido. En ambos casos, energía o teléfono, el valor básico del kilovatio o el impulso registrado no se establece en relación con el estrato socioeconómico sino en función del consumo. En el caso de las tarifas de

electricidad, a mayor consumo se impone una mayor tarifa. En los teléfonos basta multiplicar los impulsos registrados por la tarifa establecida que para todos los estratos es de \$ 2.00. En esta hipótesis a mas impulsos registrados corresponde un mayor valor del servicio recibido. Es una simple multiplicación sin variación alguna del nivel tarifario.

La lectura de las normas demandadas indican claramente que en el cargo por consumo se adquiere efectivamente el servicio de la empresa oficial y en el cargo fijo no se adquiere nada ni se paga por aumentos del servicio, permanencia en el mismo, mejora de sus instalaciones u otro tipo de retribución similar. Su causa es, simplemente, la ubicación del inmueble en alguno de los estratos determinados en los artículos cuya suspensión se reclama por el actor.

Frente al "cargo fijo" la Sala encuentra que sustancialmente, sin mayores análisis, cae en la definición del impuesto porque las resoluciones y el Decreto 2545 de 1984 (que lo llama cargo básico) lo independizan de cualquier obtención de servicio o bien suministrado por las Empresas Municipales de Cali. Carece este pago de la contraprestación propia de la tasa y su hecho generador es la ubicación del inmueble, que cuenta con servicios de energía y acueducto, en las categorías sociales que las resoluciones atacadas indican en sus artículos segundos. Claramente está dicho en ellas que su pago es extraño al consumo y, obviamente, que no es una contraprestación a EMCALI por energía o comunicación telefónica. Es una suma que de manera general y obligatoria deben pagar quienes han tenido acceso con sus inmuebles a los servicios de energía y teléfono.

Los decretos extraordinarios 3069 de 1968 y 149 de 1976 no crearon, pues, esa carga ni las leyes de que concedían facultades legislativas al Presidente la permitían (Cfr. Leyes 65 de 1967 y 28 de 1974). Tampoco la facultad de establecerlo pertenece al Gobierno en uso de la potestad reglamentaria ni mucho menos a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. Los artículos 43 y 76 de la Constitución atribuyen la potestad de establecer impuestos al Congreso de la República como es bien sabido en Colombia.

Prospera, pues, la medida cautelar solicitada por el actor.

En mérito de lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

DECIDE

1o. Admitir la demanda presentada en ese asunto.

2o.- Ordenar la notificación de la presente providencia al Sr. Jefe del Departamento Nacional de Planeación y al Sr. Agente del Ministerio Público.

3o.- Ordenar la fijación en lista de este asunto por el término de cinco (5) días.

4o.- Solicitar, por la Secretaría de la Sección, al Sr. Jefe del Departamento Nacional de Planeación, el envío al expediente de los antecedentes administrativos de las providencias demandadas. El funcionario dispondrá para ello de un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del recibo del oficio correspondiente.

5o.- El demandante depositará en la Secretaría de la Sección la suma de CINCO MIL PESOS M/L (\$5.000,00) para atender los gastos del proceso.

6o.- Suspender provisionalmente las siguientes disposiciones originarias de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos:

a) *Resolución No. 28 del 21 de abril de 1987*, "por la cual se establecen las tarifas de energía eléctrica para las empresas municipales de Cali - Em-cali-", expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos: El artículo 2o. en la parte que dice:

"A partir del mes de mayo de 1987, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI- aplicarán al servicio residencial las siguientes tarifas:

Cat	Estrato socio económico	Cargo fijo mensual (S/usuario)
1	Bajo-bajo	35.85
2	Bajo	93.42
3	Medio-bajo	245.51
4	Medio	514.93
5	Medio-alto	1055.91
6	Alto	1651.23

"..."

"El cargo fijo mensual es independiente del nivel de consumo y su valor dependerá del estrato socioeconómico en que se encuentra clasificado el inmueble".

SECCION PRIMERA

b) *La resolución No. 221 del 17 de noviembre de 1987*, "por la cual se establecen las tarifas del servicio telefónico para las empresas municipales de Cali -Emcali-", de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, en la parte que dice:

"El cargo fijo mensual en el caso residencial dependerá únicamente del estrato socioeconómico en que se encuentre clasificado el inmueble y en el no residencial será un valor único..."

Residencial Categoría	Estrato Socio-económico	Cargo fijo mensual Mensual (\$/usuario)
I	Bajo-bajo	122
II	Bajo	225
III	Medio-bajo	382
IV	Medio	624
V	Medio-alto	900
VI	Alto	1.160
No residencial	N.A.	2.300
Provisional	N.A.	4.000

N.A. : No aplicable.

"..."

PARAGRAFO 2. Por línea adicional instalada en el interior del inmueble residencial se podrá cobrar un cargo fijo mensual igual al establecido para el servicio no-residencial".

COPIESE, COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que el presente proyecto se discutió y aprobó por la Sección Primera en la sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sección, *Pablo J. Cáceres Corrales*; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; con Salvamento de voto, *Rodrigo Vieira Puerta*;

Victor M. Villaquirán M., Secretario

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia. SERVICIO PUBLICO.TASA. IMPUESTO. TARIFA (Salvamento del Voto)

La pretendida manifiesta infracción en la cual se fundamenta la providencia, no existe para el suscrito ni aun respecto de las normas en que se sustenta, independientemente de que ellas hayan sido o no invocadas como fundamento. A este respecto, el suscrito consejero no considera que sea "manifiestamente cierto" que los "cargos fijos" en relación con la prestación de los servicios públicos constituyan impuestos y no tasas, pues ello equivaldría a desconocer que las tarifas de los servicios públicos puedan ser "fijas" o aun iguales para todos los usuarios, como ha sucedido históricamente en muchos casos y aún se conserva en algunos, a pesar del avance que por razones de equidad y de técnica en los métodos de cálculo de las tarifas se ha producido.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ. AL AUTO DE LA SECCION PRIMERA, POR EL CUAL SE ADMITIO LA DEMANDA Y SE DECRETO LA SUSPENSION PROVISIONAL SOLICITADA.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.-

Bogotá D.E. veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Pablo J. Cáceres Corrales*

Referencia: Expediente N° 1504 Actor: Doctor Carlos E. Campillo P.

Con el debido respeto, el suscrito Consejero se aparta de la decisión adoptada por la Sala, por no estar de acuerdo con la suspensión provisional decretada, por las siguientes razones:

1a.- De conformidad con el art. 152 del C.C.A., en tratándose de la acción de nulidad, dos son los requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos, a saber:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida; y

b) Que haya *manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas* como fundamento de la misma, *por confrontación directa* o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud (Se subraya).

2a.- En el caso de la referencia, sin duda se cumplió el primero de los requisitos mencionados, ya que en el texto mismo de la demanda se solicita de manera expresa la suspensión provisional (fl. 20 del expediente).

3a.- Pero en relación con la *manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas* como fundamento de la petición, *por confrontación directa*, como se pretende por el demandante, considero que de ninguna manera se reúne dicho requisito, por las siguientes consideraciones:

En el acápite de la demanda correspondiente a la SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL, el demandante se limita a sustentar dicha solicitud "por infracción manifiesta de las disposiciones citadas como fundamento de la nulidad, en cuanto que se introduce el criterio de "cargo fijo" en la tarifa, y no habiendo contraprestación para el ciudadano, ella se transmuta en impuesto, excediendo la Junta las facultades legales que le han sido asignadas. La Junta puede fijar tarifas pero el cargo fijo no es una tarifa". Cita adicionalmente una sentencia del Consejo de Estado, en lo cual se hacen referencias generales al concepto de tasa. Finalmente se refiere a que el cargo fijo mensual "no tiene relación con la tarifa sino con un factor ajeno a la prestación del servicio pues la ubicación social de una vivienda no tiene nada que ver con el costo de instalación, sino con los ingresos de sus habitantes, criterio que no puede evaluar la junta de tarifas sin apartarse de sus funciones y sin violar la ley". Esta es toda la sustentación de la solicitud de suspensión provisional.

Como la solicitud se refiere a "las disposiciones citadas como fundamento de la nulidad", para decidir sobre ella sería necesario aceptar, aunque no es muy técnico hacerlo, que el fundamento preciso se encuentra en el acápite de **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION**, que está contenido en los folios 18 y 19 del expediente.

Pero también en este acápite de la demanda, el actor se limita a indicar como normas violadas las siguientes y pretende explicar el concepto de la violación así:

- Arts. 32 y 39 de la Constitución Nacional, sin explicar en relación con ellas ningún concepto de violación.

- "Decreto 3069 de 1968, por el cual "se creó la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, estableciendo en el art. 5o. que las tarifas en adelante serían fijadas por las empresas que prestaran el servicio y que la Junta debía aprobarlas previamente para que pudieran entrar a regir". Como puede verse fácilmente, de esta sustentación tampoco puede excluirse ninguna infracción de los actos acusados.

- " El Decreto 149 de 1974 señaló como función de la Junta Nacional de Tarifas de servicios públicos fijar las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos. Esa facultad se ratificó por la Ley 81 de 1988". Tampoco de esta "sustentación" puede resultar ninguna infracción manifiesta de los actos acusados, ya que las normas presuntamente violadas se limitan a señalar la función de fijar tarifas, que fue lo que hicieron o pretendieron hacer aquellas.

De acuerdo con lo anterior, las posibilidades de fundamento de la nulidad, y por consiguiente de la suspensión provisional, quedan reducidas a lo expresado en el folio 19 del expediente, que puede resumirse así:

- Que el concepto de cargo fijo constituye un impuesto y así viola normas superiores (las cuales no se indican), "porque la Junta Nacional de Tarifas puede fijar tarifas pero no impuestos".

- Que el pago del cargo fijo "es independiente en todo del uso de servicio y que su pago garantiza el acceso al servicio. Sin embargo, a la luz de las disposiciones legales (que no cita) y de la Jurisprudencia del Consejo de Estado (que tampoco cita), el cargo fijo es ilegal, porque por su pago no existe contraprestación y, además, para garantizar el acceso al servicio el usuario paga derecho de instalación del servicio, matrícula del servicio, revisiones por daños del servicio y reconexiones. El cargo fijo al subsumirse en el valor de la tarifa, desnaturaliza el concepto de tasa y es la aplicación de un impuesto (de estratificación socioeconómica Art. 112 ley 09/89) para lo cual la Junta no tiene facultades".

- Finalmente el demandante afirma que "una vez instalado el servicio el ciudadano no debe pagar más del valor del consumo, porque se sobreentiende que allí está incluido el valor de los cálculos financieros para garantizar la prestación futura del servicio y sus ampliaciones", y que "el pago de los

derechos de matrícula y conexión al servicio son suficientes precios para que el usuario goce de servicio en forma permanente".

La anterior es toda la argumentación planteada por el demandante para sustentar la demanda de nulidad y que, como quedó expresado, solicita tener en cuenta para resolver su solicitud de suspensión provisional.

Frente a esa argumentación, el suscrito Consejero no cree que se cumpla el requisito ya indicado de que haya *"manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento, por confrontación directa"*.

Al respecto, debe tenerse presente que la ley ha sido especialmente exigente en la reglamentación de la figura excepcional de la suspensión provisional, dada su trascendental incidencia en el orden jurídico, no solo en relación con la petición sino también con los poderes del juez para decretarla. En efecto, de las reglas establecidas en el art. 152 del C.C.A. para que proceda la suspensión provisional, resulta claramente que algunas de ellas son de exclusivo cumplimiento del demandante, como las referentes a la solicitud y sustentación expresa antes de que sea admitida la demanda y la comprobación del perjuicio cuando se trata de acciones distintas de la de nulidad.

Pero otras reglas, precisamente las de fondo, consagran requisitos que son concretamente para el juez, como los siguientes:

- a) Que haya *manifiesta infracción* del acto demandado frente a una norma superior.
- b) Que la manifiesta infracción sea de *una de las disposiciones invocadas como fundamento de la petición*.
- c) Que la manifiesta infracción sea *por confrontación directa* o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el caso de la referencia, las consideraciones que concretan al salvamento de voto del suscrito Consejero, son las siguientes:

- a) La pretendida manifiesta infracción en la cual se fundamenta la providencia que decretó la suspensión provisional no es de ninguna de las disposiciones invocadas por el demandante. En efecto, dicha providencia se basa principalmente en el Decreto 2545 de 1984, parágrafos de sus arts. 5o. y 6o. (fl. 33); las leyes 65 de 1967 y 28 de 1974 (fl.35); y los arts. 43 y 76 de la Constitución Nacional, ninguna de las cuales normas es invocada como fundamento de la petición de suspensión provisional y ni siquiera como fundamento de la demanda.

b) La pretendida manifiesta infracción en la cual se fundamenta la providencia, no existe para el suscrito ni aún respecto de las normas en que se sustenta, independientemente de que ellas hayan sido o no invocadas como fundamento. A este respecto, el suscrito Consejero no considera que sea "manifiestamente cierto" que los "cargos fijos" en relación con la prestación de los servicios públicos constituyan impuestos y no tasas, pues ello equivaldría a desconocer que las tarifas de los servicios públicos puedan ser "fijas" o aún iguales para todos los usuarios, como ha sucedido históricamente en muchos casos y aún se conserva en algunos, a pesar del avance que por razones de equidad y de técnica en los métodos de cálculo de las tarifas se ha producido. En efecto, uno de los principios básicos que han regulado las actividades de servicio público es el de la "igualdad frente al servicio", que es una manifestación particular del principio más general del derecho consistente en la igualdad de todos ante la ley y se traduce en que el servicio público debe ser prestado a los usuarios sobre un pie de igualdad, es decir, sin discriminaciones. No obstante, esa igualdad, que en un principio se consideraba absoluta, con fundamento en la equidad se ha venido transformando en una igualdad en la medida en que los usuarios se encuentren *en situación similar* frente al servicio. Es este cambio, precisamente, el que ha permitido el establecimiento de tarifas diferenciales en los servicios públicos, de acuerdo con grupos de usuarios que se encuentran en esas situaciones similares o semejantes, sin que ello implique que para algunos servicios no pueda existir aún la tarifa fija o combinarse el sistema de tarifa fija con el sistema de tarifa estratificada, o aún la "tarifa fija por estratos", combinada con cargos por consumo efectivo.

c) En todo caso, lo que sí me parece incontrovertible es que la pretendida manifiesta infracción, no es ni *manifiesta* ni por *confrontación directa*, ya que para llegar a la decisión de suspensión provisional, el auto aprobado debió realizar toda una serie de reflexiones alrededor de normas invocadas, de jurisprudencias y de consideraciones teóricas, que son extrañas a una decisión de suspensión provisional y que deben ser objeto del análisis de fondo al momento de la sentencia.

Libardo Rodríguez Rodríguez

Bogotá, D.E., siete de septiembre de mil novecientos noventa

**AREA METROPOLITANA. DECRETO METROPOLITANO.
ACUERDO METROPOLITANO**

La posibilidad de establecer un área metropolitana permite la adopción de un régimen común que los municipios integrantes de la nueva unidad administrativa no pueden desconocer ni menos contrariar. No es suficiente razón invocar la autonomía municipal pues cuando el municipio accedió a integrarse al área metropolitana estaba abandonado el ejercicio municipal en favor de las decisiones metropolitanas. No puede el municipio adoptar decisiones contrarias a lo prevenido en Acuerdos y Decretos Metropolitanos.

CONFIRMA LA NULIDAD de la Resolución número 438 de 1988 (29 de junio) expedida por el alcalde de Itagüí.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Bogotá, D.E., Septiembre trece (13) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso N^o.1281 Actor : EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA LIMITADA.

La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda., por intermedio de apoderado debidamente constituido, demanda en acción de nulidad, de que da cuenta el artículo 84 del C.C.A., la Resolución 438 de 1988 (29 de junio), expedida por el Alcalde de Itagüí (Antioquia), y "por

medio de la cual se suspende la obra de construcción con destino al tren metropolitano en el municipio de Itagüí", por ser contraria a la ley.

I. ANTECEDENTES

El actor fundó su demanda en los siguientes hechos:

1. Se pretende con el acto acusado suspender los trabajos de construcción del tren metropolitano contrariando actos de superior jerarquía normativa.

2. El proyecto vial, elaborado por el departamento, fue adoptado para el Area Metropolitana por el Acuerdo Metropolitano 8 de 1981.

3. Por el Acuerdo 8 de 1984 se determinó que los proyectos serían elaborados conjunta y armónicamente para el desarrollo del Area Metropolitana.

4. El Acuerdo 11 de 1984 determinó la construcción del tren metropolitano en el área del Municipio de Itagüí.

En el concepto de violación el actor señaló que la Constitución Política, en su artículo 198, inciso 2, dispone lo siguiente:

"Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más municipios de un mismo departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales, bajo autoridades y régimen especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización..."

Por su parte el Decreto Ley 3104 de 1979, dispone que los acuerdos y decretos metropolitanos no podrán ser desconocidos por actos del orden municipal. Lo propio dispone al Decreto ley 1333 de 1986 (Código del Régimen Municipal), en el artículo 348 y siguientes. De ello se colige la violación de precepto superior por el acto acusado.

"pues con el aparecimiento del nuevo orden administrativo, las áreas metropolitanas, sus actos, bien sean los acuerdos de la Junta Metropolitana o los decretos del alcalde Metropolitano, son de obligatoria observancia para los municipios miembros del área y como tal (sic) se encuentran en una superior categoría de la jerarquía normativa y no pueden ser desconocidos mediante actos de los concejos y alcaldes, respectivamente." (fl. 13, cuaderno 1).

Según el actor, la jurisprudencia es pródiga en precisiones sobre la jerarquía de normas. En consecuencia, prevalecen la posterior o la especial,

cuando se trata de la oposición de preceptos convergentes para la solución de una situación jurídica determinada.

II. LA SENTENCIA APELADA

Sostiene lo siguiente:

1. El área metropolitana es institución jurídica destinada a atender los intereses de la población de cierta circunscripción territorial. La ley ha reglado lo concerniente a las *áreas metropolitanas*, comenzando por la disposición constitucional contenida en el artículo 198, inciso 2, concordado con lo dispuesto en el artículo 7o., inciso 1 *ibídem*.

2. El acto acusado dispuso la suspensión de las obras del tren metropolitano bajo condición de obtener licencia de construcción y garantía de no haber derrame de la contribución de valorización al municipio de Itagüí; dispuso - el -acto acusado- lo concerniente para la suspensión material efectiva de las obras.

3. Los acuerdos y decretos metropolitanos son obligatorios para las autoridades municipales del área. Y como el municipio de Itagüí hace parte de la misma, sus autoridades se hallan imposibilitadas para decidir en contra de lo dispuesto en aquellos. De lo anterior concluye declarando la nulidad de las normas acusadas.

III. EL RECURSO DE APELACION

El municipio de Itagüí, por intermedio de apoderado, recurre en apelación con fundamento en las consideraciones que siguen:

Es cierto que el municipio de Itagüí hace parte del Area Metropolitana, cuyos actos no pueden ser desconocidos por las autoridades municipales. Sin embargo este reconocimiento es objetado por lo que expresa en los términos siguientes:

" ... pero vale la pena preguntarse qué pasa cuando inconsultamente (sic) y con hondo perjuicio para el municipio -en su secretario de planeación- el área traza una serie de planes y programas, *desconociendo por completo la autonomía de decisión administrativa, dejando al garete los programas trazados por el municipio*; las áreas metropolitanas no pueden convertirse en freno para el desarrollo municipal, *cuando sin el menor miramiento a las políticas internas municipales* haciendo (sic) de la potestad que cobija el área se vulnera (sic) las políticas que cordinalmente (sic) fija en asocio de las demás dependencias del ente municipal" (fl. 60, cuaderno 1).

Las normas del orden nacional han reforzado el poder de los entes territoriales municipales, cuyos fundamentos son los principios de la descentralización administrativa y "con la acertada reforma constitucional de alcalde popular"; en cabeza de los alcaldes se radicaron competencias de que antes carecían como el manejo del transporte público y urbano y suburbano.

El acto administrativo anulado se dictó en virtud de las autorizaciones del Decreto 80 de 1987 y su reglamentario 1066 de 1988.

IV. VISTA FISCAL

El Decreto 3104 de 1979 constituye el régimen de las áreas metropolitanas. Corresponde a los integrantes del área mantener estrechas relaciones entre sí; compete, por otra parte, a la Oficina de Planeación del Municipio, núcleo del área preparar el plan integral de desarrollo, y a la Junta Metropolitana *"adoptar el plan vial y los planes maestros de servicios públicos para el área."* (fl. 14, cuaderno del recurso). (La subraya es del colaborador fiscal).

A lo anterior se debe agregar que el artículo 351 del Decreto 1333 de 1986 establece que las decisiones metropolitanas son obligatorias para las autoridades municipales del área y no podrán ser desconocidas por actos administrativos de los concejos y los alcaldes de los municipios integrantes. La resolución acusada dispuso suspender la obra de construcción del tren metropolitano en el municipio de Itagüí con lo cual está incurriendo en la prohibición de normas superiores en relación con decisiones de las autoridades metropolitanas. La Corporación ya había pronunciado la ilegalidad cuando confirmó la decisión en la cual se suspendía el acto administrativo acusado. En tales condiciones -concluye- no deben prosperar las pretensiones del apelante.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Entre las previsiones del artículo 84 del C.C.A., se halla lo concerniente a la infracción, por parte del acto administrativo, de las normas en que debería fundarse. Entendido el orden jurídico como estructura jerárquica, entre las normas existen relaciones de interdependencia y subordinación. De donde la ilegalidad de un acto administrativo puede provenir de ser el acto acusado contrario a una norma que le es superior. La ilegalidad se demuestra mediante cotejo normativo entre la decisión administrativa acusada y los preceptos superiores que ella debía respetar.

B. La Resolución 438 de 1988 se fundó en los siguientes motivos:

"a) Que en jurisdicción del municipio de Itagüí, se vienen realizando obras con destino al tren metropolitano, *sin que previamente se haya*

(sic) tramitado ante Oficina de Planeación de Itagüí, los correspondientes permisos.

"b) Que desde la iniciación de las obras del tren metropolitano se le manifestó a la ciudadanía, que esta obra se ejecutaría con recursos propios.

"c) Que de acuerdo a (sic) las comunicaciones sostenidas con los directores del tren metropolitano, inconsultamente han manifestado que se hará un derrame de valorización y plusvalía en nuestra ciudad, y

"Que solamente compete a los Honorables concejales municipales y a los alcaldes locales respectivos, derramar cargos impositivos dentro de su jurisdicción."

C. El inciso 2 del artículo 198 de la Constitución Política es del siguiente tenor:

" ...

"Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más municipios de un mismo departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales, *bajo autoridades y régimen especiales*, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización. Corresponde a las Asambleas, a iniciativa del Gobernador y oída previamente la opinión de los concejos de los municipios interesados, disponer el funcionamiento de las entidades así autorizadas.

"La ley ... "

El establecimiento del área metropolitana se condiciona, según lo dispuesto en el artículo anterior, a las siguientes exigencias:

1. Existir entre los municipios de un mismo departamento, *relaciones de conjunto de un área metropolitana*.

2. Gozar de personalidad jurídica con la participación de las autoridades municipales.

3. Disponer la asamblea, a iniciativa del gobernador y oídos previamente los Concejos Municipales involucrados, el funcionamiento del área.

La primera exigencia se cumplió, en el caso de autos, de la siguientes forma:

a) Ley 61 de 1978 (diciembre 15), orgánica del desarrollo urbano.

Mediante el artículo 9o. *ibídem* se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República.

b) Decreto Ley 3104 de 1979 (diciembre 14), "por el cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de las áreas metropolitanas," en uso de dichas facultades de la Ley 61.

El artículo 11 de ésta dispone lo siguiente:

"En las áreas metropolitanas, la oficina o dependencia de planeación del municipio que constituya el núcleo principal será la encargada de preparar el Plan Integral de Desarrollo, el correspondiente Programa de Inversiones Sectoriales y los demás acuerdos relativos a la materias de que trata el numeral 1o. del artículo 6o. del presente decreto, así como coordinar su ejecución con las distintas autoridades públicas y prestar asistencia técnica a la Junta y al alcalde metropolitano para el cumplimiento de sus funciones.

"De la misma manera, las funciones relativas a la contribución de valorización del orden metropolitano serán cumplidas por la oficina o dependencia que en el municipio que constituya el núcleo principal, se ha organizado para los mismos fines."

El artículo 6o., numeral 1o. en referencia, regula lo concerniente a las funciones de la junta metropolitana. Para el examen que hace la Sala sobre las condiciones de legalidad quebrantadas por el acto acusado, es suficiente el inciso segundo del artículo 11, en que se faculta a la oficina o dependencia del municipio núcleo principal para el cumplimiento de "las funciones relativas a la contribución de valorización del orden metropolitano."

c) La Ordenanza 34 de 1980 (noviembre 27), "por medio de la cual se dispone el funcionamiento del área metropolitana del Valle de Aburrá".

El artículo 1o. enumera los municipios que la integran entre los que se encuentra el de Itagüí; las demás disposiciones determinan el régimen, dentro del ámbito de las facultades que le competen a la Asamblea Departamental.

d) Previene el artículo 4o. del Decreto 3104 de 1979 que el Gobierno y la Administración de las Areas Metropolitanas estarán a cargo de una Junta y un Alcalde Metropolitano, quienes en uno y otro caso expiden acuerdos (art. 6o. ib.) y decretos (art. 10o ib.)

El artículo 3o. *ibídem* (reiterado por el artículo 351 del Decreto 1333 de 1986) dispone que "los Acuerdos y Decretos Metropolitanos serán

obligatorios para las autoridades municipales del aérea y no podrán, en consecuencia, ser desconocidos mediante actos administrativos de los Concejos y Alcaldes de los municipios que la conforman".

e) Mediante Acuerdo Metropolitano No. 8 de 1981 se adoptó el plan vial del Area Metropolitana y por el Acuerdo No. 8 de 1984, por el cual "se asignan unas funciones en relación con el proyecto sobre transporte masivo para el área metropolitana del Valle de Aburrá," se establece que la definición que haya de asumirse con respecto al plan maestro del sistema del referido transporte masivo y sus áreas de desarrollo corresponde al Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana (art. 1o).

D. No existe duda de que el área metropolitana es una unidad administrativa de estirpe constitucional, cuyo origen se encuentra en el precepto del artículo 7o. de la Constitución Política que reza así:

"Fuera de la división general del territorio habrá otras, dentro de los limites de cada departamento, para arreglar el servicio público.

"La divisiones relativas a lo fiscal, lo militar, la instrucción pública, la planificación y el desarrollo económico y social, podrán no coincidir con la división general."

Y la posibilidad de establecer un área metropolitana permite la adopción de un régimen común que los municipios integrantes de la nueva unidad administrativa no pueden desconocer ni menos contrariar. La facultad para formar una división que no coincida con la general de los municipios está condicionada a que cada uno de estos cede en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales para sujetarse a las determinaciones de la autoridad metropolitana. De ahí que no haya riesgo de controversia. Y no es suficiente razón invocar la autonomía municipal pues cuando el municipio accedió a integrarse al área metropolitana estaba abandonando el ejercicio municipal en favor de las decisiones metropolitanas.

Por lo anterior, no bastan, a juicio de la Sala, las consideraciones que se alegaron en la parte motiva del acto acusado. Tampoco precisó la administración interesada qué sentido tenía la expresión *inconsultamente* de la resolución bajo examen, pues siendo los acuerdos y demás normas que integran el régimen del área metropolitana superiores a aquella, no mencionó preceptos de superior jerarquía que, al establecer una excepción en favor del municipio de Itagüí, constituyera el fundamento de legalidad de la resolución acusada. Ante tamaña deficiencia, la Sala habrá de declarar que el acto acusado efectivamente contradice normas superiores en las cuales debía fundarse. (Las subrayas son de la Sala).

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

FALLA:

CONFIRMARSE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día trece de septiembre de mil novecientos noventa (1990) según acta No. 32.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta; Myriam Guerrero de Escobar

AVALUO CATASTRAL. IMPUESTO PREDIAL. BIEN INMUEBLE. INMUEBLE INDUSTRIAL.

Para todos los efectos del catastro, entre ellos, determinar el valor económico de los bienes inmuebles y "fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial", la ley reconoce "el inmueble industrial". como una unidad económica jurídica. El "inmueble industrial", es una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que la hacen operante: suelo, instalaciones, maquinarias y servidumbres todas igualmente indispensables, sin que quepa el distingo que hace la sentencia entre elementos principales y necesarios según su valor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección primera

Bogotá, D.E., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: *Proceso N^o. 185 Actor : PRODUCTORA DE PAPELES S.A. "PROPAL".*

La sociedad PRODUCTORA DE PAPELES S.A. "PROPAL" por medio su representante legal y por conducto de apoderado especial ocurre ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, hoy de restablecimiento del derecho establecido en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, deprecando de ella se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Es nula la resolución No. DV-783 de julio 10 de 1978 de la Dirección Seccional del Valle del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en cuanto para fijar el avalúo del Predio 2-106-001 y para los efectos del Impuesto Predial, C.V.C., y complementarios incluyó el valor de maquinaria y otros activos muebles por valor neto en libros a diciembre 31 de 1977 de \$525'652.342.62"

"2. Es nula la Resolución No. DV-874 de junio 28 de 1978, de la Dirección Seccional del Valle del Instituto Geográfico Agustín Codazzi por la cual se negó la reposición intentada contra la Resolución No. DV-783 de julio 10 de 1978."

"3. El restablecimiento del derecho, en consecuencia, debe ordenar se disminuya el avalúo catastral del Predio No. 2-106-001 en la suma de \$525'652.342.62 que es el monto de maquinarias y equipos y otros activos muebles por su valor neto a 31 de diciembre de 1977, para efectos de liquidar y pagar el impuesto predial, C.V.C. y complementarios."

Cita la actora como normas violadas por los actos acusados, los artículos 658 del C.C. en armonía con el artículo 85 del Decreto 1301 de 1940; el artículo 9o. del Decreto 2156 de 1970; el artículo 59 del Decreto 2053 de 1974; los artículos 1o., 2o. y 3o. del decreto 1649 de 1976; el numeral 9o. del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal; y el numeral 4o. del artículo 171 de la Ley 4a. de 1913.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, hoy 84 del Decreto 01 de 1984 y de restablecimiento del derecho, se presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle la demanda que culminó con sentencia de primera instancia proferida por dicha Corporación. Apelada ante el Consejo de Estado la decisión del Tribunal Administrativo del Valle y surtida toda la *segunda instancia*, en el momento de emitir su concepto de fondo el Colaborador Fiscal propuso la nulidad de todo lo actuado por incompetencia del a quo para conocer de la acción, para entonces por la cuantía superior a \$300.000. de conocimiento en única instancia por esta Corporación al tenor del artículo 34 de la Ley 167 de 1941, modificado por el artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964 y la Ley 22 de 1977.

Declarada la nulidad mediante auto de 22 de abril de 1983 (fls. 79 a 86) y avocado el conocimiento de la acción por el Consejo de Estado, el proceso fue destruido en los infaustos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el proceso estaba en la etapa probatoria.

Reconstruido conforme a las previsiones del Decreto 3825 de 1985, se surtieron las diferentes etapas que faltaban, entre ellas se decretó una inspección judicial con intervención de peritos, (fls. 149 a 157).

Surtido el resto del procedimiento ordenado en la ley y presentados los alegatos de las partes y el concepto de la Fiscalía, ha entrado a la Sala para que se profiera sentencia.

LOS ACTOS ACUSADOS

Se impugnan las Resoluciones Nos. DV-733 y DV0874 de julio 10 y 28 de 1978, respectivamente expedidas por la Seccional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi I.G.A.C. de Cali, por medio de las cuales se determinó:

RES. DV-783/78: Inscribir el predio ... No. 2-106-001, ubicado en el Municipio de Yumbo Pto. Isaac y se le fijó un avalúo de \$624'467.000. con vigencia de enero 1o. de 1978.

RES. DV.-874/78: Confirma la Res. 873 de 1978; se agota la vía gubernativa y se ordena remitir sendos ejemplares a las oficinas de rigor para que se hagan las anotaciones en los documentos catastrales.

El primero de los actos impugnados tuvo como fundamento que, una vez ordenada la revisión de la Formación del Catastro de Yumbo, ordenada a su vez la revisión entró en vigencia por medio de la Resolución DV- 297 de diciembre 30 de 1977; pero que, dentro del período de información y reclamos, la Administración pudo constatar la omisión de uno predios industriales, "debido a la no presentación oportuna por parte de las Directivas de esas industrias de la relación de maquinaria, la cual es indispensable para la liquidación de los avalúos", y con base en la información suministrada por la misma empresa -PROPAL-, se fijó el avalúo de \$624'467.000. pesos para la vigencia que se iniciaba el primero de enero de 1978.

De ello se infiere con toda claridad que para determinar el avalúo se tuvo en cuenta el valor del inmueble (terreno) más el de la maquinaria y equipo instalados en él, tomando todo como un inmueble industrial, "unidad desde el punto de vista físico, económico y jurídico".

El segundo de los actos acusados, que confirma el anteriormente enunciado, tiene como fundamento de su contenido el artículo 656 del C.C. en cuanto en él se establece la inmovilidad jurídica de los muebles por su naturaleza que se convierten en inmuebles por destinación, por la adherencia al suelo cuya separación no es posible sin el detrimento que ello conlleva para aquel bien inmueble al cual se encuentran instalados, adquiriendo por esto la condición de inmuebles por naturaleza

Se hace hincapié por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -Seccional de Cali- en el régimen de derecho que viene aplicando a partir de la ley 65 de 1939, del Decreto 1301 de 1940, el Decreto 1250 de 1970 y 2156 de 1970.

Que como desarrollo de dicha normatividad y en aplicación del artículo 84 del Decreto 1301 /40, que especifica los elementos que han de incluirse en el avalúo: valor del inmueble propiamente dicho y el valor de las cosas que se consideren como adherencia, destinación o radicación de conformidad con los artículos 656, 657, 658, 660 y 661 del Código Civil; que el gravamen que surja como impuesto predial, según las previsiones de la Ley 34 de 1920, recae sobre la propiedad raíz, considerada ésta como un todo que incluye junto al suelo las cosas consideradas como radicadas a él, adheridas o destinadas, llámense en este caso, inmuebles por naturaleza o por radicación.

RAZONES DE LA DEMANDA

La actora en su demanda, dirigida únicamente contra los actos en cuanto en ellos se involucra al Predio No. 2-106-001, presenta cuatro cargos a saber:

1. Violación directa del artículo 658 del C.C. en armonía con el artículo 85 del Decreto 1301 de 1940.

2. Violación del artículo 9. del Decreto 2156 de 1970.

3. Violación del artículo 59 del Decreto Ley 2053 de 1974; de los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1649 de 1976; y del artículo 171 No. 9 del Código de Régimen Político y Municipal.

4. Violación del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal en su numeral 4o.

Expone la demanda como concepto de las violaciones antes aludidas, que al incorporar cosas corporales muebles como es el caso de las máquinas y equipos en los avalúos efectuados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en contra de los intereses de la actora, pretendiendo darles el significado de establecimiento industrial, se está violando el artículo 658 del C.C., pues dicha incorporación no va en beneficio del inmueble sobre el cual se agrega, ni para su uso y cultivo, sino su colocación es simple y por lo mismo, los objetos así utilizados conservan su calidad de muebles. Se basa en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado de la cual extrae el siguiente aparte:

"El principio es el siguiente: "Se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo (sic) de que puedan separarse sin detrimento."

...

La expresión "uso, cultivo y beneficio" es una expresión unitaria, que los gramáticos llaman endíadis y que consiste en expresar una idea, que podría expresarse con un sólo sustantivo, con varios sustantivos de significado similar. Por ejemplo, para decir civilización se dice humanidad y la cultura.

"En el caso presente, la expresión "uso, cultivo y beneficio" expresa la idea de que el inmueble está al servicio del inmueble, como la yunta de bueyes o el tractor están al servicio de la hacienda cuyos campos aran, pero como no están los ganados de engorde ni las maquinarias industriales que, si bien se sirven del suelo no le sirven a él. Porque una cosa es servirse del inmueble y otra muy distinta es servir al inmueble. Y lo que el artículo 658 exige es que el mueble sirva al inmueble y no lo contrario."

Expone también la actora, que como consecuencia de haberse sustituido el artículo 78 del Decreto 1250 de 1970 por el artículo 9o. del Decreto 2156 del mismo año, el contenido del artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 que hacía remisión al artículo 658 del C.C., arriba mencionado e interpretado por la jurisprudencia transcrita, se zanjó dicha interpretación sobre la aplicabilidad de los muebles adheridos a un inmueble, puesto que el artículo 9o. del Decreto 2156 de 1970, remitió sólo a los artículos 656 y 658 del C.C., dejando por fuera al 658 que se prestaba a interpretaciones diferentes, al decir dicha disposición que en los avalúos se incluirá "el valor corriente de los bienes a que se refieren los artículos 656 y 657 del Código Civil". En ello precisamente está la violación.

Para fundamentar el tercero de los cargos, la actora precisa que las normas invocadas son del orden tributario que permiten al contribuyente el derecho de depreciar sus costos hasta el 100% de todos los activos fijos tangibles.

Precisamente al incluir en el avalúo dado por el I.G.A.C. el valor de los bienes muebles sin efectuar o tener en cuenta la depreciación que sobre ellos tiene derecho la actora, se violaron tales disposiciones de superior jerarquía, así como se estaría en presencia de una doble gravación, con lo cual se estaría violando el numero 9o. del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal.

Por último se fundamenta el cuarto cargo, en la violación del ordinal 4o. del artículo 171 del C. de R.P.M. que prohíbe a los municipios **"IMPONER CONTRIBUCIONES EN CUALQUIER FORMA A LA PROPIEDAD INMUEBLE, CUANDO ESTA SE HALLE GRAVADA CON EL IMPUESTO PREDIAL"**, dado que al adherirse al inmueble los muebles por

destinación, dichos muebles se están gravando doblemente: una vez con el impuesto predial y otra con el impuesto de Industria y Comercio con que el Municipio de Yumbo tiene aforado a la actora.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi mediante apoderado se hizo parte en el proceso y en su escrito de alegato de conclusión que obra a folios 180 y s.s., pide que se desestimen las pretensiones de la demanda por considerar que los actos acusados fueron expedidos conforme a la normatividad vigente; así mismo, solicita que en el evento de prosperar el punto 4 de sus alegaciones, se inhiba la Corporación de proferir fallo, dado que las pretensiones de la actora ya fueron obtenidas, al aplicarse la Ley 14 de 1983 y descontarse del avalúo el valor de la maquinaria.

Dice la impugnadora de la demanda, que en el año de 1978, fecha en que se expidieron los actos acusados, estaba vigente la normatividad contenida en la Ley 65 de 1939, el Decreto 1301 de 1940, los Decretos 1250 y 2156 de 1970 y la Resolución 444 de 1977 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Considera que la jurisprudencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 1979 (octubre 8) con ponencia del Consejero Carlos Galindo Pinilla, actor: BAVARIA S.A., modificó la anterior de la Corporación, que sostenía la tesis de la demandante, teniendo esta última en cuenta "el inmueble industrial" como un concepto de unidad económica-jurídica.

"Tan fundada y razonada es la tesis de que el valor de la maquinaria hacía parte en 1978 del avalúo catastral, que fue necesaria una disposición con categoría de ley para retirar ese elemento del avalúo catastral. En efecto, el artículo 11 de la Ley 14 de 1983 preceptúa que: "En ningún caso los inmuebles por destinación harán parte del avalúo catastral."

Sobre la alegada depreciación de la maquinaria, el I.G.A.C., sostiene que es un fenómeno puramente contable que no tenía por qué ser el elaborado por dicho Instituto porque las normas catastrales vigentes no lo permiten.

La entidad catastral se limitó a solicitarle a la sociedad actora que le manifestara por escrito el valor contable de la maquinaria y efectivamente ella "dijo en carta de 23 de enero de 1978 que el valor en libras de ese tipo de bienes era de \$562'420.000. Este valor sin variación alguna fue agregado al valor del terreno y construcciones para obtener la suma total del avalúo catastral." Quiere entonces dicha sociedad aprovecharse de su propio error.

En cuanto a la doble tributación que la actora pretende endilgar a los actos acusados, expone la impugnadora que es un sofisma pues los actos expedidos por el Instituto nada tienen que ver con la fijación del impuesto,

pues en él no existe decisión administrativa de este; pero que además, no es cierto que el impuesto de industria y comercio se conforme sobre la base del valor de la maquinaria y equipo, sino que él se basa en la actividad del contribuyente.

Para probar la situación de que el interés procesal de la actora ya se encuentra satisfecho, se remite a la ficha predial aportada con la solicitud de reconstrucción y estimadas en el auto de 8 de octubre de 1986 como prueba letra h), remitiéndose a una sentencia de agosto 4 de 1987 en donde actuó como Ponente el señor Consejero Samuel Buitrago Hurtado, actor: HIJOS DE ALEJANDRO GARCIA LIMITADA, expediente 251, en donde la Corporación se inhibió de hacer pronunciamiento de fondo, "pues llegó a la conclusión que no existía materia sobre la cual pronunciarse."

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo (fls. 192-195), expone entre otros los siguientes argumentos:

"... Del proceso se constata una liquidación hecha y consolidada por medio de las Resoluciones números DV-783 de julio 10 y DV-874 de julio 28 de 1978, la primera de las cuales le fijó al predio No. 2-106-001 de propiedad de Productora de Papeles .S.A. la suma de \$624'467.000.00 por valor del avalúo catastral, dentro de cuyos considerandos se incluye para el avalúo la "relación de maquinaria", y la segunda de las Resoluciones confirma a la primera luego de considerar que en la legislación por ella citada "persiste la idea de avaluarse la maquinaria" y que, "las instalaciones industriales están dentro de la regla que cubre el artículo 656 del C.C.A. (sic)". "... la afectación que por el uso que a ellas se ha dado, las ubican dentro de la categoría de inmuebles por destinación."

"La Ley 14 de 1983 determinó que en ningún caso los inmuebles por destinación harán parte del avalúo catastral. Aparece también al folio 54 la mutación No.924/83 por la cual se fija el avalúo del inmueble No.2-106-001 en la suma de \$62'047.000.00".

"Por lo anterior se considera que debe descontarse el valor del avalúo de la maquinaria que se tuvo en cuenta para la liquidación del impuesto predial, petición esta que por lo demás, se encuentra corroborada por lo dispuesto en la Ley 14 de 1983."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las pretensiones de la demanda se contraen a la nulidad de las resoluciones demandadas y como restablecimiento del derecho se persigue la

disminución en el avalúo catastral del Predio 2-106-001 del valor de la maquinaria y equipos incluidos en él por valor de \$525'652.342.62 como bienes muebles por destinación asimilados a inmuebles y sumados al valor del terreno y edificios.

Observa la Sala:

A

Se aparta esta Corporación de la decisión inhibitoria que propone la H. Fiscalía Primera y como petición subsidiaria el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que el avalúo fundando en las resoluciones objeto de litis quedó en virtud del Decreto 3745 de 1982 en la suma de \$122.455.00 según se certifica en documento oficial del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (fls. 204, 205 y 206), ello sólo tiene efectos jurídicos a partir del 1o. de enero de 1983, luego debía esta jurisdicción pronunciarse sobre el avalúo que va desde la expedición de las resoluciones acusadas en este proceso hasta aquella fecha, cual fue la aspiración y pretensión de la Sociedad Actora.

No se entiende por lo dicho, cómo se pueda presentar el fenómeno procesal alegado de la sustracción de materia, siendo que el ámbito de aplicación temporal de unos y otros actos administrativos son diferentes, propios y autónomos.

B

I

En relación con los cargos de violación por los actos impugnados de los artículos 658 del C.C. en armonía con el artículo 85 del Decreto 1301 de 1940 (no se explica el concepto de infracción de este último precepto) y el artículo 9o del Decreto 2156 de 1970, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como bien lo anota el señor apoderado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se pronunció en sentencia de 8 de octubre de 1979 (Proceso No. 10473 Actora BAVARIA S.A.), la cual analiza esas normas en armonía con los artículos 656, 660 y 661 del Código Civil, los artículos 8o, 74 y 85 del Decreto 1301 de 1940 y 9o del Decreto 2156 de 1970, entre varios otros.

2. En esa sentencia que ahora prohija esta Corporación, es estimó y decidió en caso similar al *subjudice* que se está frente a un "inmueble industrial" que en sí mismo constituye "una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que lo hacen operante; suelo, instalaciones, maquinaria y

sevidumbres todas igualmente indispensables", sin que quepa el distingo ante elementos principales y necesarios según su valor.

Es decir que dentro de esta concepción ha de tenerse las instalaciones maquinarias, equipos y sevidumbres, junto con el suelo y edificaciones, como una sola categoría unitaria de inmuebles: el inmueble industrial, sin que sea dable separar unos de otros, como se pretende en la presente demanda.

A la comentada sentencia de 8 de octubre de 1979 pertenecen los siguientes apartes:

"El Decreto 1301 de 1940. Este Decreto, con 242 artículos, constituye el estatuto orgánico del Catastro Nacional. Precisa, por tanto determinar su naturaleza y alcance.

a) Naturaleza jurídica. La Ley 65 de 1939 adscribió al Gobierno "la dirección técnica y el control de catastro en toda la República" (artículo 1o), y lo autorizó para establecer "La debida conexión entre las oficinas de registro y las nuevas organizaciones catastrales" (artículo 2o) y para "dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc. " (se subraya). Con base en tales autorizaciones se dictó el Decreto 1301 de 1940, que las desarrolla. En consecuencia se trata de un decreto especial dictado con base en las autorizaciones ordinarias conferidas por el legislador con base en ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución y no de un decreto simplemente reglamentario expedido en uso de la potestad que establece el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta, pese a que su encabezamiento lo señala como reglamentario de la ley, lo cual también se deduce inequívocamente del hecho de que la Ley 65 de 1939 no contiene ninguna norma dispositiva con relación a la formación del catastro susceptible de reglamentación.

Cabe anotar que el Consejo de Estado en sentencia del 4 de noviembre de 1943 declaró con efecto erga omnes la legalidad del Decreto 1301 de 1940.

b) Alcance del estatuto. De las normas transcritas del Decreto 1301 de 1940, se deducen los siguientes principios:

I. Para todos los efectos del catastro, entre ellos, determinar, el valor económico de los bienes inmuebles y "fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial", la ley reconoce "*el inmueble industrial*" como una unidad económica jurídica (se subraya).

II. El "inmueble industrial", es, pues, una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que la hacen operante: suelo, instalaciones,

maquinarias y servidumbres todas igualmente indispensables, sin que quepa el distingo que hace la sentencia entre elementos principales y necesarios según su valor. Dentro de este principio son "cosas corporales inmuebles", constitutivas del inmueble industrial, las partes integrantes y las accesorias que pertenezcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, cultivo o beneficio del inmueble, tales como edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, instalaciones industriales, máquinas, etc." (se subraya). De suerte que, por propia y expresa definición legal, todas las máquinas e instalaciones industriales son partes integrantes del inmueble industrial, razón por la cual no es fundado el criterio expuesto en la demanda cuando afirma, que las máquinas por no estar al servicio del inmueble sino éste al servicio de aquéllas, deben excluirse del inmueble industrial. Por este motivo no es fundado el cargo de la demanda de violación de los artículos 84 y 85 del Decreto 1301, que la sentencia no analiza. Los artículos 74 y 90 de los Decretos Leyes números 1250 y 2156 de 1970 reiteran los principios expuestos, con expresa alusión al "inmueble industrial" al prescribir el carácter unitario de su avalúo.

II. El caso sub judice a la luz del Código Civil.

1. *Relación entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado.* Es cierto que el artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 se remite a los artículos 656, 658, 660 y 661 del Código Civil con el objeto de comprender en el avalúo oficial los inmuebles por naturaleza, "adherencia, destinación y radicación" (artículo 80 del Decreto 1301 de 1940), pero "en cuanto dichas cosas quedan cobijadas, por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". Es decir, que sobre la base del principio de la unidad del avalúo, el decreto se remite al Código Civil, bajo la condición de que prevalecen las normas de los artículos 85 y siguientes del estatuto en el supuesto de que existiere discordancia con las normas del derecho privado.

En el caso de autos, aunque es suficiente la aplicación directa del artículo 85 que define a "las instalaciones industriales" y las "maquinarias" como integrantes del inmueble., para efecto de su avalúo unitario, con las ineludibles conclusiones expuestas anteriormente, la aplicación de las normas del Código Civil, particularmente del artículo 658, aunque innecesarias, conduce al mismo resultado, como se pasa a demostrar.

2. *Los inmuebles por destinación industrial en el Código Civil*

a) *Concepto.* El inciso primero del artículo 658 del Código Civil establece que "se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento."

Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que para que se configure el inmueble por destinación deben concurrir al uso, cultivo y beneficio del inmueble bajo un criterio de complementaridad esencial. En efecto, los ejemplos que trae la norma, que constituyen presunciones legales de aplicación del principio contenido en el inciso primero, corresponden a los distintos conceptos de uso, cultivo o beneficio en forma disyuntiva o alternativa y no copulativa. Así los ejemplos contenidos en los incisos 2o y 3o, solamente suponen que el inmueble sirve al uso del inmueble; y en los del inciso 4o, relativos a "utensilios de labranza o minería" y a "animales actualmente destinados al *cultivo o beneficio* de una finca" (se subraya), se emplea la conjunción disyuntiva o y no la copulativa y, para significar que hay inmuebles por destinación si sirve para el cultivo o para el beneficio del inmueble, sin referencia alguna al uso del mismo, lo contrario llevaría a que los conceptos del inciso 1o se contrapongan entre sí, en forma de hacer nugatoria la operancia de la norma en todos aquellos casos en que sea imposible la concurrencia de los tres elementos: uso, cultivo y beneficio y, además, a que se considere en forma injurídica y contradictoria, que los ejemplos del artículo 658 del Código Civil, son "más o menos afortunados", no obstante que es la ley la que debe guiar al interprete y no el intérprete a la ley,

b) *El establecimiento industrial* Acorde con lo dispuesto anteriormente, y el inciso 6o del artículo 658 del Código Civil considera como inmuebles "las prensas, calderas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un *establecimiento industrial* (se subraya) adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste". En este ejemplo, la ley presume que son inmuebles por destinación los bienes que menciona, si hacen parte integrante de la unidad "establecimiento industrial" como finalidad de la afectación.

Dentro de este concepto, es indiferente que las máquinas y demás elementos que "forman parte del establecimiento industrial tengan mayor o menor valor que el suelo a que adhieren", pues, se repite se trata de una unidad económica en la cual, ciertamente, no es posible desarticular sus componentes, dado que las máquinas e instalaciones industriales no podrían funcionar sin el suelo sobre que se asientan y a la inversa, el suelo no conformará un establecimiento industrial sin las máquinas y elementos en él asentados. De otra parte, es manifiesto que en el caso de un establecimiento industrial adherente al suelo, las maquinarias e instalaciones industriales están destinadas al uso permanente del mismo, de acuerdo con la destinación que se le ha dado al predio, pues, sin uso del suelo no podría haber un establecimiento industrial que el fuera adherente.

c) *La tesis de la demanda*. En la demanda se sostiene, en síntesis, que para que haya inmovilización industrial se requiere que las máquinas tengan el carácter de accesorios del inmueble, requisito que se cumpliría si su valor es menor que el del inmueble, y que estén destinadas al uso, cultivo y beneficio del mismo. Según lo expuesto, este criterio es manifiestamente contrario a la ley, a saber:

I. El concepto de accesorio en la forma planteada en la demanda, es totalmente ajeno al contexto del artículo 658 del Código Civil, motivo por el cual el intérprete no puede introducirlo arbitrariamente para desconocer tal disposición, a fuerza de interpretarla. Además, el Código Civil por principio, da a los inmuebles por naturaleza un manifiesto carácter de preeminencia, frente a los bienes muebles, como sucede, por ejemplo, con el régimen de la accesión en el cual éstos acceden a aquellos y no viceversa; en el régimen legal de la compraventa de los bienes inmuebles y los muebles y en el de las prestaciones mutuas en caso de reivindicación, para no citar sino unos pocos de los muchos ejemplos que podrían darse. De donde puede afirmarse que a la luz del Código Civil la mayor o menor importancia de los bienes inmuebles y de los muebles no depende de su valor económico, sino de la naturaleza de unos y otros, siendo siempre mayor la de los inmuebles. Esto lo corrobora el propio artículo 658, que al reglamentar los inmuebles por destinación lo hace con referencia a un inmueble por naturaleza, sin consideración alguna a su valor, por lo mismo, es injurídico sostener que para que pueda existir el establecimiento industrial los muebles deben tener menor valor que el inmueble y que en la hipótesis Contraria al inmueble sirve a los muebles, figura totalmente extraña a el artículo 658 del Código Civil.

II. En cuanto a que las máquinas deben estar dedicadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble para que exista su inmovilización en el caso del establecimiento industrial, ya se expuso cuál es, por este aspecto, el verdadero alcance y sentido del artículo 658 del Código Civil y la falta de fundamento de la tesis sostenida en la demanda. La interpretación dada en la demanda conduce simple y llanamente a que jamás puede darse en la realidad un ejemplo de inmovilización de las maquinarias que "forman parte de un establecimiento industrial", pues, ciertamente, es imposible imaginar siquiera que una máquina integrante de una fábrica, sirva para el cultivo o beneficio del inmueble en donde se encuentra. En otros términos, la interpretación glosada lleva a la inaplicación e inoperancia de la norma interpretada, contra su claro tenor literal y su inequívoca finalidad."

La doctrina y la jurisprudencia nacionales y el artículo 658 Código Civil.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales confirman la tesis expuesta en este fallo, como se verá a continuación:

..."

(...)

El caso objeto de este proceso ofrece la siguiente situación fáctica: De acuerdo con la diligencia de inspección judicial practicada en las instalaciones de la Sociedad Productora de Papeles S.A. "PROPAL" y el dictamen pericial rendido al respecto, se comprobó que en los terrenos a que se contraen los avalúos catastrales que se enjuician a través de este contencioso resarcitorio particular, existe una fábrica de papel que tomada integralmente conforma una totalidad de maquinarias y equipos que según las conclusiones de la Sala, aunadas al terreno y demás instalaciones constituye el inmueble industrial de que se ha dado cuenta en los párrafos precedentes, y que halla su respaldo jurídico en las normas que se han dejado examinadas, especialmente el artículo 658 del C.C., penúltimo inciso. En efecto: dicha maquinaria no solo adhiere al predio, sino que pertenece al dueño de éste surgiendo de esta manera el inmueble industrial en cuestión y que de suyo hace que las cosas muebles que con él se relacionan se reputen por el contrario inmuebles por destinación, a términos del mencionado artículo, primera parte.

Acoge esta Sala, como antes se dijo, la exégesis sentada en la sentencia de Sala Plena antes analizada y observa por otra parte que la Ley 14 de 1983 que excluye del cálculo del avalúo catastral los inmuebles por destinación rige para el futuro y por ello no tiene por qué afectar situaciones producidas con anterioridad como son las que emanan de las Resoluciones acusadas DV-783 y DV-874 de 1978 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

No prospera el cargo.

II

Acerca de la alegada infracción por las resoluciones impugnadas de los artículos 59 del Decreto 2053 de 1974 y los artículos 1o, 2o y 3o del Decreto 1049 de 3 de agosto de 1976 reglamentarios de aquél sobre la depreciación que se permite para fines de determinar el impuesto sobre la renta "causada por desgaste o deterioro normal o por obsolescencia de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta", normas que se hacen relacionar con el artículo 171-9 del C. de R.P. y M., observa la Sala que esos ordenamientos no son aplicables al caso sublite porque éste se contrae no a establecer impuesto alguno sino a determinar el avalúo catastral de los inmuebles, cuestión bien diferente.

Tampoco se da el invocado quebranto del artículo 174-4 del C. de R.P. y M. (Ley 4a. de 1913) que prohíbe a los municipios imponer contribuciones a la propiedad inmueble cuando se encuentre gravada con el impuesto predial, por las mismas razones de estar por fuera del contexto del evento controvertido y además, porque esa norma ya ha sido rebasada por reglamentación tributaria posterior como es la que consagra "la contribución especial de valorización" que recae sobre la propiedad inmueble y de extensa y permanente aplicación en nuestros municipios hoy en día.

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,

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue considerada y aprobada en sesión del día 7 de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez; Myriam Guerrero de Escobar; Rodrigo Vieira Puerta.

SUSTRACCION DE MATERIA -Improcedencia.

El acuerdo 031 de 1987, durante su vigencia estuvo convocado a la producción de efectos, sin que proceda la posición conceptual de suponerla inexistente por la derogatoria que se afirma de ella, por ministerio del Decreto 2199 de 1988 y Ley 053 del mismo año, o presuponer que per se, por su naturaleza deser acto, ratio materiae, de situaciones generales no estaba real o virtualmente en capacidad de producirlos o incidir en facta preterita como óbice obligado y determinante para el proferimiento de una decisión inhibitoria. No es diferente entonces la lógica consecuencia que ahora se impone a la Sala, en orden a examinar de fondo la legalidad del acto administrativo objeto de controversia.

DECLARESE LA NULIDAD del Acuerdo número 031 de 28 de septiembre de 1987 expedido por la Junta Directiva del INTRA.

INTRA. FUNCIONES. AUTORIDADES DE TRANSITO. PLACAS.

La ilegalidad del acuerdo 031 de 1987 resulta en cuanto al suministro de la placa se ordena modificar, en razón a que el ente demandado, INTRA, carece de competencia para ello, por encontrarse deferida la prementada función en autoridad de tránsito diferente, y porque la modificación de la placa única acordada por el acto acusado, vulnera el orden jerárquico de la normatividad positiva y se proyecta sobre situación, facta pretérita sin facultad legal para proceder en ese sentido.

DECLARESE LA NULIDAD del Acuerdo número 031 de 28 de septiembre de 1987, "por el cual se modifica la Placa Unica Nacional", expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte INTRA.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Dr. Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expedientes acumulados 1043-1074 AUTORIDADES NACIONALES Actores: Guillermo Chahin Lizcano y María Eugenia Mantilla Gutiérrez.

Entra la Sala a decidir la solicitud de nulidad contra el Acuerdo No.. 031 de 28 de septiembre de 1.988, originario de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte "INTRA", que en libelos de 18 de Octubre y 15 de Noviembre de 1988, fuera formulada en su orden, en ejercicio de la acción de nulidad, por los señores Guillermo Chahín Lizcano y María Eugenia Gutiérrez, respectivamente.

ACTO ACUSADO Y LIMITE DE ENJUICIAMIENTO

Materia de cuestionamiento, como se ha anotado, lo constituye el Acuerdo No. 031 de Septiembre 28 de 1988, dictado por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte -INTRA- "Por el cual se modifica la Placa Unica Nacional", manifestación de voluntad administrativa demandada en la totalidad de sus previsiones normativas, en el escrito demandatorio citado, esto es, el datado el 19 de Octubre de 1988 y conformativo del expediente No. 1043, y circunscrita la censura al artículo primero del Acuerdo, en el libelo de 15 de Noviembre del precitado año, constitutivo a su vez del proceso radicado bajo el número 1074, disposición la cuestionada, por cuyo ministerio se dispuso "Modificar la Placa Unica Nacional, la cual será suministrada por el Intra, por intermedio de la autoridad de Tránsito, de conformidad con lo ordenado en el presente Acuerdo".

ACUMULACION DE PROCESOS

En memorial de 2 de junio de 1989, el ente demandado, por conducto de mandatario judicial, solicitó la acumulación de procesos con fundamento en lo preceptuado por los artículos 149 y siguientes del Estatuto de Procedimiento Civil, entonces vigente, en armonía con lo prescrito por la norma 267 del código Contencioso Administrativo.

Tramitada que fuera la solicitud referida, en providencia de 31 de Julio de 1989 se ordenó la acumulación al proceso 1043 "..... el distinguido con el número 1074 relativo a la acción de nulidad promovida por la ciudadana María Eugenia Mantilla Gutiérrez contra el Acuerdo No. 031 de 18 de

septiembre de 1987 dictado por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte -INTRA-, Acuerdo "Por el cual se modifica la Placa Unica Nacional."

NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA TRANSGRESION

Como mandamientos jurídicos-positivos de mayor jerarquía que se estiman conculcados, se citan e invocan: Artículo 30 del Código Político. Artículo 88 del Decreto 1344 de 1970.

IMPUGNACION

Las demandas incoadas fueron objeto de oposición en memoriales de 14 de enero y 3 de abril de 1989, respectivamente, por la entidad demandada, como voceros del Instituto Nacional del Transporte, el primero amén de invocar para su ejercicio el propio nombre; y solo como patrocinadora judicial, en el segundo, con expresa solicitud de revocar el auto admisorio de la demanda. Por autos de primero de febrero y veinte de abril de 1989, fue reconocida personería a los impugnantes.

CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, en concepto de fondo, suscrito en Diciembre 15 de 1989, estimó que no debían prosperar las súplicas de la demanda, como resultado del razonamiento centrado en la competencia del precitado Instituto Nacional del Transporte".... para llevar a cabo la fijación y las especificaciones de la Placa Unica Nacional.

... "

HECHOS:

Como antecedentes administrativos, estructurales de la causa petendi, se consignan en los premencionados libelos, los siguientes:

Primero.- "En la fecha anotada, la Junta Directiva del Intra expidió el Acuerdo No. 031 con el fin de modificar la Placa Unica Nacional de los vehículos automotores que circulan dentro del territorio colombiano. Dicho Acuerdo establece que los vehículos ya matriculados deben cambiar su placa actual de identificación por la nueva, con las características y formatos que él determina."

Segundo.- "Con fecha Enero 11 de 1.972, la Junta Directiva del mismo Instituto había expedido el Acuerdo No. 155 "Por el cual se reglamenta la Placa Unica Nacional."

Tercero.- Del contexto de la demanda en el proceso 1074 se deduce que la causa petendi se hace radicar en la circunstancia de no encontrarse comprendida como función asignada al Instituto Nacional del Transporte por el Decreto-Ley 770 de 1968, la de "proveer de placas a los vehículos.....", aserto cimentado en la ausencia de un capítulo especial sobre los hechos conformativos de aquella.

CONSIDERACIONES:

Examinado con el debido detenimiento el contingente de razones aducidas por la parte actora, como por el ente demandado, el alcance del enjuiciamiento consignado en los procesos en comento descansa sobre sendos motivos de quebranto inferidos al mandato 88 del ordenamiento decretal 1344 de 1970, por el Acuerdo 031 de septiembre de 1988 ya aludido:

a). Mutabilidad o cambio dispuesto por el artículo 1o. del acto administrativo controvertido;

b). Incompetencia o imposibilidad jurídica de suministrar placas a los vehículos por parte del Intra, por cuanto esa específica función corresponde a las autoridades de tránsito, que no al ente demandado, por así disponerlo en forma explícita la norma superior, esto es, el artículo 88 del citado Decreto 1344 de 1970; y,

c). "El Decreto 1344 de 1970, es un Decreto-ley inmodificable por la Junta Directiva de un establecimiento público".

El supuesto inicial de padecimiento se hace fundar en el acápite que la norma invocada señala en el escrito de cargos, a saber:

"...Todo vehículo para poder transitar, requiere una placa que será suministrada por las autoridades de tránsito, *con caracteres de permanencia, intransmisibilidad y validez en toda la nación, y que identificará al vehículo externa y privativamente.*" (Subrayado del texto).

Y ese cambio a los caracteres de estabilidad previsto en el esquema normativo, se adjetiva o califica por el nulidisciente, como desacato a la hipótesis jurídica mayor cuyo amparo objetivo se ha invocado.

El sustentáculo argumental, reza *ad pedem litteris*:

"...Como puede observarse claramente en el texto transcrito, fue querer del legislador que la llamada Placa Unica Nacional, que se pretendía establecer para reemplazar las de tipo regional que existían anteriormente, tuviera unas características especiales de validez nacional, de intransmisibilidad, de identificación externa y privativa de los vehículos, pero por sobre todo, que se *tratara de un documento permanente*, es

decir, no sujeto a cambios ni a modificaciones. Esta condición de *permanencia* aparece tanto más clara si observamos que la asignación del número de dicha placa debe hacerse en el momento de la inscripción del vehículo y en ningún caso en momento posterior.

"De otra parte, el legislador delegó en las autoridades de tránsito el señalamiento de las características formales de la Placa Unica Nacional, tales como tamaño, color, nomenclatura, etc. y es obvio que, siendo la placa de *carácter permanente*, esta delegación se agotaría en la medida en que tales autoridades definieran dichas características externas. No es lógico pensar que habiendo creado el legislador una placa de carácter *permanente*, la facultad de señalar su forma material hubiera comportado la atribución de modificar, sin ninguna limitación por parte de los funcionarios administrativos dicho carácter, hasta llegar a convertirlo en un documento de tipo *precario y transitorio*.

".....O sea, Honorables Consejeros, que establecida la Placa Unica Nacional por el Legislador como un documento de carácter permanente y reguladas sus características externas por parte de las autoridades de tránsito se agotó para éstas la posibilidad de *establecer modificaciones o cambios que lo transformen en documento transitorio o de existencia precaria*. Hacerlo, como lo pretende el Acuerdo impugnado, es violar flagrantemente la norma superior.

"El Acuerdo 031 demandado es en su totalidad nulo por cuanto su finalidad es cambiar, modificar la placa única nacional que se creó con el carácter de permanencia tal como se dejó expuesto. (Subraya la Sala).

"Si revisáramos el significado del verbo PERMANECER, del cual deriva la condición o calidad de permanencia, encontramos que precisamente quiere decir *"no cambiar el estado, situación o calidad en que una persona o cosa se encuentra"*..... Y la calidad de PERMANENTE, significa a voces del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, lo que es *"Continuo y duradero en el tiempo"*.

Por su parte, el reproche de ilegalidad aducido en el segundo de los procesos, se apoya en la improcedibilidad jurídica de establecer, por parte de la Junta Directiva de la entidad de tránsito y mediante el Acuerdo encausado el suministro de las placas de los automotores, cuando la norma superior específicamente señala a las autoridades de tránsito como las competentes para la supradicha función.

En su letra, la proposición argumental:

"No puede la Junta Directiva del INTRA establecer mediante un acuerdo, que el Instituto Nacional del Transporte es quien debe suministrar las placas de los vehículos dejando a las autoridades de tránsito como

- intermediarios entre el INTRA y sus usuarios, cuando la norma antes transcrita establece claramente que son las autoridades de tránsito las competentes para suministrarlas. El Decreto 1344 de 1970 es un Decreto Ley inmodificable por la Junta Directiva de un establecimiento público.....".

Y circunscrita a la controversia pretranscrita, se resalta en el texto del mandato jerárquico:

"Todo vehículo para poder transitar, requiere una placa que será suministrada por las autoridades de tránsito, con caracteres de permanencia, intransmisibilidad y validez en toda la nación, y que identificará al vehículo externa y privativamente".

...De los contenidos argumentales preinsertos, las pretensiones de nulidad se reducen por manera a:

a) Improcedencia legal de cambio o modificación de placa única, por el carácter de permanencia previsto en la norma cuya tutela objetiva se ruega;

b). Vacío de competencia para suministro de placas por parte del Intra, por encontrarse la respectiva facultad radicada en forma expresa en las autoridades de tránsito, calificativo disposicional que supone la potestad de influir directamente en el ejercicio de los derechos administrados.

c). Desacato a un principio jurídico-positivo jerárquico por parte del Acuerdo enjuiciado.

La impugnación formulada a la demanda, en uno y otro proceso, descansa en su fondo, sobre una ratio materiae de perspectiva procesal concéntrica, la necesidad de una prolación inhibitoria en razón de la derogatoria operada en relación con la disposición señalada como vulneradora del Decreto 1344 de 1970. Así se explicita en los apartes que en lo pertinente y en síntesis, la Sala se permite transcribir:

"En primer término es importante resaltar que para que un acto administrativo de carácter general pueda ser sometido al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a través de la acción pública o ciudadana de simple nulidad, *es menester que él se encuentre vigente*, que no haya desaparecido de la vida jurídica ya por causas extrínsecas o bien por causas intrínsecas, pues si esto último ha ocurrido carece entonces de sentido y justificación, tal como lo ha venido sosteniendo en forma permanente y reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, intentar dicha acción para iniciar un proceso que habrá de concluir forzosamente con sentencia inhibitoria por sustracción de materia.....". (Recalcado del texto) (fl. 33. proceso No. 1043).

"

"En el presente caso el ciudadano Guillermo Chahín Lizcano en ejercicio de la acción pública o contencioso popular de anulación, ha solicitado la nulidad del Acuerdo No. 031 de 1987 expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Tránsito INTRA, "por el cual se modifica la Placa Unica Nacional", *acto administrativo de carácter general que no está vigente*, que desapareció de la vida jurídica al ser derogado por el Decreto No. 2199 de 1988 (Octubre 25) y por la Resolución No. 10815 de 1988 (noviembre 3) expedida por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte....." (subrayado del texto).

".....Ahora bien, el Decreto 2199 de 1988 asignó expresamente al Ministro de Obras Públicas y Transporte, como autoridad de tránsito, la facultad de determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la placa única nacional, y en ejercicio de dicha atribución, el Ministerio expidió la Resolución No.- 10815 de 3 de noviembre de 1988 por la cual reglamentó íntegramente la materia, dejando así insubsistente el demandado Acuerdo No. 031 de 1987.

"...".

Resumido el núcleo argumental de las partes, en la forma que precede, y como resultado de la formulación por el protagonista impugnante, en la inteligencia de hallarse configurada en el caso sub lite la ausencia de una ratio materiae, sustancial, sobre la cual proferir decisión de fondo, estima la sala pertinente referirse a ella, en un primer plano de análisis antes de penetrar en un estudio de mérito en torno a la controversia planteada, si a ello hubiere lugar entonces.

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

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

ha causado quebranto o es susceptible de incidir en la esfera de intereses jurídicamente protegidos.

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

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

Y estima la Sala que en casos como el *sub exámine*, en frente de la expresión de un querer administrativo de carácter abstracto, como lo constituye el Acuerdo 031 de septiembre 28 de 1987, identificado e individualizado en su enjuiciamiento, la definición jurisdiccional que se especificará en su origen por una sustracción de materia basada en el desaparecimiento del escenario jurídico del acto infractor y, consecuencialmente concluida así en un fallo inhibitorio, como se consigna y ruega en la impugnación, solo hallaría, en el marco de la filosofía procesal como causa explicativa de ese tipo de sentencia, bien una ficción, ora una presunción, una y otra, extrañas al normal imperativo de dirimir en su marco sustancial una contención que, colmados sus precondicionamientos formales para debate respectivo, demanda, a fortiori, una decisión culminatoria diferente a la adveración de existencia o no existencia de algo que real y definitivamente no es, o realmente es; porque a ello equivale la consideración apriorística de la no producción de efectos y diversa igualmente al expediente técnico de imprimir supuesta certeza a lo que solo se genera y agota en la dubitación.

Por modo que, la inexistencia de la materia o contenido justificable en los actos de contenido general y abstracto derogados, sólo hallaría, se itera, como soporte, una ficción que fatalmente conduciría a la radical afirmación de la no producción de efectos, cuando en su extremo más grave ellos por

hipótesis, se hubieran producido; o si faltase el conocimiento de su realización, la presunción o consideración a priori, de no haber generado efectos concretos devendría en un rendimiento de la investigación científica de la verdad a favor de la duda, porque ella, la duda, no otra circunstancia, determinaría la selección de una conveniencia en la regulación de un resultado, mas que el pronunciamiento sobre la validez o nulidad del acto administrativo.

Pero todavía: Si en gracia de discusión, si por obra del exclusivo carácter de ser un acto general y abstracto, fuese susceptible en derecho, sostener en forma inapelable el no surgimiento real o posible de resultados de contenido lesivo o dañoso cuando aquel pierde vigencia, tampoco el arquitrabe de la ficción, como de la presunción, encontrarían en la teoría procesal un serio sustentáculo respaldatorio, si se advierte que esas "verdades" que no lo son o lo parecen en cuota de dubitación cuando de la presunción iure et de iure se trata, solo procedería fundar su contenido aplicacional en marcos de técnica legislativa para situaciones especiales, inextendibles y ajenas a la sentencia judicial. *Ex aequo* de intelección, si la norma fue derogada, la figura de la sustracción de materia será más ilusiva y seduciente que demostratorio de la extinción de la norma o acto que se dice derogado, porque ella o él como entidades jurídicas perviven subordinando en el imperio de su vigencia las situaciones reales o posibles que produjo o estaba llamada a causar en sus dimensiones de pasado o de futuro, so pena de incurrir en una especie de sofisma de falsa causa al considerar con vida jurídica un mandato o precepto sin disposición o consecuencia en derecho, o acto administrativo despojado de su vocación jurídica de creación, modificación o extinción de situaciones en derecho. No es por manera la sola situación fáctica, el resultado concreto, la modificación tangible en el tiempo o en el espacio, la alteración apreciable de una determinada posición, la secuela presencial, lo que explica la realidad ontológica del acto o la norma, su "ser" en la vida del derecho, porque ella no se agota, se gasta o consume por su aplicación; él y ella, en el momento de su expedición conllevan sustancialmente un marco franco de posibilidad y actuación frente a esas innumerables situaciones o actos que se operan en el mundo de los hechos. Y ese "ser", esa existencia óptica, es lo que demanda y merece el juicio de validez o de censura infractora frente al mandamiento superior que vulnera o desacata.

En este orden de ideas, el Acuerdo No. 031 objeto de cuestionamiento en el presente proceso, durante su vigencia estuvo convocado a la producción de efectos, sin que proceda la posición conceptual de suponerla inexistente por la derogatoria que se afirma de ella, por ministerio del Decreto 2199 de 1988 y Ley 053 del mismo año, o presuponer que per se, por su naturaleza de ser acto, *ratio materiae*, de situaciones generales no estaba real o virtualmente en capacidad de producirlos o incidir en *facta pretérita* como óbice obligado y determinante para el proferimiento de una decisión inhibitoria. No es diferente entonces la lógica consecuencia que ahora se impone a la Sala, en orden a examinar de fondo la legalidad del acto administrativo objeto de controversia.

VULNERACION DE NORMAS SUPERIORES

El núcleo subordinante en los procesos acumulados, refiérese fundamentalmente al artículo 88 del Decreto 1344 de 1970, mandato decretal por cuyo ministerio:

"Todo vehículo para poder transitar, requiere una placa, que será suministrada por las autoridades de tránsito, con carácter de permanencia, intransmisibilidad y validez en toda la Nación, y que identificará al vehículo externa y privativamente.

"Al tiempo de la inscripción se asignará a cada vehículo un número de placa.

"Las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la placa serán determinadas por las autoridades de tránsito".

Sobre la regla preinserta se hace gravitar, por los accionantes sendos motivos de quebranto legal, a saber: Falta de Competencia de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte -INTRA- para el suministro de las placas a los vehículos, imposibilidad jurídica de modificar un Decreto Ley por un Acuerdo de la Junta Directiva, y desconocimiento de la permansión de ese documento de identificación vehicular, ".....es decir, no sujeto a cambios o modificaciones.....". El padecimiento primero se explicita, por cuanto el ente demandado no es una autoridad de tránsito, y el segundo, en razón a que "...la asignación del número de dicha placa debe hacerse en el momento de la inscripción del vehículo y en ningún caso en momento posterior.....", de cuya proposición concluye el actor la inmodificabilidad de la susodicha placa, es decir, su carácter permanente.

Por lo que respecta al cargo inicialmente aludido, procede absolver un primer interrogante encaminado a establecer si en el momento de la expedición del acto acusado y durante su vigencia el ente comprometido en el libelo hallábase jurídicamente revestido del carácter de autoridad de tránsito, y en la hipótesis de serlo, si tenía la competencia para el efecto precisado en la acción, es decir, para suministro de la Placa Unica Nacional.

Ha de partir la dilucidación en el punto sub-estudio de una visión retrospectiva en torno al historial de la normatividad relativa a las personas o entidades dotadas del poder específico de autoridad de tránsito, recuento de evolución que bien puede sintetizarse así:

1). Taxativamente en el capítulo 2o, artículo 3o del Decreto 1344 de 1970, dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias y conferidas por la Ley 2a. de 1969, señaló como autoridades de tránsito:

- a. El Ministro de Obras Públicas.
- b. El consejo Superior de Tránsito.
- c. Las Secretarías, Departamentos o Direcciones de Tránsito de carácter departamental, distrital, intendencial y comisarial.
- d. Los alcaldes Municipales e Inspectores de Policía.
- e. Las secretarías, Departamentos e Inspecciones Municipales de Tránsito.
- f. La policía Nacional en sus cuerpos especializados de Policía Vial y Policía Urbana de Tránsito.

Como se evidencia del mandato pretranscrito, el Instituto Nacional del Transporte no se encuentra investido como autoridad de tránsito, como sí parece serlo del transporte por las funciones que le son asignadas por el acto creador como establecimiento público, de conformidad con lo así dispuesto por el Decreto No. 770 de 24 de mayo de 1968, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 65 de 1967.

Obvio resulta entonces precisar que, a la luz de la norma decretal invocada y para el ámbito de su validez temporal, el INTRA, por carecer del carácter prementado, esto es, de autoridad de tránsito no podía asumir la función de suministrar la placa en los términos del inciso primero del artículo 88 premencionado, reservada por él mismo "...a las autoridades de tránsito...".

2). Expídesse luego el decreto-ley 154 de 1976. "Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas" con el complemento de "... y transporte".

En su mandamiento 7 se prescribe que para el ejercicio de las funciones señaladas en las disposiciones vigentes funcionará "El Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" y en el 58 *ibídem*, se enlistan las respectivas funciones, en las cuales no se otorga a ese organismo el carácter de autoridad de tránsito.

3). Posteriormente y con facultades conferidas por la Ley 29 de 1979, se dicta el Decreto ley 1173 de 1980, por medio del cual se organiza el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, disponiendo en el mandamiento 33 el establecimiento del "Consejo Nacional del Transporte", que sustituye al "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre", cuyo acto de creación lo fuera el precitado Decreto Ley 154 de 1976. En aquel ordenamiento se dispuso en su artículo 36: "Las funciones que actualmente ejerce el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, serán ejercidas en los sucesivo por el Consejo Nacional del Transporte en lo que se refiere al transporte y

por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte en lo que se refiere al Tránsito".

4). De la puntualización consignada y a manera de retrovisión de los antecedentes pertinentes se concluye que, al ser sustituido el Consejo Superior de Tránsito Terrestre reglado por el Decreto 1344 de 1970, y señalado en el artículo 3o. de su texto como autoridad de tránsito, por el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, creado por el Decreto Ley 154 de 1976, el status de autoridad de transporte, que no de tránsito, permanece para el Instituto Nacional de Transporte.

Sólo con causa en la ulterior expedición del Decreto-ley 1173 de 1980 y expresa disposición del artículo 36, el Instituto Nacional de Transporte, a través de su Junta Directiva, adquiere la investidura de autoridad "en lo que se refiere al tránsito" lo que *prima facie* indicaría la facultad o poder de suministrar la placa única, en los términos *ab initio* consagrados por el mandato 88 del multicitado Decreto 1344 de 1970.

Empero, la situación de incompetencia para la específica función u objeto de suministrar la placa única por parte del Instituto Nacional del transporte se mantiene, no empece la investidura de autoridad de tránsito que por efecto del prementado Decreto 1173 hubiese adquirido, si se considera que, por ministerio del artículo 2o. literal i) como preceptiva especial, del Decreto 1147 de junio 9 de 1971 dictado por el Presidente de la República, dispuso:

"Artículo 2o. Las Direcciones Departamentales de Tránsito, el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá y las Inspecciones Intendenciales y Comisariales de Tránsito, ejercerán dentro de su territorio, las siguientes funciones:

"a)..... b).....c)..... d).....

e)..... f)..... g)..... h).....

"i). Entregar las placas y documentos establecidos por la ley para los vehículos con licencia de tránsito y expedir los permisos especiales de que habla el artículo 90 del Código."

Esta específica función, equivalente a "suministrar" como que en su enfoque de semiótica jurídica traduce: la acción de proveer, poner en manos de alguien una cosa, y ella no se advierte del rol o lista establecida por el artículo 1o. *ibídem* para el Instituto Nacional del Transporte, limitando, en punto a placas, para el prenombrado ente la de "....determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de las placas nacionales para todo tipo de vehículos".

Siendo por modo, el susodicho Decreto 1147 de 1971 reglamentario del 1344 de 1970, y en aplicación de esa potestad, señala expresa y exclusivamente a los entes citados en su artículo 2o. como encargados de "entregar las placas", y la calidad de autoridades de tránsito que ellos son, resulta realmente quebrantada la norma invocada por la accionante, en cuanto en el artículo 1o. del Acuerdo 031 acusado se atribuye al INTRA la función de suministrar la Placa Unica Nacional, sin que le corresponda y sin que en la realidad jurídico-positiva proceda la invocación del Decreto 1344 de 1970 que no le atribuye en disposición alguna la referida función; como tampoco consulta la exactitud normativa que se cita del Decreto 1147 de 1971, en sus literales a) y b) del artículo 1o., cuyo contenido preceptual al señalar como funciones para el Instituto Nacional del transporte la de "dictar las normas que sean necesarios para la adecuada ejecución del Código Nacional de Tránsito y sus decretos reglamentarios", y "determinar para su mejor funcionamiento, la organización de las distintas dependencias de tránsito, sus sistemas de archivo, formas y demás procesos orientados a racionalizar sus operaciones", ratio matiriae, son bien ajenas a la específica de "entregar las placas" como tarea asignada a las entidades señaladas, como se ha anotado, en el artículo 2o..

Y si con el debido detenimiento se examina el voluminoso contingente de funciones asignadas al INTRA en el artículo 6o. del Decreto 2623 de 1985, las propias de la Junta Directiva, contenidas en el artículo 14, agrupadas en las Clases A, B, C, habrá de concluirse que tampoco de ellas se atribuye al organismo el suministro o entrega de placas, ni de su contenido disposicional es posible deducir ese concreto cometido.

CARACTER DE PERMANSION DE LA PLACA UNICA NACIONAL

Detenidamente examinada la causal de vulneración aducida en el proceso 1043, contra el Acuerdo enjuiciado, y centrada la normatividad jerárquica en el carácter de permanencia atribuida en el artículo 88 del Decreto 1344 de 1970, a la placa vehicular, halla la Sala que esa especie de documento identificador y por el aludido carácter, realmente se hace inmodificable, en cuanto es una señal o indicativo que individualiza el objeto mueble en el tiempo y en el espacio, con relación al mundo jurídico de los derechos subjetivos sobre el mismo constituidos. Es por así decirlo, la carta de presentación del vehículo en la esfera de las relaciones jurídicas que sobre él gravitan a partir del momento mismo de la inscripción, como que el artículo 88 del Decreto 1344 de 1970 en su inciso segundo facilita esa precisa interpretación al estatuir que: "Al tiempo de la inscripción se asignará a cada vehículo un número de placa". Realmente y sólo a partir de ese momento y como liturgia de reconocimiento solemne de bien jurídico, adquiere las condiciones de identificación y registro externo, de naturaleza privativa, esto es, "propia y singularmente, una exclusión de todos los demás" como reza su acepción gramatical.

Para la Sala, la impronta o carácter de permansión de la placa vehicular consignado en el esquema normativo 88 del multicitado Decreto 1344 de 1970, impide ciertamente que una manifestación de voluntad administrativa, como la constituye el también plurimencionado Acuerdo No. 031 expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte -INTRA-, "por el cual se modifica la Placa Unica Nacional", realice en un plano tangible y jurídico, el objeto que se propone; vulnerando así el mencionado carácter de esa especie de documento vehicular.

Con lo hasta acá precisado, no es propósito de la Sala sentar como aserción la insuperable dificultad de introducir a la placa de automotores los cambios que la técnica, operatividad, sistematización. etc. de los mecanismos de tránsito impongan y demanden. Ello será siempre jurídicamente posible en la medida que un mandamiento de igual o superior jerarquía en la pirámide normativa Kelseniana, así lo determine; y que su ámbito de validez temporal dirija su contingente efectual hacia el futuro.

Y en la preanotada intelección con evidente desatención al último de los presupuestos anotados, parece inconcluso que la modificación o cambio de la placa, comprende, abarca, se extiende e incide sobre situaciones pretéritas, sobre estados de determinación e individualización vehicular, definitivamente singularizados para ellos, por normas que, como el ordenamiento decretal desacatado, imprimieron a ese tipo de bienes muebles, un sello de identificación jurídica permanente y privativa; inmutable e invariable, y también el primero de los presupuestos enunciados resulta quebrantado por el acto infractor, en su rango sometido a una relación de subordinación con respecto al decreto 1344 de 1970; al determinar la modificación de la placa en los términos del Acuerdo regulada.

Y si por hipótesis, acudiera el intérprete al motivo de utilidad pública o interés social, como sustentáculo del franco efecto retroactivo anotado, sobre eventos de indescionocible consolidación, concretos y particulares; o con reconocimiento de su constitución bajo el imperio de norma anterior, pero con efectos que hubieren de gravitar bajo los mandamientos de la nueva normación, esto es, disposiciones retroactivas y retrospectivas, en su orden, tampoco sería el Acuerdo de la Junta Directiva del INTRA el instrumento jurídico-positivo procedente o indicado para introducir modificaciones con evidente prolongación a esos estados pretéritos válidos generados en un Decreto-Ley, porque esa excepción de retroactividad o retrospectividad, en su caso sólo sería posible con la expedición de un mandamiento jurídico de igual o superior rango en la escala jurídica de las normas, que expresamente estableciere la aplicación retroactiva a ese tipo de situaciones.

No parece impertinente acudir al principio de la irretroactividad de la ley como que ella solo dispone para el futuro y sobre la base de esa regla considerar que, como se ha anotado solo por excepción una norma con nivel jerárquico de coordinación y expresa consignación de ese efecto podría validar

la prolongación de ella hacia el pasado, con lo que se puede significar la imposibilidad jurídica de existir, también como principio, la retroactividad implícita.

De lo expuesto entonces, a lo largo de esta providencia, resulta la ilegalidad del Acuerdo acusado, no sólo por el motivo inicial examinado, esto es, en cuanto al suministro de la placa que se ordena modificar, en razón a que el ente demandado carece de competencia para ello, por encontrarse deferida la prementada función en autoridad de tránsito diferente, sino por cuanto, como también se ha puntualizado, la modificación de la placa única acordada por el acto acusado, vulnera el orden jerárquico de la normatividad positiva y se proyecta sobre situación, facta pretérita sin facultad legal para proceder en ese sentido.

De conformidad con lo rogado en el proceso 1043 en cuanto se enjuicia la totalidad del Acuerdo No. 031, "...por cuanto su finalidad es cambiar, modificar la placa única nacional que se creó con el carácter de permanente tal como se dejó expuesto....." y en razón a que la modificación decretada en el mandamiento primero es subordinante en sus efectos de todas y cada una de las disposiciones que le subsiguen, ha de declararse la nulidad total del Acuerdo.

Y es por ello 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, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y en desacuerdo con él,

FALLA:

DECLARASE LA NULIDAD del acuerdo No. 031 de 28 de septiembre de 1.987, "Por el cual se modifica la Placa Unica Nacional", expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte -INTRA-, durante el tiempo en que tuvo o ha tenido vigencia, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta.

Victor M. Villaquirán M. Secretario.

PERSONAS JURIDICAS - Régimen. EDUCACION SUPERIOR

El artículo 7o. del Decreto 2799 de 1980 estableció una causal de inhabilidad, en abierta contradicción con el mandato constitucional del artículo 12, según el cual el régimen de las personas jurídicas compete exclusivamente al legislador. Del examen del texto acusado se aprecia que no coincide exactamente con los motivos de la Corte Suprema de Justicia al hallar inconstitucional el artículo 141 del Decreto-ley 80 de 1980, pues ella estableció que era inconstitucional "en cuanto limita la voluntad y acción" de los fundadores y no de los miembros del organismo máximo de dirección de la entidad no oficial de educación superior, cual es esto último lo que previene dicho texto. Es decir, que el artículo 141 restringía la participación de los fundadores, pero tal circunstancia es atendible frente al texto acusado sólo en la medida en que los fundadores tuvieran simultáneamente el carácter del Consejo Directivo de la Institución de educación no oficial.

DECLARESE LA NULIDAD de la proposición "en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo", del numeral a) del artículo 7o. del Decreto 2799 de 1980, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N^o.950. Demandante: José María del Castillo Abella.

El doctor José María del Castillo Abella,, actuando en su propio nombre, intenta acción de nulidad, regulada por el artículo 84 del C.C.A., en contra del Decreto 2799 de 1980 (octubre 21), numeral a) del artículo 7o., en la frase "en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo".

I. ANTECEDENTES

El actor funda su pretensión en los siguientes hechos:

1. El acto acusado se expidió con fundamento presunto en los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 120 y 132 de la Constitución Política.

2. En la norma acusada se dispuso que las instituciones de educación superior no oficial deben incluir en sus estatutos la norma de que los integrantes del organismo máximo de dirección pueden ocupar cargos de dirección académica o financiera, si renuncian a aquél.

3. Con lo anterior, se estableció la incompatibilidad entre el miembro del organismo máximo y los cargos de dirección, lo que implica una prohibición o mejor una inhabilidad de orden legal que el gobierno no estaba facultado para establecer.

En relación con el concepto de la violación, el actor alega lo que a continuación se expone:

a) El numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa ejercer la función reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes. Tal facultad no implica las de crear, modificar o extinguir la norma reglamentada. Solo al legislador compete fijar con autoridad, y de manera general, el sentido de la ley oscura; a los jueces y funcionarios, el entendimiento de las disposiciones cuando se van a aplicar a casos concretos. La determinación del sentido oscuro de una ley se hace mediante otro acto del mismo valor. La interpretación y es el que lleva a cabo el gobierno por vía de reglamentación. Los actos correspondientes si se ajustan a la norma superior. Su contenido es esencialmente administrativo.

¿Qué sucede -se pregunta el actor-, respecto del acto reglamentario, si la ley reglamentada desaparece? El acto acusado reglamentaba el artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980 que disponía el establecimiento de límites a la participación de los fundadores en los cargos de autoridad, decisión y control de la institución educativa, disposición inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de septiembre 22 de 1980.

b) En la norma acusada se establece una inhabilidad para desempeñar simultáneamente un puesto en el organismo máximo y otro en la Dirección Academia, Administrativa o Financiera, pues al aceptar uno de estos da lugar al nombramiento del reemplazo en el primero.

El numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Política faculta al Presidente de la República para reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional. El numeral 19 *ibídem*, para ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, a fin de que sus rentas se conserven y se apliquen en debida forma. Como se ve, estas disposiciones tampoco facultan al gobierno nacional para establecer la limitación censurada, porque el reglamento no puede modificar la ley reglamentada.

c) El artículo 12 de la Constitución Política establece que la capacidad y, en general, el régimen de las personas jurídicas se determina por la ley colombiana. Luego es competencia exclusiva de la ley determinar las formas de constitución y organización de las personas privadas. Los casos particulares de incompatibilidad también son competencia de la ley.

La parte demandada contestó los cargos de la siguiente manera:

1. Por el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Política atribuye la facultad del Presidente de la República para disponer en materia de educación. En el numeral 19 se habla de la inspección sobre la misma.

2. La norma acusada se dictó en ejercicio de las facultades previstas en los numerales citados.

3. Los cargos en cuestión no se excluyen sino que la aceptación de alguno de los segundos implica la vacancia del primero, lo cual implica el establecimiento de una inhabilidad.

4. El acto acusado no es reglamentario.

II. ALEGATOS DE CONCLUSION

Por el Actor:

1. El artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980 dispuso que en los estatutos de las instituciones no oficiales de educación superior debería determinarse los límites a la participación de los fundadores en los mecanismos de actividad de las mismas. De acuerdo con lo anterior, estableció prácticamente la obligación de que siendo miembro del organismo máximo aspire a un cargo administrativo debe dejar el primero. La disposición acusada a todas luces, es desarrollo del artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980.

2. El vicio de inconstitucionalidad del artículo 141 se tramite a su norma reglamentaria.

3. De ser el acto acusado un reglamento autónomo no podría modificar una norma legal.

4. La incompatibilidad entre las dos categorías de cargos en las instituciones privadas violan los artículos 12 y 62 de la Constitución Política.

III. VISTA FISCAL

El Señor Agente del Ministerio Público sustenta sus consideraciones en los siguiente términos:

a) La Constitución garantiza la libertad de asociación.

b) El acto acusado se apoya en la norma declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia. Las decisiones de la Corte en esta materia produce efectos *erga omnes*.

c) La determinación del régimen de las personas privadas es atribución de la ley.

Concluye en que deben prosperar las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El examen cabal de los cargos formulados por el actor se hará involucrando todos los elementos que convergen en la litis, tales como: el texto del acto acusado, el régimen de las personas jurídicas de derecho privado y la sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia.

A. *La norma acusada.*

"Decreto 2799 de 1980 (21 de octubre)

"Por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confieren los ordinales 3º, 12 y 19 del artículo 132 de la Constitución Política,

DECRETA:

Artículo 1º ...

Artículo 7º. Para efecto...

a. Quienes estatutariamente hagan parte del organismo máximo de dirección de la entidad podrán desempeñar cargos de dirección académica, administrativa o financiera, *en cuyo caso preverse su reemplazo en dicho organismo*. (Lo subrayado corresponde a la pretensión de la demanda).

b. ...".

B. Régimen de las personas jurídicas privadas.

Algún poeta sagaz afirmó con toda verdad que el lenguaje más medio de comunicación sirven para ocultar nuestros más íntimos deseos. La forma de redacción del texto acusado podría pasar desapercibida ante el cargo de quebranto de preceptos, superiores si no se repara en que efectivamente establece, en el mejor de los estilos informales, verdaderas causales de inhabilidad para aquella persona que, siendo miembro del Consejo Directivo de la institución pasa a desempeñar un cargo meramente administrativo. Señala el texto en cuestión que aquellos que hagan parte del organismo de dirección (la norma aviesamente reconoce "facultad" a tales miembros para desempeñar cargos de dirección académica), pero ("en cuyo caso") a condición de que dejen el cargo que venían desempeñando ("deberá preverse su reemplazo en dicho organismo"). Para nada cuenta si efectivamente la persona tiene el propósito de separarse de su antiguo cargo; basta que acepte el nuevo destino para que se produzca su reemplazo. Esto es, ni más ni menos, establecer una causal de inhabilidad. Y ello, en abierta contradicción con el mandato constitucional del artículo 12, según el cual el régimen de las personas jurídicas compete exclusivamente al legislador. Porque todas las materias relacionadas con la existencia y desarrollo de las personas jurídicas son de la exclusiva competencia del legislador.

Al respecto ha expresado esta Corporación:

"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 art. 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 del 19 de mayo de 1982, Actor, Luis Carlos Sotelo, Extractos del Consejo de Estado mayo de 1982)."

Vistas las consideraciones anteriores, el cargo prospera y por ello accederá a las pretensiones de la demanda.

C. Relación conceptual entre la sentencia de inconstitucionalidad y la parte acusada.

Aunque resulta superflua la consideración de este cargo, por la conclusión de nulidad del acto impugnado a que se llega en el acápite B. anterior, la Sala hace las siguientes apreciaciones:

Como se sabe el acto regla al establecer disposiciones de carácter general se sirve del lenguaje no siempre en forma expresa aunque si latente o velada. Para empezar es necesario tener en cuenta que, si bien la parte acusada no habla de incompatibilidad o inhabilidad entre el ejercicio del cargo de miembro del organismo máximo y los de dirección académica, administrativa o financiera, el desempeño de los cargos a que se hace alusión es alternativo; si no ocurriera así de acuerdo con el mandato del precepto acusado, sobraría la expresión "en cuyo caso (el desempeño de un cargo administrativo, académico o financiero en la institución privada por parte de un miembro de un organismo máximo) deberá preverse su reemplazo en dicho organismo".

Para un buen entendedor, esta locución significa que la sola aceptación del cargo administrativo implica renuncia de un miembro del órgano máximo. En otros términos: No se puede ejercer simultáneamente los cargos de miembro del órgano máximo, por una parte y encargado de la dirección administrativa financiera o académica, por la otra, pues la aceptación de uno de ellos da derecho a la designación del reemplazo.

De este sucinto examen del texto acusado se aprecia que no coincide exactamente con los motivos de la Corte Suprema de Justicia al hallar inconstitucional el artículo 141 del decreto Ley 80 de 1980, pues ella estableció que era inconstitucional en "cuanto limita la voluntad y acción" de los fundadores y no de los miembros del organismo máximo de dirección de la entidad no oficial de educación superior, cual es esto último lo que previene dicho texto.

Es decir que el artículo 141 restringía la participación de los fundadores, pero tal circunstancia es atendible frente al texto acusado sólo en la medida

en que los fundadores tuvieran simultáneamente el carácter de miembros del Consejo Directivo de la institución educativa no oficial.

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:

Declárese la nulidad de la proposición de "...en cuyo caso deberá preverse su reemplazo en dicho organismo", del numeral a), del artículo 71, del Decreto 2799 de 1980, expedido por el Presidente de la República el día 21 de octubre de ese año.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*, Ausente con excusa legal; *Myriam Guerrero de Escobar*.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN - Vigilancia. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades.

La disolución de la persona jurídica y correspondiente liquidación no encajan dentro de ninguno de los objetivos que debe tener el ejercicio de la inspección y vigilancia consagrada en el número 19 del artículo 120 de la C.N. La disolución y liquidación no puede ser una simple medida de inspección y vigilancia y hace parte del "régimen general" de las personas jurídicas, que corresponde al legislador, como quedó establecido en el artículo 12 del la C.N. y que para esta clase de entidades está consagrado en el artículo 652 del C.C., según el cual "las funciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

DECLARA LA NULIDAD del numeral 2 del artículo 2o. y del artículo 3o. del Decreto 361 del 20 de febrero de 1987, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o. 772. Actor: Alvaro Tafur Galvis

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda de simple nulidad que ha dado lugar al proceso de la

referencia, instaurada por el ciudadano ALVARO TAFUR GALVIS contra los artículos 2o. y 3o. del decreto 361 de febrero 20 de 1987, expedido por el Presidente de la República con la firma de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

I. ANTECEDENTES

a) Las normas acusadas.

Son los artículos 2o. y 3o. del Decreto 361 de 1987, cuyo texto es el siguiente:

" DECRETO NUMERO

361 DE 1987

(20 febrero 1987)

"Por el cual se dictan normas sobre la vigilancia de la instituciones de utilidad común

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

"en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 120,

numeral 19, de la Constitución Política.

DECRETA :

"

" Artículo 2o. Cuando se compruebe que una institución de utilidad común en ejercicio de su actividad excede los límites impuestos por la ley, por la voluntad de sus fundadores o por sus propios estatutos, se podrán decretar las siguientes medidas:

"1. La suspensión de los actos o actividades ilegales o que no se acomoden a los fines perseguidos por la institución, bajo apremio de multas diarias sucesivas hasta de quinientos mil pesos (\$500.000.00) cada una; y

"2. La disolución de persona jurídica cuando corresponda y, en todo caso, la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas, para lo cual se seguirán las reglas previstas en el Código de Comercio para la liquidación de las sociedades por acciones. En tal evento, la liquidación se adelantará por la entidad a la que compete su vigilancia, o por un agente designado por ella para el efecto, y el trámite del

inventario correspondiente se surtirá ante la misma.

"Artículo 3o. Mientras se tramita la liquidación prevista en el artículo anterior no podrá aceptarse solicitud de concurso, ni proceso alguno de ejecución y se suspenderá la actuación en los procesos de ejecución iniciados. Los jueces que estén conociendo de ellos procederán de oficio y comunicarán a la entidad competente y al demandante la suspensión, previo levantamiento de las medidas cautelares que hubiesen sido decretadas".

b) Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

En ejercicio de las atribuciones constitucionales contenidas en el artículo 120, numeral 19, el Presidente de la República, en asocio de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, expidieron el Decreto 361 de 1987, por medio del cual se dictan normas sobre la vigilancia de las instituciones de utilidad común, acto éste denominado por la doctrina y la jurisprudencia como reglamento constitucional, que corresponde al ejercicio de atribuciones constitucionales propias del Presidente como suprema autoridad administrativa, cuyo control jurisdiccional corresponde al Consejo de Estado (art. 216 C.N.).

c) Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

Artículos 12,20,36,55,57,76 - ordinales 1o. y 2o.- y 120-ordinal 19- de la Constitución Nacional, así como el artículo 652 del Código Civil.

Expone la demanda que las instituciones de utilidad común, de conformidad con el artículo 5o. del decreto 3130 de 1968, prestan servicios de interés social conforme a la voluntad de los fundadores; que dicho fin está garantizado en la atribución 19 del artículo 120 de la Carta, al confiar al Presidente de la República la atribución de vigilar y ejercer la inspección para que los fines de las instituciones de utilidad común, que no persiguen ningún lucro, se cumplan y se conserven en sus rentas en la aplicación de la voluntad de los fundadores y de acuerdo con sus estatutos.

Por lo tanto, no puede el gobierno nacional, so pretexto de ejercer la vigilancia e inspección de las instituciones de utilidad común, inmiscuirse en otras actividades que no sean las expuestas, como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo

de Estado, en apoyo de lo cual cita, entre otras, las sentencias de agosto 10 y diciembre 14 de 1973, para diferenciar la potestad reglamentaria insita en la actividad de la administración pública, de la del ordinal 19 del artículo 120 de la C.N., esta última ejercida a través de reglamentos constitucionales o autónomos, que le permiten al ejecutivo reglar y ejercer la actividad señalada.

Como quiera que las disposiciones acusadas no están orientadas a garantizar la conservación y debida aplicación de las rentas de las instituciones de utilidad común, ni al cumplimiento de la voluntad de los fundadores o del contenido de los estatutos de cada uno de ellas, sino que por el contrario, desbordan tal atribución, se está en presencia de la violación de normas superiores como lo son los artículos 12, 20, 36, 55, 76 - ordinales 1 y 2- y 120 -ordinal 19- de la Constitución Nacional.

En cuanto al artículo 12 citado, porque los aspectos relativos a la capacidad, el reconocimiento y en general al régimen de las personas jurídicas, corresponde única y exclusivamente al legislador, y en esta materia no podría incursionar el Gobierno sin violentar dicho artículo, pues para ello debe estarse a lo establecido en las previsiones legales. De contera se viola el artículo 76-1, pues sólo el legislador mediante ley puede reglar tal actividad de las personas jurídicas. Así lo expresa la sentencia de 14 de diciembre de 1973, pues el control debe referirse únicamente a la manera de adquirir, administrar e invertir las rentas de dichas instituciones y de cuidar y respetar la voluntad de los fundadores o de los estatutos que las rigen.

Por ello, el artículo 2o. del Decreto 631 de 1987 es violatorio de las normas constitucionales, aludidas antes, así como de los artículos 55 y 76 de la Constitución Nacional y del artículo 652 del Código Civil, pues se está abrogando el gobierno atribuciones propias del Congreso o Rama Legislativa y reglando aspectos del derecho privado que sólo la ley puede hacer.

Así mismo, excedió el gobierno las reglas del artículo 120, ordinal 19, de la C.N. cuyo fundamento sirve sólo para la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, pues en materia de disolución y de sanción a dichos entes, contraría abiertamente la finalidad expuesta al principio, que no es otra que preservar la voluntad de los fundadores y la adquisición, administración e inversión de las rentas de ellos para los fines determinados en los estatutos.

Por último, considera la demanda que como el artículo 2o. del acto acusado establece unas sanciones drásticas para las instituciones de utilidad común, no se está preservando a la fundación mediante las atribuciones contenidas en el artículo 120-19 de la Carta, sino que se busca un resultado diferente, cual es la disolución de las mismas y no asegurar su permanencia en aras de la voluntad de los fundadores, con lo cual se está violentando el artículo 36 de la Constitución Nacional, pues se está atentando contra el

patrimonio de ellas que se integra de ordinario mediante donaciones intervivos o testamentarios, hechas con los fines de interés social de las fundaciones o instituciones de utilidad común.

También se infringen las normas constitucionales analizadas e invocadas antes, por el artículo 3o. del acto acusado, pues en él solo se establecen los procedimientos para llevar a cabo la liquidación y disolución de la persona jurídica; así mismo, se establecen en el artículo 3o. procedimientos judiciales propios de los códigos de la materia, con lo cual se viola el artículo 76-2 de la Carta, según el cual corresponde al Congreso expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Agrega igualmente que el decreto demandado asimila las fundaciones o instituciones de utilidad común con las sociedades, en especial con las sociedades por acciones, al indicar un régimen de disolución idéntico en la liquidación, que no se compadece con la definición legal que el Decreto 3130 de 1968 da a aquellas.

Finalmente, expresa que el art. 2o. viola el art. 562 del Código Civil, al pretender establecer causales de extinción de las instituciones de utilidad común diferentes de la consagrada en la citada norma del Código Civil, cual es la destrucción de los bienes destinados a la manutención de la entidad.

d) Razones de la defensa.

En la contestación de la demanda, presentada fuera de tiempo por el apoderado designado por el Ministerio de Desarrollo Económico (V.fl.37), único en hacerse parte en el proceso, no obstante haberse notificado el auto admisorio de la demanda, tanto a dicho Ministerio como al de Hacienda y Crédito Público, considera que las previsiones de las disposiciones acusadas se acomodan a la atribución 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional, pues el gobierno es autónomo para expedir esta clase de reglamentos, que implican que sin necesidad de ley que lo autorice, pueda tomar las medidas e incorporarlas al ordenamiento.

Para sustentar la anterior afirmación, en defensa de la legalidad de las normas acusadas, cita apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se afirma que todos los poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos y sean coherentes con la letra y el espíritu de la disposición constitucional a que acceden y que, en consecuencia, una facultad se considera implícita en la Constitución siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución expresamente conferida por ella misma (C.S. de J., sentencia de 13 de noviembre de 1928, G.J Tomo XXXVI, pp.194 a 209).

e) La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 20 de noviembre de 1987 se admitió la demanda, se ordenó el trámite correspondiente y se solicitaron los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del acto acusado (fl. 18).

El proceso no tuvo decreto de pruebas por tratarse de una cuestión de puro derecho.

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión, sólo el actor presentó sus alegaciones finales, reiterando sus pretensiones de anulación de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 361 de 1987 (fls.59-65).

II.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que debe declararse la nulidad del numeral 2. del artículo 2o. y del artículo 3o. , por ser violatorios de las normas constitucionales invocadas en la demanda. Considera que en lo demás, las normas acusadas se encajan perfectamente dentro las potestades del numeral 19 del artículo 120 de la Carta; por lo tanto, concluye en que debe mantenerse la vigencia del inciso y numeral 1o. del artículo 2o. del Decreto 361 de 1987.

Para ello, en resumen, expone que del análisis comparativo de las normas transcritas, puede considerarse que el inciso y el numeral 1o. art. 2o. del Decreto acusado encajan perfectamente dentro de las potestades que mediante la disposición constitucional se dejaron al albedrío del Presidente de la República.

Pero cosa contraria ocurre respecto del numeral 2o. del artículo comentado pues mal puede afirmarse, incluso desde el punto puramente práctico, que el ejecutivo pueda cumplir las finalidades que han de servir de mira en su gestión ordenando la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas y, en fin, haciendo desaparecer la institución, ya que antes que procurar o propiciar su desaparecimiento ha de velar precisamente por su preservación.

Finalmente, en relación con el art. 3o. demandado, expresa que no hay mayor cosa que agregar, teniendo en cuenta que en él se consagran medidas adecuadas o compatibles con la liquidación a que se refiere el art. 2o. numeral 2o., de tal manera que por los mismos motivos que es anulable tal liquidación es anulable el trámite que se debe seguir para adelantarla, en aplicación del

principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

III.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Como puede concluirse fácilmente de los antecedentes mencionados, el objeto de la presente litis tiene que ver fundamentalmente con el ámbito de competencia que resulta para el Presidente de la República, del numeral 19 del art. 120 de la Constitución Nacional.

A su vez, por la naturaleza de las atribuciones que resultan de la citada norma, que son de aquellas que obedecen a la figura de atribuciones "directas" dadas por la Constitución al ejecutivo, sin que se encuentre de por medio un acto del legislador y cuyo ejercicio se traduce en los llamados decretos autónomos o constitucionales, su ámbito de competencia estará dado por los linderos que separan esas atribuciones de las que pueda tener el legislador en asuntos afines.

En efecto, frente a las atribuciones "directas" que como en el caso de la conferida por el numeral 19 del art. 120 de la Carta al Presidente de la República, implican que no debe existir ley en ese sector de competencia, ello no quiere decir que no pueda existir competencia del legislador en asuntos muy afines o cercanos, En tales casos en que aparecen esos dos sectores de competencia, ellas no podrán en estricto sentido entrecruzarse, por lo cual es necesario hacer un especial esfuerzo para deslindar los límites de cada una de ellas. Y esta es precisamente la situación que se presenta en el caso de autos.

Para constatar lo anterior, basta con comparar el texto de las siguientes normas constitucionales que tienen que ver con la esencia de la presente litis.

De una parte, el numeral 19 del art. 120, que otorga una competencia "directa" al ejecutivo, así:

"Art. 120.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

...

19) Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores";

De otra parte, el art. 12 de la Carta, que consagra una atribución al legislador en los siguientes términos :

"Art. 12.- La capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana".

Del análisis comparativo de las anteriores normas pueden extraerse las siguientes conclusiones necesarias para determinar la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas.

1o.) Al legislador corresponde dictar las normas que regulen la capacidad, el reconocimiento y "en general" el régimen de las sociedades y "demás personas jurídicas".

2o.) Al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, corresponde ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común (que son personas jurídicas).

3o.) En consecuencia, de la competencia que corresponde al legislador para determinar " en general " el régimen de las personas jurídicas, se excluye lo relacionado con el ejercicio de la "inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común", que está dado al ejecutivo por norma especial y por atribución "directa" de la Constitución.

4o.) Dicha atribución "especial y directa" dada por la Constitución al ejecutivo, comprende la facultad de establecer los medios necesarios y adecuados a los fines de inspección y vigilancia sobre el grupo de personas jurídicas mencionado, pero siempre y cuando que aquellos medios estén orientados "a que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

Al analizar las normas demandadas frente a las anteriores conclusiones, la sala encuentra lo siguiente:

Es perfectamente lícito y constitucional que el Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 19 del art. 120 de la Constitución, establezca las medidas que deban decretarse "cuando se compruebe que una institución de utilidad común en ejercicio de su actividad excede los límites impuestos por la ley, por la voluntad de sus fundadores o por sus propios estatutos", como lo consagra en su encabezamiento el art. 2o. del Decreto 361 de 1987.

Dentro de la misma lógica anterior, y de acuerdo con su colaborador fiscal, la Sala considera acorde con la atribución constitucional la previsión del numeral 1. del artículo y decreto citados, consistente en suspender "los actos o actividades ilegales o que no se acomoden a los fines perseguidos por la institución, bajo apremio de multas ...", ya que esta medida tiende claramente a que "sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores", como lo exige el numeral 19 del art. 120 constitucional, teniendo en cuenta, además, que la voluntad de los fundadores debe, por esencia, entenderse orientada a que los actos y actividades de la institución se enmarquen dentro de la ley, pues de lo contrario la creación de la entidad estaría viciada por objeto ilícito.

En cambio, la Sala considera que asiste razón al demandante en relación con el numeral 2. del art. 2o. del decreto acusado, ya que la disolución de la persona jurídica y la correspondiente liquidación no encajan dentro de ninguno de los objetivos que debe tener el ejercicio de la inspección y vigilancia, a saber :

a) " Para que sus rentas sean debidamente aplicadas", pues la desaparición de la institución de utilidad común que resulta de su disolución y liquidación, es contraria a la aplicación de las rentas a los objetivos previstos por los fundadores que quisieron que dichas rentas tuvieran un destino específico, para cuyo cumplimiento se requiere, precisamente, que la institución superviva.

b) " Para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores", pues es evidente que la voluntad de estos consiste en que la institución superviva y no desaparezca a fin de lograr los objetivos para los cuales es creada.

Es decir, que la disolución y liquidación de la institución no puede ser una simple medida de inspección y vigilancia y hace parte, en consecuencia, del " régimen general" de las personas jurídicas, que corresponde al legislador, como quedó establecido, en virtud del art. 12 de la Constitución, y que para esta clase de entidades está consagrado básicamente en el art. 652 del Código Civil, según el cual " las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención".

De igual manera la Sala, de acuerdo con el agente del Ministerio Público, concluye que es nulo el art.3o. del Decreto 361 de 1987, acusado, por cuanto su contenido se refiere simplemente a algunas consecuencias de la liquidación, de tal manera que siendo nula esta última, lo serán igualmente las previsiones sobre consecuencias de ella, además de que las atribuciones conferidas al Presidente por el numeral 19 del art. 120 de la Carta, no pueden comprender la facultad de regular aspectos relacionados con los procesos judiciales y modificar normas del Código de Procedimiento Civil, pues ello es una competencia del legislador, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 2o. del art. 76 de la misma Constitución.

Por consiguiente, y en conclusión, la Sala considera que el numeral 2. del art. 2o. y el art. 3o. del Decreto 361 de 1987, son violatorios de las siguientes normas constitucionales:

Del numeral 19 del art. 120, por extralimitar las atribuciones conferidas al Presidente de la República mediante esa norma.

Del art. 12, por cuanto a través de las normas acusadas y citadas, el Presidente de la República invadió una competencia que corresponde

constitucionalmente al legislador. Por esta misma razón, las citadas normas son violatorias del art. 55 de la Constitución, que consagra el principio de la separación de las ramas del poder público y de sus funciones y del art. 76, en sus atribuciones 1a. y 2a., que otorgan al Congreso la facultad de reformar y derogar las leyes preexistentes y expedir y reformar los códigos en todos los ramos de la legislación.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, a través de su Sección Primera, de acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA :

Primero. - Declárase la nulidad del numeral 2. del artículo 2o. y del artículo 3o. del Decreto 361 del 20 de febrero de 1987, expedido por el Presidente de la República.

Segundo. - Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Tercero. - En firme esta sentencia, remítase copia de la misma a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República y a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

Archívese el expediente, con las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de septiembre de mil novecientos noventa

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Myriam Guerrero de Escobar*; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*, Ausente - con excusa legal.

Victor M. Villaquirán; Secretario.

FONDO NACIONAL DE AHORRO - Régimen Contractual. CONTRATO COFINANCIADO. SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Tanto la suspensión decretada por la Sala Unitaria en el proceso 1132 como la confirmación producida por la Sala de Decisión, se fundamentan en el argumento de que el Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento público, por lo cual a todos sus contratos les son aplicables las normas del Decreto-ley 222 de 1983, que constituye a su vez el argumento para pedir la suspensión provisional dentro del presente proceso. No obstante, la Sala encuentra que si bien es cierto que de conformidad con el artículo 1o del Decreto 222 de 1983, éste se aplica a los establecimientos públicos, no es verdad absoluta que dicha aplicación sea para todos los contratos de los establecimientos públicos.

Mas como la presente providencia se introducen nuevos razonamientos jurídicos, dignos de tenerse en cuenta, surgen elementos de duda sobre la infracción manifiesta por el Decreto 1059 de 1983 acusado de normas de jerarquía superior y por ello, será en el momento procesal de la sentencia cuando se dirima del todo con el debido concienzudo análisis -que incluirá el de tal razonamiento- el presente contencioso objetivo de anulación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N^o.1514. Actor: Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República, en representación de la Nación y mediante apoderado, en ejercicio de la acción pública consagrada en el art. 84 del C.C.A., demanda la nulidad del art. 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de abril 13 de 1983, "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro".

Como la demanda reúne a primera vista los requisitos de carácter formal que exige la ley, será admitida.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el capítulo V de la demanda, la entidad actora solicita la suspensión provisional del acto acusado, por considerarlo "ostensible, flagrante y manifiestamente violatorio" de los arts. 55 y 76, numeral 1, de la Constitución y de los arts. 1o., 25 y 252 del Decreto Ley 222 de 1983.

Las razones aducidas por la actora para sustentar su solicitud de suspensión provisional, van todas dirigidas a expresar que por tratarse de contratos de un establecimiento público, sean administrativos o de derecho privado, los contratos del Fondo Nacional de Ahorro están sometidos a los procedimientos y requisitos establecidos en el estatuto contractual de la administración, es decir, el Decreto-Ley 222 de 1983.

De tal manera que como el art. 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de 1983 limita la aplicación del citado Decreto-Ley 222 de 1983 en relación con los llamados contratos cofinanciados o P3, está violando las normas mencionadas.

Para resolver la petición de suspensión provisional deben tenerse en cuenta, en primer lugar los siguientes antecedentes :

a) El art. 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de 1983, efectivamente restringe la aplicación del Decreto 222 de 1983 en lo referente a una serie de "operaciones " que realiza el Fondo Nacional de Ahorro, previstas en los arts. 1o. y 2o. del mismo decreto y en los arts. 16, 17 y 18 del Decreto-Ley 3118 de 1968. En efecto, en relación con ellas, la norma acusada expresa se someterán a las normas del Decreto 222 de 1983, en lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana".

Agrega que "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".

b) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que el contrato cofinanciado (P-3), es un contrato de mutuo (sentencia del 17 de mayo de 1984, Consejero Ponente doctor José Alejandro Bonivento F. Expediente 2796. Actor: Federación Nacional de Cafeteros), aunque con la aclaración de voto del Consejero Jorge Valencia Arango, quien consideró que se trataba de una asociación o una sociedad de hecho.

c) La Sala de Consulta y Servicio Civil, en relación con contratos similares celebrados por el Instituto de Crédito Territorial, ha considerado que los contratos cofinanciados no se rigen por el Decreto-Ley 222 de 1983 (concepto del 14 de agosto de 1986, Radicación No. 043. Consejero Ponente. Doctor Humberto Mora Osejo).

d) En virtud de demanda instaurada ante esta Sección Primera contra el mismo art. 3o. del Decreto 1059 de 1983, mediante auto de Sala Unitaria (Consejero Samuel Buitrago Hurtado, 12 de abril de 1989, Expediente No. 1132), se decretó la suspensión provisional de la norma citada y cuya suspensión se solicita en este proceso.

e) Al resolver el recurso ordinario de súplica interpuesto por el Fondo Nacional de Ahorro contra el auto anterior, la Sala de Decisión confirmó la suspensión provisional (Sección Primera, auto de 8 de septiembre de 1989, Consejero Ponente : Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, Expediente No. 1132).

f) El proceso No. 1132, en el cual se produjo la suspensión provisional de que tratan los dos literales anteriores, terminó con fallo inhibitorio por inepta demanda y por ende no entró al fondo del asunto y quedó sin vigencia la suspensión provisional decretada (sentencia del 6 de julio de 1990, Consejero Ponente Doctor Rodrigo Vieira Puerta, Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves. Expediente No. 1132).

Con fundamento en los anteriores antecedentes y no obstante las decisiones de suspensión provisional proferidas en relación con la misma norma demandada en este proceso, la Sala considera que no es del caso atender favorablemente la solicitud del actor por las siguientes razones:

1a.- Tanto la suspensión decretada por Sala Unitaria en el proceso No. 1132, como la confirmación producida por la Sala de Decisión, se fundamenta en el argumento de que el Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento público, por lo cual a todos sus contratos les son aplicables las normas del Decreto-Ley 222 de 1983, que constituye, a su vez, como quedó visto, el argumento para pedir la suspensión provisional dentro del presente proceso.

2a.- No obstante lo anterior, la Sala encuentra que si bien es cierto que de conformidad con el art. 1o. del decreto 222 de 1983, este se aplica a los establecimientos públicos, no es verdad absoluta que dicha aplicación sea para todos los contratos de los establecimientos públicos.

En efecto, el mismo art. 1o. expresa que las normas del estatuto se aplican a "los contratos previstos en este decreto". y el art. 80 precisa que "el presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros". Aclara, adicionalmente, que "los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos".

3a.- De tal manera que la aplicación del Decreto 222 de 1983 a los contratos que se refiere la norma acusada y cuya suspensión provisional se solicita (llamados contratos financieros o P-3), depende de si ellos corresponden o no a alguno de los enumerados en el art. 80 de aquel estatuto.

Y como no hay claridad sobre el tipo de contrato a que corresponden dichos contratos cofinanciados, o si se trata de un contrato atípico, según se ha visto, por las diferentes posiciones asumidas por la Sección Tercera y la Sala de Consulta y Servicio Civil, el debate deberá ser dilucidado con todos los elementos de juicio necesarios en el fallo de fondo, sin que por lo tanto sea posible resolver dichas inquietudes en una decisión de suspensión provisional, ya que no se cumple el requisito previsto en el art. 152 del C.C.A., en el sentido de que haya manifiesta infracción de una de las posiciones invocadas con fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sección Primera

RESUELVE :

1o.- ADMITIR la demanda presentada por la Nación -Contraloría General de la República. En consecuencia se dispone :

a) Tener a la Nación -Contraloría General de la República, como parte demandante.

b) Tener como parte demandada a la Nación colombiana, representada en este caso por el Ministro de Desarrollo Económico.

c) Notificar personalmente esta providencia al Fiscal Primero del Consejo de Estado.

d) De igual manera notificar en forma personal este proveído al Ministro de Desarrollo Económico.

e) En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4. del artículo 207 del C.C.A. y del Decreto Reglamentario número 2867 de 1989, en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso deberá el demandante depositar la cantidad de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) M/cte., dentro del término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que el expediente regrese a Secretaría.

f) Hacer la fijación en lista por el término y para los efectos previstos en el artículo 207, numeral 5), del C.C.A. .

g) Traer al expediente los respectivos antecedentes administrativos del Ministerio de Desarrollo Económico, los cuales deberán ser remitidos dentro del lapso de diez (10) días siguientes al de la fecha de recibo del oficio de solicitud.

2o.) DENEGAR la suspensión provisional del artículo 3o. del Decreto 1059 de 1983, dictado por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente, Con Acalración de Voto;
Myriam Guerrero de Escobar, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Rodrigo Vieira Puerta*, Ausente -con excusa legal;

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Atentamente aclaro el voto en el presente proceso y respecto del auto de 20 de septiembre de 1990 que negó la suspensión provisional impetrada de los efectos del Decreto Reglamentario 1059 de 13 de abril de 1983 "por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro".

Y ello por las siguientes razones:

En providencias anteriores en que he tenido que participar como Consejero de esta Sección he venido considerando en casos similares que hay lugar a la suspensión provisional con fundamento en argumentos que he acogido similares a los planteados en el presente proceso 1514.

Mas como en la presente providencia se introducen nuevos razonamientos jurídicos, dignos de tenerse en cuenta, surgen elementos de duda sobre la infracción manifiesta por el Decreto 1059 de 1983 acusado de normas de jerarquía superior y por ello, será en el momento procesal de la sentencia cuando se dirima del todo con el debido y concienzudo análisis, -que incluirá el de tal razonamiento- el presente contencioso objetivo de anulación.

De ahí mi conformidad con la mencionada providencia, que explico mediante esta aclaración.

Con la debida consideración,

Simón Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Nota de la Relatoría: La aclaración de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez refiere lo siguiente: En providencias anteriores en que he tenido que participar como Consejero de esta Sección he venido considerando en casos similares que hay lugar a la suspensión provisional con fundamento en argumentos que he acogido similares a los planteados en el presente proceso 1514.

SOCIEDADES COMERCIALES. JUNTA DE SOCIOS. ASAMBLEA DE ACCIONISTAS - Reuniones.

La circular impugnada se quedó a mitad de camino al pretender incorporar el texto del artículo 430 del Código de Comercio, ya que como quedó plasmada la disposición cuestionada se excluyó la posibilidad contemplada en dicho artículo 430 de seguir deliberando más allá de los (3) días si están representadas en su totalidad las acciones suscritas.

En la circular numeral 9 se establecen dos mayorías para la inclusión de asuntos para la consideración en la sesión una vez agotado el orden del día previsto con la debida antelación: En las sociedades anónimas : 70% de las acciones o cuotas representadas en la reunión. En las sociedades de responsabilidad limitada: 51 % de las cuotas en que se dividía el capital social. Lo que contraría el artículo 425 del Código de Comercio que debe aplicarse analógicamente en virtud del artículo 372 ib., es decir utilizarse el porcentaje de votación de las Sociedades Anónimas (70%) a las sociedades de responsabilidad limitada.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Circular Externa No. PD-003 expedida por el Superintendente de Sociedades las disposiciones que rezan: a) "9 Suspensión y reanudación de reuniones. De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea o junta de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles" b) "10 Asambleas Extraordinarias... siempre y cuando dicha mayoría no

sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social...".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N^o. 1467. Actor : Jorge Hernán Gil Echeverry

El doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, actuando en su propio nombre, intenta acción de nulidad con solicitud de suspensión provisional contra la Circular Externa No PD-003 de enero 26 de 1990, que contiene algunas observaciones que deben tenerse en cuenta en las reuniones de Junta de Socios o Asamblea de Accionistas en las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.

En primer lugar, y en lo que tiene que ver con el cumplimiento de las exigencias legales para la admisión de la demanda se observa que el escrito presentado las cumple por lo que la Sala habrá de decidir lo correspondiente a la admisión de la demanda.

A fin de desatar la petición de suspensión provisional, se pasa a examinar los cargos y los textos acusados frente a las normas que se dicen quebrantan.

Para ello se procede al método de la doble columna.

Norma acusada

Normas del Código de Comercio consideradas violadas.

1. "Convocatoria

"Solo pueden convocar a las reuniones de la asamblea general de accionistas o la junta de socios las personas legalmente facultadas para ello, de acuerdo con el artículo 181 del Código de Comercio, observando siempre lo relacionado con el medio y la antelación previstos en los estatutos sociales o en su defecto el artículo 424 del citado código".

1. Artículo 929, ordinal 1 (sic).
2o Cuando el plazo sea de días, se excluirá el día en que el negocio jurídico se haya celebrado, salvo que de la intención expresa de las partes se desprenda otra cosa, y...

El conteo de los días de antelación de la convocatoria se inicia el día siguiente a la fecha en que ella se efectúe y va hasta la media noche del día anterior a la reunión; de modo que para establecer la antelación no se tendrán en cuenta ni el día de la convocatoria, ni el día de la sesión. "(Se subraya la parte demandada).

La acusación se funda en la consideración de que el acto acusado excluye dos días: el de convocatoria y el de la reunión, en tanto que el Código sólo uno, el de convocatoria.

La Sala considera que no hay lugar al presunto fundamento de la suspensión si se tiene en cuenta que la norma citada del Código de Comercio se relaciona con el establecimiento de obligaciones o la celebración de contratos tema ajeno al tratado por el texto acusado. Por lo demás el aumento de dos días para la reunión de la junta de la asamblea, lejos de constituir una limitación constituye una ventaja a fin de dar mayor oportunidad a la participación en las deliberaciones que se habrá de efectuar. por lo demás, el aumento de dos días para la reunión de la junta o la asamblea, lejos de constituir una limitación constituye una ventaja a fin de dar mayor oportunidad a la participación en las deliberaciones que se habrán de efectuar. Por lo anterior, y respecto de esta petición se deniega.

2. "3. Poderes

Los poderes que confieran los socios para hacerse representar en las reuniones del máximo órgano social, han de otorgarse siempre por escrito, ciñéndose a las exigencias requeridas en el artículo 184 de Ordenamiento Mercantil y pudiéndose otorgar por carta, télex, marconi, o fax acorde con lo previsto en el artículo 826 *ibídem*.

Si el poder se otorga para una reunión específica, no es necesaria la autenticación de firmas, ni aún cuando haya sido

2. Art. 184 del C. de Co.

"Todo asociado podrá hacerse representar en las reuniones de la junta de socios o de la asamblea mediante poder otorgado por escrito...".

conferido en el exterior, siempre y cuando el otorgante sea una persona natural, *porque si es una persona jurídica deberá darse cumplimiento a la cadena de autenticaciones a que aluden los artículos 480 del Código de Comercio y 259 del Código de Procedimiento Civil*". (Se subraya la parte demandada).

Se hace consistir la violación del artículo 184 del C. de Co. en que según éste, el poder se debe otorgar por escrito sin hacer diferencias entre personas naturales o jurídicas que los confieren sea en Colombia o en el Exterior, y en cambio la Superintendencia de Sociedades equivocadamente interpreta la norma para concluir que las personas jurídicas siempre deben otorgar el poder mediante documento autenticado y por tanto exige la cadena de autenticaciones correspondientes.

Observa la Sala:

No encuentra la Sala el quebranto manifiesto alegado por el actor en el caso *subexamine* porque el artículo 480 del C. de Co., al cual se remite la norma acusada, previene precisamente que los documentos otorgados en el exterior (cual es el caso de poderes conferidos por personas jurídicas) se deben autenticar ante funcionarios competentes para ello en el país extranjero donde se confieran y tratándose de Sociedades, se hará constar que existe la Sociedad y que ejerce su objeto social. Con ello se persigue obtener la certeza de que el poder ha sido debidamente conferido por el representante legal de la sociedad que a su vez ejerce normalmente sus actividades sociales en el exterior. Obviamente que la firma de tal funcionario habrá de abonarse por la del cónsul respectivo y la de éste por la del Ministro de Relaciones Exteriores.

No ve entonces la Sala que tratándose de poderes otorgados en el extranjero por las sociedades, no se pueda disponer como se hace en la circular acusada, con apoyo en la norma del C. de Co. específica para tal fin.

No hay lugar a decretar la suspensión solicitada.

3. "4. *Derecho a voz y voto.*

"Pueden asistir a la reunión y ejercitar su derecho de voz y voto los accionistas inscritos en el libro de registro de accionistas".

3. "La prenda no *conferirá* al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista sino *en virtud de estipulación o pacto expreso*. El escrito o documento en que conste el correspondiente pacto será suficiente para ejercer ante la

sociedad los derechos que se confieran al acreedor ..." (art. 411)

"Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructuario conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista..." (art. 412).

No prueba el actor que sea indebido, por contradecir expresa disposición legal, que para asistir a las reuniones y ejercitar (sic) su derecho de voz y voto los accionistas tengan que hallarse inscritos en el libro de registro correspondiente. Su acusación, por el contrario, se encamina a que el texto acusado exige como prerequisite (sic) para votar y asistir tener la calidad de socios, "pues igual derecho pueden tener los acreedores prendarios o el usufructuario".

Pero es que el derecho de los terceros interesados no proviene de la circular externa, acusada, sino de los artículos 411 y 412 del Código de Comercio. Luego la petición de suspensión provisional tampoco prospera.

4. "9. *Suspensión y reanudación de las reuniones.*

De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la Asamblea o Junta de Socios puedan ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles.

4. Artículo 430. "Las deliberaciones de la asamblea podrán suspenderse para reanudarse luego, cuanta veces lo decida cualquier número plural de asistentes que representen el cincuenta y uno por ciento, por ciento, por lo menos de las acciones representadas en la reunión.

Pero las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días si no está representada la totalidad de las acciones suscritas".

Alega el actor que " la ley de posibilidades de que las deliberaciones se prolonguen por más de tres (3) días al paso que la Superintendencia desconoce dicha posibilidad. Ahí está la irregularidad de la circular demandada".

Observa la Sala:

Efectivamente le asiste razón al actor en su censura al mandato de la circular impugnada, ya que ésta se quedó a mitad de camino al pretender

incorporar el texto del artículo 430 del C. de Co., ya que como quedó plasmada la disposición cuestionada se excluyó la posibilidad contemplada en dicho artículo 430 de seguir deliberando más allá de los tres (3) días si están representadas en su totalidad las acciones suscritas.

Habrà por tales razones de anularse el numeral 9. de la Circular, porque tal como està concebido, se repite, se queda únicamente en el supuesto de deliberaciones por tres días hábiles a lo sumo.

Prospera el cargo.

5."10. *Asambleas Extraordinarias*

En estas reuniones sólo pueden tratarse los temas incluidos en el orden del día, a menos que, una vez agotado éste, el 70 % de las acciones o cuotas representadas en la reunión así lo determine.

Igual determinación puede tomarse tratándose de sociedades limitadas *siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social, salvo que otra cosa se hubiera previsto en los estatutos*" (art. 425 ejusdem) (sic). (se subraya la parte demandada).

5. Art. 425, C. de Co.

"La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. Pero por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda".

Sobre este punto sostiene el actor que el simple cotejo normativo lleva a considerar que el artículo 425 del Código de Comercio es una norma especial de aplicación total al caso de las sociedades limitadas ya que en el régimen de estas no existe una disposición de tal naturaleza, según mandato del artículo 372 *ibídem*.

Para desatar este cargo se considera:

A. Establece el artículo 372 lo que a continuación se transcribe:

"En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada *se regirán* por las disposiciones sobre sociedades anónimas". (subraya la Sala).

Lo anterior significa que los vacíos en el régimen de la sociedad limitada se llenan con disposiciones de las anónimas.

B. El numeral 10 del actor acusado, transcrito *supra*, hace una distinción que la Ley no hace. En efecto, en la primera parte dispone en sentido análogo a como lo hace el artículo 425, que se refiere a las Sociedades Anónimas: el mismo hace parte del capítulo III, título VI (libro segundo) dedicado a tales sociedades.

En la segunda parte se refiere expresamente a las Sociedades limitadas.

De donde se puede hacer el siguiente cotejo entre la circular (numeral 9) y el Código de Comercio (art. 425):

1. "Igual determinación"

Se refiere a la decisión de tratar asuntos no incluidos en el orden del día; desde este punto de vista, en ambas clases de sociedades se pueden, según la circular acusada, tratar asuntos no incluidos originalmente en el orden del día.

2. "Dicha mayoría"

O sea, la necesaria para determinar que haya lugar a considerar puntos nuevos no incluidos originalmente en el orden del día.

3. Agrega la Circular que en tratándose de Sociedades de responsabilidad limitada tal mayoría debe ser por lo menos del cincuenta y uno por ciento (51 %) de las cuotas en que se halla dividido el capital social.

4. Lo anterior implica el establecimiento de dos mayorías para la inclusión de asuntos para la consideración en la sesión, una vez agotado el orden del día previsto con la debida antelación:

En las sociedades anónimas: 70 % de *las acciones o cuotas representadas en la reunión*.

En las sociedades de responsabilidad limitada: 51 % de *las cuotas en que se divide el capital social*.

Lo que contraría el artículo 425 del Código de Comercio que debe aplicarse analógicamente en virtud del artículo 372 ib., es decir utilizarse el porcentaje de votación de las Sociedades Anónimas (70%) a las sociedades de responsabilidad limitada.

Se anulará por lo tanto la parte del numeral 10 de la circular objeto de glosa, de la cual se excluirá la previsión que deja a salvo lo acordado al respecto en los estatutos sociales por estar por fuera de la presente controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala habrá de optar por admitir la demanda y por acceder parcialmente a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Por lo anterior, se admite la demanda a que hacen relación los considerandos anteriores y además, se dispone lo que a continuación se expresa:

1. Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Sociedades, mediante entrega de copia de la demanda y sus anexos.

2. Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público.

3. Fíjese en lista el presente negocio por el término legal de cinco (5) días, para que los demandados y los intervinientes tengan oportunidad de contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4. De conformidad con lo ordenado en el numeral 4) el artículo 207 del C.C.A. y del decreto Reglamentario número 2867 de 1989, y con el fin atender los gastos ordinarios del presente proceso el demandante depositará la cantidad de cinco mil pesos M/Cte (\$5.000) dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a secretaría.

5. Solicítese al señor Superintendente de Sociedades el envío de los antecedentes administrativos, con destino al proceso.

6. Decrétase la suspensión provisional, de la Circular Externa N° PD-003, expedida por el Superintendente de Sociedades, las disposiciones que rezan:

a) *"9 Suspensión y reanudación de reuniones*

De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea o junta de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles".

b) *"10 Asambleas Extraordinarias*

...Siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social, ...".

7. Niéganse las restantes solicitudes de suspensión provisional elevadas por el actor.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de septiembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez*; *Rodrigo Vieira Puerta*; *Myriam Guerrero De Escobar*.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

**REPRODUCCION DEL ACTO. SUSPENSION PROVISIONAL -
Improcedencia. JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES**

El auto acusado en súplica ordinaria decretó la suspensión provisional de varias de las disposiciones acusadas en el proceso de la referencia por ser aquéllas una reproducción de algunas normas cobijadas con la anulación dispuesta en la sentencia de 7 de marzo de 1988, la cual no se encuentra ejecutoriada por haber sido objeto del recurso extraordinario de súplica. Por lo anterior, no se presentan las causales exigidas por el artículo 158 del C. C. A. para que deban y puedan ser suspendidas provisionalmente las normas atacadas en cuanto el auto impugnado las acusa de reproducir normas anuladas, pues jurídicamente no se encuentran anuladas y solamente se daría esta especial circunstancia en el evento ulterior de resultar confirmada la sentencia mencionada al culminar negativamente para el suplicante el proceso de súplica extraordinario.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes normas: del Decreto 1988/87, los artículos 1º, inciso 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º incisos 3, 10, 11, 12, excepto los literales k), l) y m), 13, 14 y 15 del Decreto 2527/87 los artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 7º y 9º.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Bogotá, D.E., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N°. 896. Actor: Alberto Montoya Montoya

Se resuelve el recurso de súplica ordinaria propuesto en su propio nombre y "como parte impugnadora en el juicio de simple nulidad de la referencia", por el ciudadano Gustavo Combatt Lacharme, contra la providencia de fecha 29 de marzo de 1989, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de algunos de los artículos de los actos acusados.

I.- LOS ACTOS ACUSADOS

De acuerdo con el escrito de demanda, los actos acusados son los siguientes:

- El Decreto Reglamentario 1988 de octubre 20 de 1987, "por el cual se reglamentan la Ley 1a. de 1982, el Decreto Ley 386 de 1983, el Capítulo XVI del título VI del Decreto-Ley 1222 de 1986 y se modifica el decreto 033 de 1984, sobre el Juego de Apuestas Permanentes".

- El Decreto Reglamentario 2527 de diciembre 30 de 1987, "por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1982, el Decreto-Ley 386 de 1983, el Capítulo XVI del Título VI del Decreto-Ley 1222 de 1986 y se modifican parcialmente los Decretos 033 de 1984 y 1988 de 1987, sobre el juego de Apuestas Permanentes".

II. - LAS NORMAS CUYA SUSPENSION PROVISIONAL SE SOLICITA

Aunque el actor demanda la nulidad de la totalidad de los artículos de los decretos reglamentarios números 1988 y 2527, ambos de 1987, su pedimento de suspensión provisional se endereza únicamente en contra de trece artículos (1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., inciso 3o. del art. 8o., 10, 11 y 12 a excepción de los literales e) y m), 13, 14 y 15), de los veintiuno que integran el decreto 1988 y seis (arts. 1o., 3o., 4o., 6o., 7o., y 9o.), de los diez que conforman el decreto 2527.

III. - LA PROVIDENCIA SUPPLICADA

El proveído materia de súplica obra a fls. 90 a 95 del expediente y para adoptar la medida precautelativa impetrada hace las siguientes consideraciones principales:

De conformidad con lo dispuesto el art. 158 del C. C. A., que prohíbe reproducir actos anulados o suspendidos, es procedente decretar la suspensión provisional de las siguientes normas acusadas por ser copia o estar reproduciendo disposiciones del Decreto 033 de 1984, expresamente anuladas

mediante fallo de 7 de marzo de 1988 de esta misma Sección Primera, con ponencia del Consejero de Estado, doctor Guillermo Benavides Melo, recaído en el Expediente No. 15:

a) Del Decreto 1988 de 1987; el art. 8o., inciso tercero, que reproduce el inciso segundo del art. 27 del Dec. 033 anulado; el inciso segundo del art. 10o., que reproduce el art. 28 del Dec. 033 anulado; el art. 12 (excepto lits. K, l, m), que reproduce el art. 35 del Dec. 033 anulado; y el art. 14, que en esencia equivale al art. 37 del Dec. 033 anulado.

b) Del Decreto 2527/87: el art. 3o., que reproduce el art. 27 del Dec. 033 anulado; el art. 9o., que reproduce el art. 26, num. 3, literal a) y al num. 2, lit. b) del Dec. 033 anulado; y el art. 6o., que reproduce el art. 90 del Dec. 033 anulado.

Igualmente el Consejero Ponente consideró que el inciso primero del art. 1o. del Dec. 1988 y el art. 1o. del Dec. 2527, violan al art. 1o. del decreto-ley No. 386 de 1983.

Con relación a las demás normas acusadas y cuya suspensión provisional se solicitó, dice el proveído recurrido en súplica que son suspendidas provisionalmente por quebrantar "las normas constitucionales y legales invocadas por el actor, que establecen la autonomía de los entes territoriales en el manejo de sus asuntos seccionales, sobre todo en materia de sus rentas propias; así como de la autonomía para disponer 'sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos (Ley 19/82)'".

Consecuencialmente, el ordinal segundo de la providencia materia de súplica decreta la suspensión provisional de los siguientes diecinueve (19) artículos cuya medida cautelar pidió el actor en su demanda:

Artículos 1o., inciso primero, 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., inciso tercero, 10, 11, 12, excepto lo literales k), l), m), 13, 14 y 15 del Decreto 1988 de 1987; y

Artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 7o. y 9o. del Decreto 2527 de 1987.

IV. - RAZONES DEL SUPPLICANTE

A fls. 100 a 112 aparece el memorial suscrito por el ciudadano Gustavo Combatt Lacharme en el cual, además de solicitar que se le reconozca como parte impugnadora de la demandante en el expediente de la referencia, interpone el recurso de súplica contra el auto de 29 de marzo de 1989, en cuanto mediante este proveído se suspenden provisionalmente los citados diecinueve artículos de los decretos 1988 y 2527, ambos de 1987, acusados a través de

la acción popular anulatoria, con el fin de que sea revocada la medida precautelativa.

Comienza el recurrente expresando que los decretos 1988 y 2527 de 1987 acusados, son reglamentarios de la ley 1a. de 1982, del decreto-ley 386 de 1983, del decreto-ley 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental, y modificatorios del decreto reglamentario 033 de 1984, todos relativos al "Chance " o "Juego de Apuestas Permanentes".

Continúa manifestando que según la parte motiva del decreto 1988, éste obedece a que el decreto 033/84, reglamentario de la ley 1a./82 y del decreto 386/83, había dejado de ser aplicable parcialmente a raíz de la vigencia del Código departamental que erróneamente codificó disposiciones atinentes al chance, siendo necesario contar con normas reglamentarias que regulen la situación jurídica presentada por las normas del Código, en principio de naturaleza legal.

Después de proferirse los decretos 1988 y 2527 acusados y como consecuencia del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 28 de abril de 1988, recuperaron vigencia o se tuvieron como vigentes las normas reguladoras del chance que no habían sido codificadas en el Código de Régimen Departamental o Decreto 1222/86 o que lo fueron erróneamente, situación esta nueva que trajo como corolario la inaplicabilidad de las normas reglamentarias de disposiciones que perdieron vigencia con ocasión del fallo de la Corte Suprema. Paralelamente, las normas del decreto 033 que perdieron eficacia por su modificación mediante los decretos 1988 y 2527, recuperaron su vigencia al dejar estos de ser aplicables en aquella parte reglamentaria del Código de Régimen Departamental.

Dice el recurrente que según el auto impugnado, los arts. 8, inciso 3o., 10, inciso 2o., 12, excepto los literales k, l y m, y 14 del decreto 1988/87, y 3, 6 y 9 del decreto 2527/87, reproducen esencialmente normas anuladas del decreto 033/84, situación a la cual le es aplicable el art. 158 del C.C.A., por lo cual se suspendieron provisionalmente.

Al respecto hace notar que mediante fallo de 7 de marzo de 1988, Exp. # 15, con ponencia del Consejero de Estado doctor Guillermo Benavides Melo, esta sección Primera declaró la nulidad de los arts. 12, 26 a 42, inclusive, del decreto 033/84 y unas expresiones de los arts. 88, 89 y 90 del mismo decreto 033.

Pero anota que como consta en la certificación de la Secretaría General del Consejo de Estado visible al fl. 99, contra dicho fallo de 7 de marzo/88, se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de súplica, el que, radicado bajo el No. S-050, se encuentra en trámite y aún no ha sido decidido. Según tal certificación, no se encuentra ejecutoriado el fallo atacado, razón

por la cual mal puede aplicarse el art. 158 del C.C.A., puesto que las normas anuladas en el citado fallo, objetivamente no se encuentran anuladas al no estar ejecutoriado el fallo, y no existiendo jurídicamente anulación, resulta injurídico fundamentar la suspensión provisional en esa declaración anulatoria no ejecutoriada. Además, precisa que la prohibición de reproducir actos anulados o suspendidos indica que dicha suspensión o anulación sea posterior al acto reproducido pero anterior al acto que incurre en la reproducción, mientras que en el caso bajo examen los decretos acusados son de 1987, es decir, anteriores a la sentencia que anuló los presuntamente reproducidos, por lo cual no es aplicable el art. 158 del C.C.A.

En cuanto a la suspensión provisional del inciso 1o. del art. 1o. del decreto 1988 y del art. 1o. del decreto 2527, por su oposición al art. 1o. del decreto 386 de 1983, se tiene que tal oposición se basa en que la reglamentación de normas legales codificadas en el Código de Régimen departamental (Decreto 1222) que se reputaron vigentes hasta el fallo de 28 de abril de 1988 de la C. S. fallo que declaró inexecutable las normas reglamentadas, aquellas normas reglamentarias perdieron su vigencia consecuentemente. Al respecto pide el recurrente que podría aplicarse la jurisprudencia de la Corporación, según la cual, por sustracción de materia un pronunciamiento carecería de objeto práctico y lo propio sería declararse inhibida la Sala.

En lo relacionado con la suspensión provisional de los arts. 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 11 del decreto 1988 y los arts. 4o. y 7o. del decreto 2527, por reputarlos el ato atacado como violatorios de textos constitucionales y legales sobre la autonomía de los entes territoriales en el manejo de sus asuntos (C. NAL., arts. 182 y 183, art. 5 de la ley 19/82 y art. 1o., inciso final, del decreto 222/83), dice el recurrente:

En relación con el art. 3o. del Dec. 1988/87: Puede decirse lo mismo que se expresó sobre el art. 1o. ib., esto es, que "desapareció del campo jurídico al ser declarado inexecutable el ordenamiento reglamentado".

Respecto del art. 4o., Dec 1988/87: "También es posible afirmar que, como el anterior, dejó de ser aplicable en cuanto reglamentaba normas inexecutable. Sin embargo, es esencialmente igual al artículo 11 del decreto 033 de 1984, salvo la expresión del literal K '... y el inciso 1o. del artículo 7o. del presente decreto'. " El artículo no viola normas superiores, puesto que no se opone en nada a la autonomía territorial.

En relación con el art. 5o. Dec 1988/87: "Reproduce esencialmente el inciso final del artículo 12 del decreto 033 de 1984 y parte el artículo 52 del mismo y solo agrega a tales disposiciones la parte que dice: 'El anticipo a título de regalía...', respecto de la cual puede aplicarse lo ya dicho" sobre el inciso primero del art. 1o. del decreto 1988 y del art. 1o. del decreto 2527. "En cuanto a lo reproducido del art. 12, se ha manifestado que la sentencia

que declaró la nulidad es objeto del recurso extraordinario de súplica, luego. debe estarse a lo que el mismo resuelva, además de ser lógico que la regalía que paga un particular para adelantar el juego, mediante contrato de concesión celebrado al efecto, no se pueda trasladar al apostador. En cuanto a lo reproducido del artículo 52, la sentencia del H. Consejo (de 7 de marzo de 1988, Exp. # 15) encontró ajustado a la Constitución y a la ley lo que en él se establece".

Respecto del art. 6o., Dec. 1988/87 "Parte del artículo es inaplicable por virtud de la sentencia de la Corte tantas veces citadas. Reproduce el artículo (...) 13 del decreto 033, referente al máximo de apuesta por formulario, que obedece a la potestad reglamentaria ejercida para lograr que el juego sea uniforme en todo el país, según lo expresa el artículo 5 de la ley 1 de 1982. En consecuencia, no afecta el artículo norma superior y es inaplicable solo en cuanto no se conforma con lo decidido por la Corte".

En relación con el art. 7o., Dec 1988/87: Tampoco viola norma superior porque "reproduce el art. 25 del decreto 033 de 1984, y no es deducible mediante un somero examen la forma como viola normas superiores. Puede sostenerse que obedece y es expresión de la potestad reglamentaria, dado que se dirige a establecer orden en el juego de apuestas permanentes, de protección para el trabajador y el concesionario del juego y necesaria para que los resultados del ejercicio del monopolio no se afecten".

Respecto del art. 11., Dec. 1988/87: "Reproduce esencialmente el artículo 34 del decreto 033 de 1984 y dado que no surge oposición del mismo a norma superior manifiesta, debe revocarse la suspensión". Y como el art. 34 es parte de la sentencia de la Sección Primera del C. de E. objeto del recurso extraordinario de súplica, ha de estarse a lo que al efecto se decida.

Respecto de los arts. 4 y 7 del decreto 2527 de 1987, dice el recurrente que tales artículos se refieren específicamente a los contratos de concesión para el juego de apuestas permanentes. El art. 4o. "ratifica simplemente que las normas aplicables son las vigentes para las entidades descentralizadas y los servicios de salud, en lo cual no se viola norma alguna superior. La segunda parte es solo una regla lógica de contratación.... con lo cual tampoco es manifiesta la violación de norma alguna". En cuanto el art. 7o., "se tornó inaplicable con base en la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia".

En seguida el recurrente se extiende a tratar de deslindar las competencias entre la ley y el reglamento y las normas de las asambleas, sobre chance y contratos de concesión, la naturaleza administrativa de las normas legales sobre el contrato de concesión y el objeto de este contrato.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con la constancia expedida por la Secretaría General del Consejo de Estado que obra al fl. 99, bajo la radicación No. S-050, con reparto de 22 de agosto de 1988, se encuentra en trámite el recurso extraordinario de súplica intentado por el doctor Carlos Galindo Pinilla contra la sentencia proferida por la Sección Primera el 7 de marzo de 1988, mediante la cual se declaró la nulidad de los artículos 12, 26 a 41 y 42 y parcialmente de los artículos 88, 89 y 90, del decreto reglamentario No. 033 de 12 de enero de 1984. Tal recurso extraordinario de súplica se encuentra bajo dirección del Consejero de Estado doctor Guillermo Chahín L., quien como ponente registró proyecto de sentencia el pasado 1o. de marzo, fecha desde la cual se encuentra en el orden del día de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Con base en lo dispuesto en el artículo 158 del C. C. A., el auto acusado en súplica ordinaria decretó la suspensión provisional de varias de las disposiciones acusadas en el proceso de la referencia por ser aquellas "una reproducción" de algunas normas cobijadas con la anulación dispuesta en la sentencia de 7 de marzo de 1988 antes citada, la cual no se encuentra ejecutoriada por haber sido objeto del recurso extraordinario de súplica, mencionado anteriormente.

Por lo anterior, no se presentan las causales exigidas por el artículo 158 del C. C. A. para que deban y puedan ser suspendidas provisionalmente las normas atacadas en cuanto el auto impugnado las acusa de reproducir normas anuladas, pues jurídicamente no se encuentran anuladas y solamente se daría esta especial circunstancia en el evento ulterior de resultar confirmada la sentencia de marzo 7 de 1988 al culminar negativamente para el suplicante el proceso de súplica extraordinario anotado. Por tal razón y teniendo en cuenta, además que dicha reproducción constituye el argumento más claro del peticionario de la suspensión provisional para sustentar esta solicitud respecto de las normas que se indican enseguida, será revocado el auto suplicado con respecto a las siguientes disposiciones de los decretos atacados, que reproducen normas del decreto 033/84: DEL DECRETO 1988/87: arts. 8o. (inciso tercero), 10o. (en la parte resolutive del auto suplicado se suspende provisionalmente este art. 10o., no obstante que en su parte motiva solo se afirma que "el inciso 2o. del artículo 10o. reprodujo en esencia el artículo 28 del Dec. 033"), 12 (excepto los literales k,l y m.) y 14; y del DECRETO 2527, los arts. 3o., 6o. y 9o. Esta decisión se fundamenta igualmente en que los demás argumentos expresados por el actor en relación con estas normas son de tal generalidad e imprecisión, que no le permiten a la Sala encontrar prima facie la "manifiesta infracción" que exige el art. 152 del C. C. A. para que sea procedente el decreto de suspensión provisional.

El resto del articulado suspendido provisionalmente por el auto recurrido es el siguiente: Del DECRETO 1988/87: arts. 1o. (inciso primero), 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 11, 13 y 15; Del DECRETO 2527/87, arts. 1o., 4o., y 7o.

En relación con el inciso primero del art. 1o. del Decreto 1988 de 1987 y el art. 1o. del Decreto 2527 de 1987, sobre los cuales el actor plantea una presunta violación concreta del art. 1o. del Decreto-Ley 386 de 1983, tampoco encuentra la Sala que se presente la "manifiesta infracción por confrontación directa" que exige el art. 152 del C. C. A. para que sea viable la suspensión provisional.

En efecto, de una parte, mientras el art. 1o. del Decreto-ley 386 de 1983 se refiere al precio que deben pagar los concesionarios por los formularios, equivalente al seis por ciento (6%) del monto total máximo de apuestas posible por formulario y "que representa el impuesto correspondiente", el inciso 1o. del art. 1o del Decreto acusado 1988 de 1987 se refiere al mínimo del 10% que el concesionario deberá pagar "como regalía", y el art. 1o. del Decreto 2527 de 1987, también acusado, se refiere al valor de siete pesos (\$7.00) que los concesionarios deben cancelar por cada formulario "a título de anticipo de la regalía", sin que pueda afirmarse que a simple vista y por efectos de una simple confrontación directa, las normas reglamentarias que se refieren a regalías, sean contrarias a la norma que se indica como violada y que se refiere a un impuesto. Será con ocasión de la sentencia de fondo que se podrá precisar esa pretendida contradicción.

De otra parte, sería necesario analizar la incidencia que sobre las normas acusadas pueda tener la sentencia del 28 de abril de 1988, de la H. Corte Suprema de Justicia, a la cual hace referencia el recurrente en el punto 3. 2. III. de su escrito de recurso, análisis que solo es viable al momento de dictar sentencia y no para el estudio de una medida de suspensión provisional.

Con relación a "las demás disposiciones acusadas y cuya suspensión provisional se impetra por el actor", la Sala encuentra lo siguiente: Para decretar la medida cautelar sobre tales "demás disposiciones", el auto suplicado hace esta simple y genérica afirmación: "Las demás disposiciones acusadas y cuya suspensión provisional se impetra por el actor, son violatorias de las normas constitucionales y legales invocados por el actor, que establecen la autonomía de los entes territoriales en el manejo de sus asuntos seccionales, sobre todo en materia de sus rentas propias; así como de la autonomía para disponer 'sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos! (Ley 19/82)". Esta afirmación genérica, sin explicar el por qué de la manifiesta transgresión como fruto de la sencilla comparación, no satisface las exigencias del art. 152 del C. C. A. y en tales condiciones mal puede tomarse medida tan delicada y de entendidas y graves consecuencias en la actuación administrativa.

Contrariamente a lo anterior, para la Sala no es posible deducir la "manifiesta infracción por confrontación directa" que exige la ley para hacer viable la decisión de suspensión provisional, de la genérica e imprecisa argumentación que contiene la solicitud de suspensión provisional en el punto II) (fl.s. 44 a 46) de su escrito petitorio, por lo cual se revocará el auto suplicado en cuanto decreta la suspensión provisional de las "demás disposiciones" que no se identifican en la parte motiva pero que son las siguientes: a) Del DECRETO 1988/87: arts. 3, 4, 5, 6, 7, 11, 13 y 15 y b) Del DECRETO 2527/87: arts. 4 y 7.

Estando al Despacho el expediente para ser decidido el recurso de súplica, el actor presentó el escrito que se agregó al informativo y obra a folios 123 a 128, en donde impetra la "SUSPENSION AUTOMATICA del Decreto Nro. 1821 de Agosto 6 de 1990" por las razones que allí alega (reproducir en esencia el art. 6o. del Decreto 1988 de 1987, suspendido provisionalmente por el auto de marzo 29 de 1989, e igualmente por reproducir el art. 12 del Decreto 033 de 1984, "anulado definitivamente" por la sentencia de 7 de marzo de 1988. exp. # 15, actores: Carlos A. Ante y Overlando F. Piraneque). Esta petición será desatada una vez se encuentre en firme esta providencia.

En consecuencia, la sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.) Tener al ciudadano Gustavo Combatt Lacharme como parte impugnadora de la demanda.

2o.) REVOCAR el ordinal SEGUNDO del auto de fecha 29 de marzo de 1989, materia de la súplica intentada por el impugnador, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de las siguientes normas :

a) Del Decreto 1988/87 :

Los artículos 1o., inciso 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., inciso 3o., 10o., 11o., 12o., excepto los literales k), l) y m), 13o., 14o. y 15o.

b) Del Decreto 2527/87 :

Los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 7o. y 9o.

Y en su lugar, DENEGAR la suspensión provisional de las normas citadas.

3o.) Tener al Abogado Luis Alberto Sierra Torres como mandatario judicial de la Nación - Ministerio de Salud, al tenor del poder que se le confirió (v. fl. 98).

4o.) Comunicar esta decisión a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Salud.

5o.) En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del Consejero Ponente para desatar el pedimento que sobre "Suspensión automática" hace el actor en su escrito de folios 123 a 128.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SECCION SEGUNDA

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. ESTATUTOS. EMPLEO -
Clasificación. FERROCARRILES NACIONALES.**

Los estatutos a los cuales se refiere el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son aquellos que deben expedir las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas en virtud de la atribución contemplada en el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968. Dichos estatutos son diferentes del orgánico, cuya expedición corresponde a quien crea las diferentes entidades descentralizadas, es decir, al Congreso de la República, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales.

Es impensable que la clasificación de los empleos sólo pueda hacerse una sola vez. El artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 no menciona estatutos inmodificables sino todo lo contrario; autoriza las reformas estatutarias que se requieran porque es natural que las personas jurídicas cambien cuando ello sea necesario.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección
Segunda*

Bogotá, D.E., julio cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990)

Consejera Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 3460 Autoridades Nacionales. Actor:
César Castro Perdomo.

El doctor César Castro Perdomo, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del Acuerdo No. 175 de febrero 25 de 1988, expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y del Decreto Ejecutivo No. 510 de 29 de marzo de 1988, aprobatorio del anterior.

La acción se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

"1.- Desde el 25 de julio de 1970 los servidores de los Ferrocarriles Nacionales (Empresa Industrial y Comercial del Estado) fueron clasificados en desarrollo de la Reforma Administrativa del Presidente doctor Carlos Lleras Restrepo como trabajadores oficiales sujetos al régimen de Derecho Privado Laboral (Art. 27).

2.- Hecha esa clasificación aquellos servidores adquirieron el derecho a ser sometidos al régimen del Derecho Laboral Privado en sus relaciones con los Ferrocarriles Nacionales porque así lo dispuso también el artículo 27 citado.

3.- La Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales al haber organizado los Ferrocarriles Nacionales desde el 25 de julio de 1970 no podía volver a clasificar a un personal porque ese poder estaba ya agotado por aquella empresa industrial y comercial del Estado hasta cuando sea autorizada nuevamente por el Congreso de Colombia.

4.- El artículo 50. del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 estableció la regla general de que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y que excepcionalmente en los estatutos de estas empresas se precisaría qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

5.- Esa clasificación fue hecha en los Ferrocarriles Nacionales mediante el artículo 27 de los Estatutos Orgánicos de los mismos aprobados por el Decreto 1242 del 25 de julio de 1970 en el cual se previó que todas las personas que trabajan al servicio de la Empresa, con excepción del Gerente General, son trabajadores oficiales vinculados a ella por contratos de trabajo.

6.- El Acuerdo y Decretos demandados ahora so pretexto de una reorganización estatutaria lo que hicieron fue una reclasificación del personal de los Ferrocarriles Nacionales, y esa reclasificación es violatoria del artículo 50. del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, porque ya estaban precisados

cuales eran las actividades de dirección o confianza en los Ferrocarriles Nacionales.

7.- Los actos demandados al cambiar la situación jurídica de los trabajadores oficiales de los Ferrocarriles Nacionales causan grave agravio jurídico a los trabajadores de éstos, pues cambian una situación contractual laboral de Derecho Privado por una situación laboral legal y reglamentaria de Derecho Público sin facultad legal para hacerlo".

Como disposiciones violadas se citan: Artículo 30 de la Constitución y el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

El concepto de la violación se refiere en primer término al desconocimiento de los derechos adquiridos por los trabajadores de la empresa que estaban vinculados por contrato de trabajo y que en virtud de la clasificación hecha en los actos demandados pasan a ser empleados públicos.

Afirma el demandante que desde el 25 de julio de 1970, cuando la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales en uso de la facultad de organizar la empresa y de hacer la clasificación de sus servidores, hizo dicha clasificación, se consolidó para ellos el derecho adquirido a ser reconocidos, hasta la expedición de una nueva ley, como trabajadores oficiales. Que esa calidad ingresó a su patrimonio y por ese ingreso adquirieron el derecho a ser tratados como trabajadores privados amparados por las normas del derecho laboral privado.

Seguidamente transcribe apartes de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia que se refieren a los derechos adquiridos.

En cuanto a la violación del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 argumenta que la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales ya había hecho uso de esa autorización dada para clasificar el personal, clasificación que efectuó por medio del artículo 27 del estatuto orgánico de la empresa, aprobado por el Decreto Ejecutivo 1242 de 1970. Que por tanto quedó agotado el poder reglamentario de la Junta Directiva para cambiar aquella calidad de trabajadores oficiales, pues la norma que sirvió para hacer la clasificación no dio un poder ilimitado en el tiempo, ni lo dio para reclasificar.

Que al ejercerse por segunda vez el poder de clasificación que tenía la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales después de 18 años, se quebrantó el citado artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

Solicitada la suspensión provisional fue negada por auto de 18 de julio de 1988.

El señor apoderado de la Nación al contestar la demanda y en su alegato de conclusión se opuso a las pretensiones del actor.

Afirmó que no son los servidores los susceptibles de clasificación sino los cargos. Que tampoco es cierto que los trabajadores oficiales estén sujetos al régimen de derecho privado laboral puesto que el Código Sustantivo del Trabajo no se aplica a ningún Trabajador Oficial por expresa prohibición del mismo Código en su artículo 4o. y porque el artículo 6o. del Decreto 1848 de 1969 que sometía los contratos de los trabajadores oficiales a las normas del Código Sustantivo del Trabajo fue anulado en sentencia de 27 de julio de 1971, proferida por el Consejo de Estado.

Aduce que la teoría de los derechos adquiridos no es aplicable en derecho administrativo y tampoco puede pensarse que la clasificación inicial de unos cargos en la categoría de trabajadores oficiales confiere a quienes los ocupan el derecho a que no se pueda efectuar modificación al respecto. Que la situación jurídica de los trabajadores oficiales de los Ferrocarriles Nacionales les confiere, es cierto, unos derechos que no son distintos de los que se derivan del vínculo contractual existente y perduran mientras subsista esa relación y por ende el vínculo.

Que la facultad que posee la Junta Directiva de modificar los estatutos y clasificar los empleos no se agota mientras el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 se encuentre vigente y no puede ser confundida con las facultades extraordinarias que el Congreso confiere en forma precisa y pro-tempore al Presidente de la República.

Que la clasificación que se hizo en 1970 no ha sido la única, pues hubo otra hecha mediante Acuerdo No. 126 de 1987, aprobado por el Gobierno en Decreto 1044 de 1987.

Que la acción pública de nulidad no es la vía procesal indicada para reclamar el restablecimiento de los derechos supuestamente lesionados, porque para ello, existe la acción de restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del C.C.A.

Propone la excepción de inepta demanda por cuanto la acción procedente sería la de restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, porque la finalidad perseguida por el actor no es otra distinta de lograr con la declaración de nulidad pretendida el restablecimiento automático de la situación jurídica de los trabajadores cuyos cargos fueron objeto de la reclasificación efectuada por la Junta Directiva de la Empresa.

En el alegato de conclusión el actor insiste en los planteamientos expuesto en la demanda, y el señor apoderado de la Nación y de la Empresa Ferrocarriles de Colombia se reafirma en los puntos de vista ya expresados, citando autores en cuanto a la teoría de los derechos adquiridos para demostrar que no tiene aplicación frente al derecho administrativo y jurisprudencia que se relaciona con los diferentes estatutos a que están sometidas las entidades descentralizadas,

para clarificar las facultades de la Junta Directiva en lo relacionado a expedición del estatuto que contenga la clasificación de los empleos.

El señor Fiscal en su concepto de fondo opina que el actor no logró demostrar que con la expedición de los actos acusados se vulnerara norma alguna de las citadas en la demanda, y que por tanto las súplicas impetradas no están llamadas a prosperar.

No observándose causal alguna que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Los actos acusados son el Acuerdo No. 175 de 25 de febrero de 1988 expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, y el Decreto No. 0519 de 23 de marzo de 1988, por el cual el Presidente de la República aprobó dicho Acuerdo.

Mediante estos actos se hizo, a manera de reforma de los estatutos la clasificación de cargos prevista en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, para indicar cuáles deben ser desempeñados por empleados públicos.

Se estudiará en primer término la excepción propuesta por el señor apoderado de la parte demandada. Consiste en la ineptitud de la demanda por haberse utilizado una acción equivocada.

No lo cree así la Sala pues tratándose de actos de carácter general, no hay duda ninguna acerca de la viabilidad de la acción de nulidad.

No es cierto tampoco, a pesar de esgrimirse contra los actos acusados el argumento de ser violatorios de derechos adquiridos, que con la anulación de los mismos se obtenga automáticamente el restablecimiento de derechos particulares.

Si como bien lo anota el excepcionante, no puede hablarse de derechos adquiridos frente a normas de derecho público y se clasifican los cargos, no los empleados, resulta inconsecuente hablar de restablecimiento automático de derechos particulares.

No son necesarias más razones para concluir que la excepción no prospera.

En cuanto al fondo del asunto, es preciso tener en cuenta que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia fueron organizados como empresa industrial y comercial del Estado y por tanto las personas a ella vinculadas

son trabajadores oficiales, salvo las que ocupen cargos que los estatutos hubieran señalado como de aquellos que deben ser desempeñados por empleados públicos.

En los actos acusados se hace la clasificación, siguiendo el criterio que tiene que ver con las actividades de dirección y confianza.

Los ataques que a esta clasificación formula el accionante son dos: a) en primer término estima que es violatoria de derechos adquiridos de quienes venían laborando vinculados por contrato de trabajo; y b) Infringe el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, porque de la facultad otorgada por dicha norma solo puede hacerse uso una sola vez y ya había sido agotada al expedirse el estatuto aprobado por el Decreto 1242 de 1970.

La Sala analizará estos dos argumentos así:

Violación de Derechos Adquiridos

Es necesario precisar que la acción interpuesta es la de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., cuya finalidad es la preservación del orden jurídico.

Es por eso que cualquier persona puede ejercitarla a fin de que se cumpla el control jurisdiccional de la actividad administrativa, la cual debe desarrollarse respetando el ordenamiento jurídico que impone nuestro estado de derecho.

Consecuentemente con las características y la finalidad de esta acción, al juzgador solo le está permitido el análisis acerca de la constitucionalidad o legalidad del acto, independientemente de las situaciones individuales y concretas que se hubieran derivado de su aplicación, y la sentencia que profiera no pueda referirse a derechos particulares; es simplemente declarativa, bien sea para que el acto enjuiciado desaparezca de la vida jurídica o para que continúe vigente por haber sido expedido conforme a la preceptiva jurídica que lo gobierna.

Resulta entonces extraño a este debate el análisis de la situación particular de los trabajadores de la empresa, pues los derechos derivados de su vinculación contractual podrán ser reclamados por ellos y dilucidados a través de otras acciones y ante la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte la facultad para clasificar empleos -que no empleados- en las entidades descentralizadas no podría quedar supeditada a las situaciones individuales del personal ya vinculado. Los estatutos de dichas entidades contienen disposiciones generales encaminadas a lograr su normal funcionamiento, y por tanto cualquier modificación que en ellos se introduzca

y que se ajuste a las normas legales, no puede considerarse violatoria de derechos adquiridos.

La forma de vinculación de las personas a una entidad oficial no es inmodificable ni torna inmodificables las normas estatutarias que la regulan; nadie puede pretender que no cambien ni la naturaleza del ente o la de los cargos, para que primen sus intereses particulares sobre el interés general que es el de la empresa.

No puede tampoco, y por las mismas razones, aplicarse aquí la teoría del respeto a los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, porque en derecho administrativo la situación es completamente diferente.

Así las cosas, el primer argumento esgrimido para obtener la nulidad de los actos acusados no está llamado a prosperar.

Violación del Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968

Como es de todos sabido, esta norma indica que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales, pero que en sus estatutos deben precisarse las actividades de dirección o confianza que se desempeñen por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El actor no discute que la Junta Directiva de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia tenga facultad para hacer clasificación de los empleos sino que considera que esa facultad solo puede ejercitarse por una sola vez y por tanto es facultad que se agota.

El Consejo de Estado en numerosas providencias ha sostenido que los estatutos a los cuales se refiere el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son aquellos que deben expedir las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas en virtud de la atribución contemplada en el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, según el cual, "son funciones de las Juntas o Consejos directivos: b) Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno".

Dichos estatutos son diferentes del orgánico, cuya expedición corresponde a quien crea las diferentes entidades descentralizadas, es decir, al Congreso de la República, a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Municipales.

Al estatuto orgánico o básico corresponde señalar la estructura misma del ente, su naturaleza, objeto, financiamiento, etc.; y a los demás estatutos que expide la Junta Directiva con la aprobación del Gobierno, proveer en detalle sobre la organización y funcionamiento, pues son las Juntas o Consejos Directivos los que están en capacidad de apreciar las necesidades, las fallas y

los problemas y de adoptar los correctivos y hacer los ajustes que requiera el buen funcionamiento.

Al expedir dichos estatutos las Juntas Directivas o el Gobierno Nacional al aprobarlos, no están actuando ni en ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes ni en ejercicio de facultades extraordinarias. Es una competencia señalada expresamente en la ley con carácter permanente.

En razón de lo anterior, es impensable que la clasificación de los empleos solo pueda hacerse una sola vez. El artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 no menciona estatutos inmodificables sino todo lo contrario; autoriza las reformas estatutarias que se requieran porque es natural que las personas jurídicas cambien cuando ello sea necesario.

El criterio de la inmodificabilidad de la clasificación de empleos no tiene respaldo legal ni en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 ni el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968; y tampoco es acertado afirmar que una clasificación infrinja la anterior, pues se hace mediante actos de igual jerarquía, derogatorios de las normas que le sean contrarias.

Para la Sala, la clasificación hecha por una Junta Directiva puede atacarse en cuanto se aparte del criterio indicado en la ley para hacerla. En efecto, si los cargos que se señalen para ser ocupados por empleados públicos, no tienen funciones de dirección o confianza, lógicamente el estatuto estaría infringiendo la norma superior.

En el presente caso ese aspecto no se plantea y por tanto no cabe tal análisis para dilucidar la legalidad de los actos controvertidos.

No estando llamados a prosperar los ataques formulados contra los actos que se acusan, las peticiones impetradas en el libelo deberán denegarse.

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.- Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

2o.- Niéganse las súplicas de la demanda.

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 22 de junio de 1990.

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

PENSION DE INVALIDEZ. EMPLEADO MUNICIPAL

Es competencia exclusiva del legislador, ordinario o extraordinario, la regulación total de lo atinente a las prestaciones sociales y dentro de ellas, la pensión de invalidez, incluyendo obviamente las condiciones en que ésta se causa y las cuantías en que debe reconocerse de acuerdo con el grado de disminución de la capacidad laboral del empleado. De suerte que los empleados oficiales del municipio, están sujetos para efectos de reconocimiento del derecho a disfrutar de la pensión de invalidez, a las disposiciones de la Ley 6 de 1945, salvo que se trate de trabajadores oficiales cuya regulación en este tópico esté contenida en convenciones o pactos colectivos o laudos arbitrales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., julio cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente N°. 2542 Asuntos Municipales Actor :
Luis Fernando Giraldo García.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Luis Fernando Giraldo García contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de la acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A. promovida por el mencionado señor, mediante apoderado. El actor formuló las siguientes peticiones:

"1) Que son nulos los siguientes actos administrativos: Resolución número 76 de junio 22/83, originaria del Depto. de personal del Municipio de Medellín y, Resolución Nro. 011 de Marzo 9 de 1984 emanada de la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín.

2) Que como consecuencia de la anterior reclamación y como restablecimiento del derecho, el Municipio de Medellín, deberá reconocer y pagar desde el momento de la desvinculación del demandante una pensión de invalidez, equivalente al ciento cinco por ciento (105%) del salario básico al momento de su retiro."

1o.) El actor trabajó al servicio del Municipio de Medellín desde diciembre de 1973 hasta septiembre de 1982, pero desde 1976 acusó una seria enfermedad cardiaca, que en ese año hizo necesaria la práctica de dos intervenciones quirúrgicas "para cambio de la válvula mitral, con relativo éxito, ya que la deficiencia se ha agudizado, con la consecuente incapacidad para el desempeño de labor remunerativo." (fls. 12 y 13).

2o.) Para la época de su retiro del servicio público el demandante, según el dictamen médico de los cardiólogos cirujanos que lo trataban, presentaba una pérdida de capacidad laboral del 90%.

3o.) Solicitado por el accionante el reconocimiento de pensión de invalidez, el Municipio de Medellín, mediante Resolución No. 76 de 22 de junio de 1983, respecto de la cual se interpusieron los recursos por la vía gubernativa, los cuales fueron desatados desfavorablemente al recurrente por medio de las Resoluciones números 239 de 1983 y 11 de marzo de 1984, le negó el aludido reconocimiento, "aduciendo una pérdida de capacidad laboral del 30%, la cual no se compadece con su real estado de salud y está en abierta discrepancia con lo dictaminado por los médicos especialistas que tuvieron bajo juramento médico-quirúrgico al demandante." (fl. 13).

4o.) "Como la administración hizo caso omiso a los dictámenes de médicos especialistas que están a su servicio y que eran los tratantes del demandante, es evidente que procede la presente acción, atendiendo a lo preceptuado en el art. 84 y 85 (sic) del Dec. Nro. 01/84, en concordancia con lo previsto en el Decreto 064 de Enero 25/80 de la Alcaldía Municipal, en su artículo 16." (fl. 13 y 14).

El capítulo de las disposiciones violadas y el concepto de violación se expuso en los siguientes términos:

"El Decreto Nro. 064/80, emanado de la Alcaldía del Municipio de Medellín, establece en su artículo 16, el derecho para los empleados públicos de dicho ente, que hayan experimentado una pérdida de capacidad

laboral superior al 50 %, a gozar de una pensión de invalidez, liquidada de acuerdo al grado con el porcentaje sobre el salario básico que allí mismo se indica.

De acuerdo a lo previsto en la norma, mi poderdante después de ser sometido a un tratamiento médico posterior a su desvinculación, por espacio de seis meses, recurrió ante la administración para que tuviese en cuenta el dictamen de los médicos tratantes que le concediera el derecho y éste le fue negado no obstante haber perdido el 90 % de capacidad, lo que lo hace acreedor a una pensión del 105 % del salario básico.

Resulta evidente que en casos como el presente, por la especialidad de la enfermedad y teniendo en cuenta que durante su vinculación estaba siendo tratado por eminentes especialistas, también al servicio del Municipio eran éstos quienes debían evaluar la condición del demandante o por lo menos, el médico general debió tener en cuenta lo dictaminado por el cardiólogo, y aunque en las resoluciones atacadas, se hace referencia a que "en la evaluación actual" se tuvo en cuenta el concepto del cardiólogo, es evidente que esto no es cierto si se analiza lo que dictaminó el Dr. Jairo Velásquez Toro en marzo 12/84, documento este que reposa en la Historia Clínica del demandante, en las propias dependencias médicas del municipio de Medellín.

Significa lo anterior que las razones invocadas en los actos atacados no obedecen a la realidad, y es pertinente impetrar el derecho a la pensión con base en el Decreto municipal ya citado, en armonía con lo dispuesto en los arts. 84 y 85 del Dec. 01/84." (fl.14).

El Tribunal del conocimiento en sentencia fechada el 4 de diciembre de 1984, se declaró inhibido para fallar de mérito por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto estimó que no se cumplió el requisito consagrado en el numeral 4) del artículo 137 del C.C.A., por cuanto "la norma jurídica invocada como fundamento de la pretensión dista de ser el precepto legal consagradorio del derecho pensional de invalidez reclamado. El Decreto Municipal 064 de 1980 'Incremento los salarios a los empleados públicos al servicio del Municipio de Medellín' y su artículo 17 que dicese violado, establece unos porcentajes de pérdida de capacidad laboral y unos porcentajes salariales básicos para liquidar la pensión de invalidez, presuponiendo entonces que existen normas anteriores del mismo orden municipal que reconocen el derecho discutido." (fl 200).

Y agrega:

"Afirmar que se violó el artículo 17 (sic) del Decreto 064/80 que consagra el derecho a unos reajustes pensionales y no invocar como violada la

norma que consagra el derecho a la pensión equivale a cobrar la obligación económica sin título que hubiere hecho su reconocimiento, lo que pugna con la lógica.

Si lo que buscaba era el reconocimiento de la pensión de invalidez a que el actor dice tener derecho, necesitábase por mandato del numeral 4o. del artículo 137 del Decreto 01 de 1984 y por razón de que la justicia contencioso administrativa en acciones de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho es rogada, que el actor indicara "... las normas violadas y el concepto de su violación..." so pena de que al no hacerlo su demanda peque de inepta." (fls 200 a 201).

El Ministerio Público en su vista fiscal solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se profiere fallo adverso a las súplicas impetradas, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

"La Fiscalía encuentra que no fue acertada la decisión del Tribunal en cuanto profirió decisión inhibitoria por inepta demanda; se ha debido fallar sobre el fondo del asunto ya que el señor apoderado del demandante sí mencionó la disposición que él consideraba infringida, Decreto 064 de 1980 proferido por la Alcaldía del Municipio de Medellín, y expuso el concepto de la violación.

A juicio de este Despacho, si no se citan las normas pertinentes o se mencionan en forma equivocada lo que sucede es que no prosperan las súplicas del demandante.

Debe entonces procederse a analizar si el actor, quien prestó sus servicios al Municipio de Medellín en la Secretaría de Transportes y Tránsito desde el mes de diciembre de 1973 hasta septiembre de 1982 cuando presentó renuncia, tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de invalidez equivalente al 105 % del salario básico que devengaba al momento de su retiro según lo solicitó en el libelo.

Como en múltiples ocasiones lo ha manifestado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, todo lo relacionado con prestaciones sociales de los servidores públicos de cualquier orden, es materia reservada a la ley.

Y por no haberse legislado en cuanto a pensiones de jubilación e invalidez en los órdenes departamental y municipal, después de la Ley 6a., de 1945, es ella la que regula lo concerniente a dichas prestaciones a nivel municipal.

Ciertamente en el libelo no se indica como infringida dicha ley, sino únicamente un Despacho del Alcalde de Medellín que fija porcentajes para el monto de la pensión de Invalidez. Le asiste razón al Tribunal en

cuanto afirma que el actor no indicó la norma que pudiera sustentar su pretendido derecho, y como esta jurisdicción es rogada, el análisis del acto o actos acusados debe hacerse a la luz de las normas indicadas en el libelo.

Disiente esta Fiscalía sin embargo, en cuanto a la decisión final, puesto que considera que sí se cumplió con el requisito de indicar las normas que a juicio del demandante fueron infringidas, por el acto acusado; sólo que al analizarlas, éstas no sirvan de sustento al derecho reclamado y por tanto deben ser negadas las peticiones del actor.

Además, aunque se hubiera citado la ley 6a. de 1945, es requisito contemplado en ella para tener derecho a pensión de invalidez, que el retiro del servicio hubiera ocurrido a causa de la incapacidad física del empleado, presupuesto que no se cumple en este caso, dado que el retiro se produjo por renuncia regularmente aceptada." (fls. 213 y 214).

Superado el trámite de la segunda instancia sin vicio que lo invalide, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Para la Corporación, ciertamente como lo asevera la colaboradora Fiscal, el accionante sí cumplió con el requisito de indicar en el libelo las normas que, en su concepto, consideró violadas por el acto acusado y de exponer el concepto de la transgresión de las mismas.

En efecto, en la demanda no se omitió señalar el fundamento de derecho, que según el actor, tenían sus pretensiones y el concepto de violación del artículo 16 del Decreto Municipal No. 064 de 1980, único estatuto que el accionante estimó violado por el acto acusado. Por ello, la Corporación encuentra equivocada la decisión del a-quo de declararse inhibido para proferir fallo de mérito por ineptitud sustantiva de la demanda, pues lo procedente era analizar los planteamientos del accionante frente a los hechos y normas invocados en el libelo como fundamento de las súplicas impetradas.

Por consiguiente, se procederá a revocar el fallo apelado y se determinará, previo el estudio a que se hizo alusión, si hay o no lugar a acceder a las pretensiones del demandante.

De conformidad con el artículo 197 de la Constitución Política, corresponde a Los Concejos Municipales ejercer las funciones que les atribuyan la Constitución y la ley, sin que les sea permitido invadir la órbita de facultades del legislador.

Según las pretensiones de la demanda, se impetra el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, la cual tiene incuestionablemente el carácter de prestación social; vale decir, no hace parte de las escalas de remuneración a que aluden los artículos 76-8, 187-5o. y 197-3o. de la Carta. Es sabido igualmente que el régimen prestacional de los empleados públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y distritales-, no puede ser establecido sino por el Congreso o el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias. Ello se desprende no sólo del ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución, según el cual corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer la atribución de determinar el régimen de las prestaciones sociales correspondientes a las distintas categorías de empleos, sino del artículo 62; *ibídem*, que asigna a la ley la función de determinar "las condiciones... de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público". Fluye de lo anterior, que es competencia exclusiva del legislador, ordinario o extraordinario, la regulación total de lo atinente a las prestaciones sociales y dentro de ellas, la pensión de invalidez, incluyendo obviamente las condiciones en que ésta se causa y las cuantías en que debe reconocerse de acuerdo con el grado de disminución de la capacidad laboral del empleado.

De suerte que los empleados oficiales del municipio de Medellín, al igual que los de los demás municipios del país, están sujetos para efectos de reconocimiento del derecho a disfrutar de la pensión de invalidez, a las disposiciones de la Ley 6a. de 1945, salvo que se trate de trabajadores oficiales cuya regulación en este tópico esté contenida en convenciones o pactos colectivos o laudos arbitrales.

Revisado el Decreto 064 de 1980, único estatuto señalado en la demanda como infringido, se observa que fue expedido por la Alcaldía Municipal de Medellín en ejercicio de las facultades conferidas por el Concejo mediante el Acuerdo No. 051 de 1979 (fls. 160 a 163) y que su artículo 16 establece unos porcentajes para el reconocimiento de la aludida prestación, de acuerdo con la intensidad en que el empleado pierda su capacidad laboral. De manera, que el Decreto citado no constituye un sustento válido para reclamar del Municipio de Medellín el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, porque no es una disposición con categoría de ley.

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala que aunque el accionante indicó en el libelo la norma que creyó infringida por el acto acusado y expuso el concepto de su violación, lo cierto es que la norma invocada no es la que tutela el derecho pretendido.

Como la jurisdicción contencioso administrativa es rogada, no puede el demandante pretender que el juez lo suplante en la labor de buscar y aplicar las normas pertinentes, para así, corregir una deficiencia o subsanar una omisión que impide despachar favorablemente las súplicas impetradas.

Por tanto, la Corporación, previa revocación de la sentencia del Tribunal, denegará las pretensiones del actor.

De conformidad con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley .

FALLA:

Revócase la sentencia de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso incoado por Luis Fernando Giraldo García contra el Municipio de Medellín.

En su lugar, deniéganse 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 de 29 de junio de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Pedro Charria Angulo, conjuez.

SUSPENSION PROVISIONAL. RECURSOS - Término

En cuanto al término que se tiene para impugnar la decisión sobre suspensión provisional, ha sostenido el Consejo de Estado en constante jurisprudencia, que éste se extiende hasta el último día de fijación en lista, por cuanto dicha fijación es la que les da la oportunidad a los terceros para solicitar que se les tenga como partes -impugnadores o coadyuvantes- y así poder ejercitar los derechos que la ley les otorga.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Julio seis (6) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N^o. 4889 Actor: Manuel Ignacio Galvis Esteban

El doctor Bernardo Ortiz Amaya interpone recurso de reposición contra el auto de 7 de junio de 1990, para que se revoque la parte final del mismo, en cuanto dispone: "... y una vez cumplida la fijación en lista vuelva el expediente al despacho para proveer acerca de los recursos interpuestos".

Hace consistir la razón de su impugnación en que por virtud del recurso de reposición interpuesto contra la decisión de suspensión provisional, el auto admisorio de la demanda no se halla en firme y por tanto la Secretaría no puede darle cumplimiento a la orden de fijación en lista, pues para ello es necesario que se haya cumplido el término de ejecutoria, tal como lo dispone el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984.

Agrega que la fijación en lista tiene por objeto que las partes o terceros intervinientes le den contestación a la demanda, propongan las excepciones que sean del caso y soliciten las pruebas que estimen necesarias, todo lo cual es factible, solamente cuando la relación jurídico - procesal entre demandante y partes opositora esté debidamente constituida, lo cual no ocurre sino cuando el auto admisorio de la demanda se halle en firme y no sea susceptible de ningún recurso.

Que como en el presente caso, el mencionado auto ha sido recurrido, no se halla en firme y, por lo tanto, la relación jurídico procesal no está debidamente constituida, lo que impide que se fije en lista el negocio hasta que no quede resuelto el recurso interpuesto.

Para resolver se

CONSIDERA

Es necesario precisar que, aun cuando la petición de suspensión provisional se resuelve en el auto admisorio de la demanda, porque así lo ordena el artículo 154 del C.C.A., lo que respecto a la suspensión se resuelva, es una decisión diferente a la de admitir la demanda, a la cual el Código le da un tratamiento propio e independiente.

Por esa razón, es posible recurrir tal decisión sin que se recurra la de admisión de la demanda, como sucede en el presente caso, en que el auto admisorio de la demanda no está impugnado.

Ahora bien: en cuanto al término que se tiene para impugnar la decisión sobre suspensión provisional, ha sostenido el Consejo de Estado en constante jurisprudencia, que este se extiende hasta el último día de fijación en lista, por cuanto dicha fijación es la que les da oportunidad a los terceros para solicitar que se les tenga como partes - impugnadores o coadyuvantes - y así poder ejercitar los derechos que la ley les otorga.

Dijo el Consejo de Estado en auto de 9 de diciembre de 1960, con ponencia del Consejero Doctor Alejandro Domínguez Molina, lo siguiente:

"...es obvio que si se ha decretado la suspensión provisional en el mismo auto admisorio de la demanda, sólo con la fijación en lista se da cuenta al tercero que quiere impugnar la acción, de que ésta se ha ejercitado y que el acto acusado ha sido suspendido, para poder pedir que se le tenga como parte y recurrir en súplica contra la decisión. Igual cosa ocurre cuando el auto de suspensión provisional se dicta después del admisorio de la demanda, como lo hacen los Tribunales en los asuntos de que conocen en primer instancia,

pues dicho auto se dicta antes de surtir las comunicaciones y la fijación en lista, según el art. 96 del C.C.A.

"Por consiguiente, es lógico admitir que sólo cuando se ha vencido el término de fijación en lista, es cuando queda ejecutoriado el auto de suspensión provisional. Antes no, porque entonces el tercero que solo puede tener conocimiento de la existencia del juicio, por la fijación en lista, no podría constituirse en parte impugnadora en tiempo oportuno, para ejercitar el derecho de recurrir contra la resolución de suspensión provisional, en apelación, cuando la resolución fuere dictada por un tribunal o en súplica si lo fuere por el consejero sustanciador.

"Cierto es que el decreto de suspensión provisional se dicta sin audiencia de parte contraria, pero como la misma ley reconoce que es susceptible de los recursos de súplica y apelación, según el caso, y permite además la admisión de terceros como parte impugnadora de la demanda, y ha establecido la fijación en lista para que quien quiera impugnar pueda hacer valer su derecho contra la suspensión provisional, lógicamente hay que concluir que solo vencido el término de fijación en lista queda ejecutoriada la resolución de suspensión, si contra ella no se ha interpuesto recurso".

Igualmente en auto de 8 de julio de 1977, de la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo se sostuvo:

"... La jurisprudencia de esta corporación por extensión ha admitido que quienes se presenten al juicio como partes, para prohiar u oponerse a las peticiones de la demanda, pueden recurrir el auto que resuelve la posibilidad de suspensión provisional hasta el vencimiento del término de fijación en lista, en consideración a que es en este lapso cuando los terceros tienen oportunidad de conocer esa providencia. ..."

La anterior tesis, reiterada por el Consejo de Estado es aplicable frente a las normas contenidas en el C.C.A. adoptado por el Decreto 01 de 1984, puesto que el término de fijación en lista es el que permite a los intervinientes hacerse presentes en el juicio para ejercer sus derechos, entre los cuales lógicamente debe estar el de recurrir la decisión de suspensión provisional.

En este orden de ideas, resulta lógico y ajustado a derecho ordenar que primero se fije en lista el negocio y luego se resuelvan los recursos interpuestos contra el auto que decide la petición de suspensión provisional.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

No revocar la parte final del auto de 7 de junio de 1990 que dice:

"... y una vez cumplida la fijación en lista vuelva el expediente al Despacho para proveer acerca de los recursos interpuestos."

Notifíquese.

Clara Forero de Castro.

CONTRATO DE TRABAJO. MINISTERIO DEL TRABAJO. Funciones

Siendo el conflicto de naturaleza jurídica, a los funcionarios del Ministerio de Trabajo les compete solamente actuar como conciliadores, según la norma arriba transcrita. El haber definido en este caso un pretendido derecho de los trabajadores y la correspondiente obligación de la empresa, a cuyo cumplimiento se le conmina, es obviamente una usurpación de funciones, atribuidas por la ley a la jurisdicción del trabajo.

DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones 8095, artículo 1o., de septiembre 21 de 1981, 00615 de febrero 2 de 1982 y 3334 de abril 27 de 1982, proferidas por la División Departamental de Trabajo y Seguridad de Cundinamarca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., seis (6) de julio mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente N^o. 1742. Reconstrucción única instancia.
Actor: Jardines del Apogeo Ltda.

La sociedad JARDINES DEL APOGEO LTDA. demanda, por conducto de apoderado, la nulidad de las Resoluciones 8095-artículo 1o.-de Septiembre 21 de 1981, 00615 de febrero 2 de 1982 y 3334 de abril 27 de 1982, por las cuales la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de

Cundinamarca conminó a la empresa demandante a "reconocer a sus Agentes Vendedores la comisión pactada sobre el valor total de las ventas efectuadas por éstos, en razón de las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia."

Explica la parte actora los antecedentes de la querella que dio lugar a las decisiones enjuiciadas, en los siguientes términos:

"5.- la discrepancia entre el Sindicato y la empresa que constituye el origen de la acción administrativa motivo de esta querella, se sintetiza así:

a) De acuerdo con los contratos de trabajo y la convención colectiva vigente, los vendedores devengan, además de un salario fijo, uno variable porcentual liquidado sobre el precio de venta de lotes o fosas en el Cementerio del Apogeo en esta ciudad. Este salario variable se fijó en el Contrato Individual.

b) Con posterioridad a este acuerdo la empresa adoptó sistemas de ventas a plazos señalando una tasa de interés del dos por ciento (2%) sobre saldos en los planes de ventas de crédito.

c) El Sindicato consideró que sobre el monto de los intereses por financiación debería liquidarse la comisión porcentual salarial de los vendedores, en tanto que la empresa estimó que esos créditos no constituían precio de los lotes - sobre el cual se pactó la comisión - sino simples costos o gastos de financiación y que, por consiguiente, no debía tomarse en cuenta para la liquidación salarial" (Fols. 12- 13).

Agrega que, al sustentar el recurso de reposición, hizo notar la empresa "que no se violaban los derechos de los trabajadores al liquidarse sus comisiones como estaba pactado en los contratos, sin incluir el porcentaje correspondiente a la financiación que no se puede técnica ni prácticamente considerar *como valor* de la venta"; transcribe luego parte de la motivación de la Resolución 3334, que confirma la 8095, donde se define el porcentaje que se debe pagar a los vendedores conforme a la cláusula cuarta del Contrato (Fols. 11 - 15).

Se fundamenta la acción en las normas de los artículos 1o. del Código Sustantivo del Trabajo, 2o. del Código Procedimiento Laboral y 58 de la Constitución Política, con la alegación de que "las discrepancias existentes entre la empresa y sus trabajadores, canalizadas por vía sindical, constituyen un típico conflicto de naturaleza jurídica que versa precisa y justamente sobre la interpretación o alcance de un derecho, como lo es el salarial, para cuya liquidación deben aplicarse las reglas de la hermenéutica por la rama

jurisdiccional y no las de simple vigilancia confiadas al Ministerio por mandato del artículo 17 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y Concluye:

"Si el Ministerio de Trabajo se abrogó (sic) la facultad de fallar en derecho usurpó atribuciones que por precepto constitucional son privativas - y deben serlo dentro del Estado de derecho - del órgano jurisdiccional del poder, violando manifiestamente la norma del artículo 58 de la Constitución Nacional."

(Fols. 15 17).

Reconstruido el expediente conforme a las disposiciones del decreto 3825 de 1985 y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación estima que los actos enjuiciados violan el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral por cuanto en ellos "se decide conflicto jurídico originado directamente del contrato de trabajo", de lo cual concluye:

" Aunque técnicamente debieron señalarse como violadas las normas del decreto 062 de 1976 que asignan la competencia a las autoridades administrativas del trabajo, la ostensible ilegalidad de los actos acusados justifica excusar dicha falla y apoyar la declaratoria de nulidad en el artículo 2o. del C. de P. del T., que sí fue citado como vulnerado." (Fol. 59)

Cabe advertir, en primer término, que, si bien la parte actora no solicita restablecimiento del derecho ni manifiesta ejercitar la correspondiente acción, es lo cierto que las características del proceso, tomadas en consideración las pretensiones, los actos enjuiciados y *la causa pretendi*, dan a entender que se trata de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A.

En efecto, tanto la decisión acusada por la cual se conmina a la empresa, como la situación que se crearía de prosperar las pretensiones llevan a esa conclusión. Aquella decisión configura una perspectiva de gravamen para la sociedad demandante y, por eso, interpuso ésta los recursos procedentes en la vía gubernativa e instauró demanda ante esta jurisdicción. Tal perspectiva de gravamen desaparecería si se invalidan los actos administrativos demandados.

Lo entiende así la parte actora al expresar que "el Ministerio creó una situación contraria a la justicia que descoordina y desequilibra las relaciones entre las partes" y "extralimitó sus funciones dirimiendo un conflicto jurídico o de derecho." (Fols. 11 - 18). Lógico es que, conminada la empresa para que reconozca a sus agentes vendedores " la comisión pactada sobre el valor total de las ventas efectuadas por éstos", se vería francamente favorecida en sus intereses al desaparecer tal conminación.

Viniendo ahora al aspecto que constituye la base de la acusación, corresponde examinar si la intervención de las autoridades administrativas se ciñó al ejercicio de las funciones que les son propias o, al contrario, invadió el terreno de las que corresponden a la administración de justicia.

Según se lee en la motivación de la Resolución No. 08095 de 1981, el Sindicato Base de Trabajadores de Jardines El Apogeo elevó queja ante el Ministerio del Trabajo contra la empresa "por presunta violación a normas laborales vigentes" en varios aspectos, uno de los cuales es la "desmejora salarial a los vendedores, ya que el pago de comisiones no corresponde al valor real de la adquisición hecha por el cliente. "(Fols.6-10)

Para definir este problema concreto el funcionario del Ministerio del Trabajo hace la siguiente consideración:

"A folio 49 obra un formato de los contratos de trabajo presentado por JARDINES DEL APOGEO, el cual establece en su cláusula cuarta lo siguiente: REMUNERACIÓN: LA EMPLEADORA se obliga a pagarle al trabajador por la prestación de sus servicios, exclusivamente las siguientes comisiones: a) El veinte por ciento (20%) *del valor de las ventas de contado*. b) Durante el período de entrenamiento, el seis por ciento (6%) *del valor de las ventas a plazos*; y siempre y cuando que se formalice la compraventa. c) Cumplido el entrenamiento, el diez por ciento (10%) *del valor de las ventas a plazos*, siempre y cuando que se formalice la compraventa."(fol.9)

También se lee en la misma Resolución que la reclamación de los trabajadores fue la siguiente:

"En cuanto a las comisiones, de acuerdo a las condiciones contractuales y a las listas anteriores, se nos pagaba sobre el valor real del lote cancelado por el cliente de acuerdo a la cantidad de cuotas escogidas y el valor de la cuota inicial, quedando incluido dentro de dicho valor de financiación correspondiente al plan. Con fecha 28 de febrero de este año se comunicó al departamento un cambio en la política de ventas, creando un valor estimado por la empresa para el pago de las comisiones y un valor superior para el cliente, entendiéndose que sobre esta diferencia

catalogada como financiación no se causarían comisiones. Solicitamos se nos pague el valor real que paga el cliente". (Fol. 7).

La referencia que se hace al contrato de trabajo y la interpretación que el funcionario da al alcance de una de sus cláusulas para hacerle producir efectos en derecho como una deducción de aquella interpretación, constituye ciertamente la definición de derecho en litigio. Dice, en efecto, la Resolución a renglón seguido:

"El sentido natural y obvio indica que las comisiones se deben pagar *sobre el valor total* de la venta: sea al contado o a plazos.

El resultado cuantitativo para la empresa, es exactamente el que ella debe tomar en cuenta para liquidar a sus agentes vendedores el porcentaje de la comisión, sin excluir lo que ella denomina con el rubro financiación, ajeno a la naturaleza laboral inherente a las prestaciones del servicio y a la correspondiente contraprestación, rubro que viene a constituir - al desconocerse para los vendedores - un verdadero enriquecimiento sin causa." (Fol.9).

Ahora bien, las atribuciones de los funcionarios del Ministerio del Trabajo aparecen señaladas en los artículos 9, 17, 485 y 487 del Código Sustantivo del Trabajo y con mayor precisión en el artículo 41 del decreto ley 2351 de 1965, en cuya parte final se dice:

"Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores."

A su vez, el Código de Procedimiento Laboral (decreto 2158 de 1948) determina en su artículo 20.:

"ASUNTOS DE QUE CONOCE ESTA JURISDICCION. la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo..."

Son conflictos jurídicos, según la definición tradicional, los que surgen respecto de la *aplicación o interpretación* de una norma legal, a diferencia de los conflictos económicos, también llamados de intereses, que giran en torno de prestaciones de esta naturaleza sin referencia alguna a las reglas de derecho que rigen las relaciones laborales, consagrando un mínimo de derechos a favor del trabajador. Los conflictos económicos buscan simplemente mejorar las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva.

Se entiende por norma laboral no solamente el conjunto de reglas de derecho que aparecen en el Código Sustantivo del Trabajo y en las leyes y reglamentos que lo adicionan, complementan o reforman, sino también en el contrato de trabajo, en la convención colectiva y en el reglamento de trabajo. El contrato es, en efecto, ley para las partes según el principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que, respecto del contrato laboral, encuentra pleno respaldo en la disposición del artículo 43 del código Sustantivo del Trabajo sobre cláusulas ineficaces.

Pues bien, la situación alegada por los trabajadores de JARDINES EL APOGEO es de carácter jurídico sin duda alguna, pues tiene origen en la aplicación o interpretación de una disposición o estipulación del contrato de trabajo.

Siendo el conflicto de naturaleza jurídica, a los funcionarios del Ministerio del Trabajo les compete solamente actuar como conciliadores, según la norma arriba transcrita. El haber definido en este caso un pretendido derecho de los trabajadores y la correspondiente obligación de la empresa, a cuyo cumplimiento se le conmina, es obviamente una usurpación de funciones, atribuidas por la ley a la jurisdicción del trabajo.

Con el acto enjuiciado se ha violado, por lo tanto, el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral que invoca la actora, como acertadamente lo hace notar el señor Agente del Ministerio Público.

Es el caso, por lo tanto, de anular dicho acto conforme se solicita en la demanda.

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

FALLA:

1.- DECLARASE la nulidad de las Resoluciones 8095, artículo 1o., de septiembre 21 de 1981, 00615 de febrero 2 de 1982 y 3334 de abril 27 de 1982, proferidas por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca.

2.- COMUNIQUESE al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, para los efectos pertinentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE, Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de junio de 1990.

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

GOBERNADOR - Facultades. PLANTA DE PERSONAL - Congelación

Al confrontar los preceptos de la Carta que se dicen violados con las disposiciones cuya suspensión provisional se impetra, resulta en principio, que estas últimas evidentemente coartan la independencia que el artículo 182 de la C.N . ha atribuido a los gobernadores "para la administración de los asuntos " de su Departamento. De otro lado la congelación que imponen los actos acusados sería una restricción a los gobernadores para "dirigir" la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos primero y tercero del Decreto 2824 de 1989, expedido por el Ministro de Gobierno , como delegatario de funciones presidenciales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda

Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Bogotá, D.E., Julio doce (12) de mil novecientos noventa (1990)

*Referencia: Expediente Nº. 4835 Actor :José Jesús Laverde Ospina
Unica Instancia - Suspensión Provisional.*

Admítase la demanda promovida por el señor JOSE JESUS LAVERDE OSPINA , quien obra en su propio nombre (artículo 84 del C.C.A.) , para

solicitar la "nulidad contra los artículos primero y tercero del Decreto Nacional No. 2824, expedido por el señor Ministro de Gobierno Delegatario de Funciones Presidenciales" (f1.3).

Para su trámite, se dispone:

1.- Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Fiscal Cuarto de esta Corporación y al señor Ministro de Gobierno.

2.- Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, su contestación y demás efectos pertinentes.

3.- Solicítense al Ministerio de Gobierno los antecedentes administrativos del acto enjuiciado.

Suspensión Provisional

La solicita el demandante respecto de los artículos primero y tercero del Decreto acusado No. 2824 de 1989 (f1.30).

Luego de transcribir a dos columnas, en la una el encabezamiento del Decreto enjuiciado y los artículos cuya suspensión solicita y en la otra el artículo 182, primer inciso y el artículo 194-2 de la Constitución y, además, el inciso primero del artículo 158 del C.C.A explica que "el artículo 120 de la Constitución Nacional, en ninguno de sus numerales faculta al señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa para congelar o mejor ordenar por medio de un decreto a los Gobernadores para que éstos a su vez, congelen las plantas de personal en los distintos Departamentos de la República, por no tener competencia para ello de conformidad con el Canon Constitucional plasmado en el artículo 182 de la Carta..." (f1.17).

Más adelante, después de transcribir una sentencia de la Corporación de fecha 10 de noviembre de 1982, agrega:

"Además, un decreto similar al que he demandado en el presente libelo en sus artículos primero y tercero, ya había sido anulado desde el año de 1982 por esa Sección del Honorable Consejo de Estado, lo cual equivale a decir que el Decreto 2824 es también ostensible violatorio (sic) del artículo 158 del Decreto Ley 01 de 1984 ..." (F1. 26).

Y concluye:

"Si el señor Presidente de la República (Titular), no tiene facultad Constitucional o Legal para dictar medidas administrativas como las que son base de la presente demanda, menos las puede tener el señor

Ministro de Gobierno, así cumpla funciones presidenciales, pues la litis, o debate aquí planteado, es que ni el titular de la Presidencia, ni el señor Ministro Delegatario tienen facultades de acuerdo al artículo 120 de la Constitución Nacional para dictar normas administrativas, como las que están plasmadas en los artículos primero y tercero del Decreto Nacional 2824 de diciembre 6 de 1989, motivo éste que lo ha dejado completamente viciado de nulidad". (f1.27).

Para resolver, se considera:

En lo pertinente, las disposiciones constitucionales que se dicen violadas con los artículos cuya suspensión se solicita, son de este tenor:

"Artículo 182.- Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución y ejercerán sobre los Municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional local y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen".

"Artículo 194.- Son atribuciones del Gobernador :

1) ...

2.- Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos. y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración."

En el artículo 1º del Decreto acusado se ordena a los gobernadores , como agentes del Presidente de la República, adoptar "las medidas necesarias para la congelación de las plantas de personal de sus despachos, sus secretarías, departamentos administrativos y establecimientos públicos, en sus respectivos departamentos ". Y en el 3º adoptar "las medidas pertinentes con el fin de que las Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta asimiladas al régimen aplicable a las Empresas Industriales . y Comerciales, del orden Departamental, adopten medidas de congelación idénticas a las previstas en el presente Decreto."

Al confrontar los preceptos de la Carta que se dicen violadas con las disposiciones cuya suspensión provisional se impetra, resulta, en principio, que estas últimas evidentemente coartan la independencia que el artículo 182 de la Constitución ha atribuido a los gobernadores "para la administración de los asuntos", de su Departamento. De otro lado, la congelación que imponen los actos acusados sería una restricción a los gobernadores para "dirigir la acción administrativa en el Departamento, *nombrando y separando sus agentes*". (C. N. art. 194-2).

Ciertamente por sentencia del 10 de noviembre. de 1982, que aparece publicada en los Anales del Consejo de Estado (Tomo CIII, páginas 133 a 136 expediente No. 6437), la Corporación declaró la nulidad de disposiciones que consagraban una *congelación* similar a la de los artículos acusados en el *sub-lite*.

No hace falta mayor especulación para deducir que esta "congelación", que no presenta limitación alguna en el tiempo, es una especie de suspensión indefinida de las facultades que corresponden a los entes nominadores para nombrar y remover a los funcionarios de sus dependencias que no tengan fuero de estabilidad.

Es el caso, por lo tanto, de decretar la medida provisoria impetrada, sin que ello constituya un prejuzgamiento ni condiciones en alguna forma la decisión final que, tramitado el proceso, haya de adoptarse.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

1.- Decrétase la suspensión provisional de los artículos primero y tercero del Decreto 2824 de 1989, expedido por el Ministro de Gobierno , como delegatario de funciones presidenciales.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Decisión adoptada en la Sala del día 6 de Julio de 1990.

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

PLANTA DE PERSONAL- Congelación (Salvamento de voto)

Estimo que la finalidad del Decreto, era la de procurar la imparcialidad por parte de las autoridades y la igualdad de los partidos y grupos políticos, es decir, que se cumpliera en los debates electorales de marzo y mayo de 1990 el mandato del artículo 2º del Código Electoral. Con fundamento en lo anterior la orden dada por el Presidente de la República mediante el acto administrativo impugnado, encuentra sustento suficiente en el artículo de la C.N. 120. pues tuvo por finalidad darle cumplimiento a lo ordenado por el Código Electoral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda

Bogotá, D.E., Doce (12) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N° 4835 Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Con el mayor respeto me aparto de la decisión adoptada por la mayoría, en cuanto accedió a la suspensión impetrada , por las siguientes razones:

1- El artículo 2º del Código Electoral (Decreto Extraordinario No. 2241 de 1986, que reprodujo el 5o. de la ley 28 de 1979 establece:

"Las autoridades protegerán el ejercicio del derecho al sufragio, otorgarán plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral y actuarán con imparcialidad, de tal manera que ningún partido o grupo político pueda derivar ventajas sobre los demás."

2.) Aunque el acto acusado no lo diga, estimo que la finalidad del decreto, era la de procurar la imparcialidad por parte de las autoridades y la igualdad de los partidos y grupos políticos, es decir, que se cumpliera en los debates electorales de marzo y mayo de 1990 el mandato del precepto transcrito.

3.) Con fundamento en lo anterior la orden dada por el Presidente de la República mediante el acto administrativo impugnado, encuentra sustento suficiente en el artículo 120 de la Constitución Política invocado por él, pues tuvo por finalidad darle cumplimiento a lo ordenado por el Código Electoral.

4.) Por lo expuesto, a mi juicio no es manifiesta la violación de las normas que invoca la demanda, en la medida que otras, como las ya expresadas, dan lugar a afirmar que no se cumplen los presupuestos necesarios para acceder a la solicitud de suspensión provisional.

Joaquín Barreto Ruiz.

PRESTACIONES SOCIALES. PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD

Si bien es cierto el artículo 1º de la Ley 15 de 1982, declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de agosto de 1982, consagra la inembargabilidad de los dineros oficiales para el pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, y la obligación de manejarlos en cuenta especial ha debido especificarse en el artículo acusado (art. 8º. del Decreto Departamental número 526 de 1986 emanado de la Gobernación de Nariño) que los dineros del fondo destinados al pago de tales pensiones eran inembargables, y no extender tal inembargabilidad a los recursos para el pago de prestaciones sociales en general, pues con tal generalización se viola también el artículo 1º de la Ley 12 de 1985.

SE DECLARA NULO el párrafo del artículo 8º del Decreto Departamental 526 de agosto 7 de 1986 emanado de la Gobernación de Nariño, en la parte que dice;"...o para el pago de prestaciones sociales...".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Dieciseis (16) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°3192 Autoridades Departamentales.
Actor: Mariano López Martínez.

El abogado Mariano López Martínez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Nariño hacer las siguientes declaraciones:

"1a.- Es NULO el párrafo del artículo 8º del Decreto Departamental No. 526 de agosto 7 de 1986 emanado de la Gobernación de Nariño, por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, en la parte que dice: '...o para el pago de prestaciones sociales...'

2a.- El citado art. 8o. en toda su extensión quedará así: 'Artículo 8o. No son embargables por ninguna autoridad los recursos que recibe el Fondo a título de transferencia de la Nación o del Departamento o como producto de los contratos de empréstito interno o externo que celebre. De sus recursos propios u ordinarios sólo es embargable hasta la tercera parte del valor total de los mismos'.

3a.- El cumplimiento del fallo se hará dentro de los 30 días siguientes a su comunicación (Art. 176 del Decreto 01 de 1984). (fl.1).

En la demanda se citaron como normas violadas el artículo 318 del Código de Régimen Departamental, por cuanto en el artículo acusado del Decreto 526 de 1986 se suprimió el último párrafo de aquél que permite embargabilidad de la tercera parte de los recursos propios u ordinarios de las entidades descentralizadas como lo es el Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño y, porque incluyó como inembargables los recursos que éste reciba para el pago de prestaciones sociales.

Según la demanda, al establecer por Decreto lo anterior, el Gobierno Departamental violó la atribución 2a. del artículo 76 de la Constitución Política "al tomar las que están reservadas al congreso, como son las de 'reformular' los códigos. Anteriormente se expresó que el art. 8º del Decreto. 526 de 1986 SUPRIME un párrafo de la norma superior y AGREGA otro sobre el cual nunca se ha legislado, violado en forma clara esta norma constitucional" (fl.2).

De igual manera, se indica como transgredido el artículo 194 de la Constitución Nacional, toda vez que la Gobernación "al dictar esta disposición que forma parte del Decreto 526 de 1986, está incumpliendo las órdenes del Gobierno y sus Decretos, cual es el Código de Régimen Departamental en su art. 318 ya citado, el cual regula el manejo de los bienes y control fiscal de las entidades descentralizadas del orden departamental, al sobrepasar los límites de ésta disposición incluyendo regulaciones no previstas y suprimiendo otras sí contempladas" (fl.3). Por idéntica razón, en concepto del demandante se quebranta lo dispuesto en los artículos 94 y 127 del C. de R.P.M.

Al restringir el embargo, la norma acusada transgrede los artículos 513 y 681 del C. de P.C., pues coloca al ejecutante en una situación desfavorable respecto de la demanda, agrega el actor.

Contra el fallo del Tribunal el apoderado de la Gobernación interpuso el recurso de apelación por cuanto en él no se estudió el aspecto relacionado con la inembargabilidad de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975, dispuesta por el artículo 5º del Decreto 221 des 1986, y por la Ley 15 de 1982, lo cual debía hacer el Tribunal, toda vez que ese fue el sustento jurídico de la frase cuya anulación decretó, según se desprende de los alegatos que se hicieron en el proceso.

La Agencia del Ministerio Público solicita la confirmación del fallo recurrido y advierte que en el *sub-lite* "se pone en evidencia en quebrantamiento de mayor trascendencia en el orden jerárquico normativo que justifica la declaración jurisdiccional, por la vía de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, de que tanto el precepto ordenanzal (art. 318 del Código de Régimen Departamental de Nariño) como el decretal (acto acusado) , campean por ámbitos ajenos a su competencia : pues qué clase de bienes son o no embargables. Es materia que corresponde disciplinar al Código de Procedimiento Civil, concretamente al artículo 684 del mismo y, como la regla 2º del artículo. 76 C.N. manda que códigos de esta cobertura -nacional- solo pueden ser expedidos por el Congreso, resulta palmaria la intromisión de las normas departamentales atrás citadas en materia jurídica que les compete. Cabe agregar que estos asertos no resultan ser oficiosos puesto que en el libelo de demanda están sugeridos" (fls. 42 y 43).

Concluido el trámite de la segunda instancia, y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Mediante la sentencia recurrida el fallador de instancia accedió a la pretensión del demandante relacionada con la declaración de nulidad del aparte del artículo 8º del Decreto 526 de 1986 que reza "o para el pago de prestaciones sociales".

Se denegaron las súplicas consistentes en adicionar el citado artículo con la siguiente expresión "De sus recursos propios u ordinarios sólo es embargable hasta la tercera parte del valor total de los mismos" y en el cumplimiento de la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su comunicación (Art. 176 del Decreto. 01 de 1984)". (fl.1).

La Sala encuentra acertados los planteamientos del a-quo en cuanto considera que la frase anulada infringe el artículo 318 del C. de Régimen Departamental, que contrariamente a lo sostenido por el señor Fiscal, es disposición con fuerza de ley, aplicable a entidades descentralizadas del orden departamental, y el Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño lo es.

El argumento de la parte recurrente, que en verdad no fue estudiado por el Tribunal, no le resta validez a la decisión adoptada.

En efecto, si bien es cierto el artículo 1º de la ley 15 de 1982, declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de agosto de 1982, consagra la inembargabilidad de los dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez, y muerte, y la obligación de manejarlos en cuenta especial, ha debido especificarse en el artículo acusado que los dineros del fondo destinados al pago de tales pensiones eran inembargables, y no extender tal inembargabilidad a los recursos. para el pago de prestaciones sociales en general, pues con tal generalización se viola también el artículo 1º de la ley 15 de 1982 en que la parte apelante se apoya para defender la legalidad de la norma expedida por el Gobernador del Departamento.

En tratándose de acciones de nulidad, al juzgador le está prohibido hacer en la parte resolutive de la sentencia pronunciamientos distintos de aquellos encaminados a declarar nulo al acto acusado o a negar tal nulidad; carece de la facultad de estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, modificarlas o reformarlas, lo cual sí le está permitido en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho para el solo efecto de que se obtenga tal restablecimiento de derechos del demandante.

De manera pues, que si en un proceso de nulidad se establece la violación de normas superiores por el acto acusado, éste deberá anularse también cuando la violación consista en extralimitación del texto legal sin que sea válido alegar que, en parte, se ajustaría a dicho texto.

En cuanto al sustento que a la frase anulada pretende encontrar el apelante en el Decreto Reglamentario 221 de 1986 dirá la Sala que frente a la infracción de normas legales, un decreto reglamentario, que es de inferior jerarquía carece de virtualidad para servir de soporte a cualquier acto administrativo, y menos aún, cuando la reforma de los Códigos y de las leyes solo puede hacerse por normas que tengan fuerza de ley.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 4 de noviembre de 1987, dentro del proceso iniciado por el Doctor Mariano López Martínez en su propio nombre.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 6 de julio de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte luna.

INSUBSISTENCIA

Si el legislador no estipuló requisitos formales, ni prescribió que la declaratoria de insubsistencia debiera ser expresa, el Presidente de la República en uso de la facultad que le otorga el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política, podía disponer que tal declaratoria se entiende implícita en la designación de otra persona para ejercer el cargo ocupado por el empleado de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique modificación a la ley ni inclusión de una nueva causal de retiro del servicio.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso 2º del artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, decretada en auto de 10 de abril de 1987. Exp. 2497. Consejera Ponente: doctora Aydee Anzola Linares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso administrativo Sección Segunda

Bogotá, D.E., Veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°.2499 Actor :José Rafael Bautista Ortiz.
Decretos del Gobierno

El doctor José Rafael Bautista Ortiz, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicitó la

nulidad del inciso 2º del artículo. 107 del Decreto Reglamentario No. 1950 de 1973, cuyo tenor es el siguiente:

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

Fundamenta su pretensión en los siguientes HECHOS:

1º El Decreto No. 2400 de 1968, modificado por el No. 3074 de ese mismo año, "consagró en forma clara y taxativa, los casos en que se produce la cesación de funciones, entre ellas 'Por declaración de insubsistencia del nombramiento'. (fl.9).

2º El Decreto Reglamentario No. 1950 de 1973, en el capítulo V del Título II, artículo 22 estableció que "Para efecto de su provisión se considera que un empleo está vacante definitivamente: 1... -2. Por declaratoria de insubsistencia", esto es, consagró la misma causal prevista en el literal a) del artículo 25 del decreto. 2400 de 1968 que es el reglamento, notándose hasta aquí una absoluta y perfecta armonía entre las dos disposiciones legales antes indicadas. (fl. 10). Sin embargo, en la norma acusada se consagró "una nueva causal no contemplada en la ley al establecer por medio de la regla *sub-judice* que 'En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña'. (fl. 10).

Invoca el accionante como disposiciones violadas los artículos 16 y 120 numeral 3) de la Constitución Política; 27 del Código Civil; 12 de la Ley 153 de 1887; 25 literal a) del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 84 inciso 2º del C.C.A.

Del concepto de violación de tales normas , expuesto en el libelo se destaca lo siguiente:

"...en cuanto a la violación de las normas superiores de derecho que cito, debo precisar que el hecho causante de tales violaciones consiste en que mientras el ordinal a) del artículo 25 del decreto-ley 2400 de 1968, consagra en forma simple la declaración de insubsistencia del nombramiento como causal para la cesación definitiva de funciones, el inciso acusado del artículo 107 del decreto. reglamentario No. 1.950 de 1973, agrega lo siguiente: 'En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña'.

"Resulta así indiscutible a primera vista y sin mayor esfuerzo mental, que esta agregación modifica sustancialmente el decreto-ley que se

reglamenta, es decir, no se limita a procurar, como lo establece con claridad el ordinal 3o. del artículo 120 del C.N., la cumplida ejecución de las leyes, sino que establece en el fondo una nueva causal, o sea la insubsistencia tácita, en contraposición a la insubsistencia declarada o expresa que es lo mismo, prevista en la ley que se pretende así reglamentar.

"En efecto, la regla acusada, antes transcrita, implica una distinción que la ley no hace, pues mientras ésta alude a toda clase de nombramientos, el reglamento distingue entre los relativos a empleos de libre nombramiento y remoción, y los demás. Por la misma razón, el reglamento está consagrando una excepción para sustraer de la regla general de la ley, el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción.

"...

"... La causal consagrada en el decreto ley 2400 de 1968 como motivo de cesación definitiva del servicio, consistente en la declaración de insubsistencia del nombramiento, obedece, en primer lugar, a ese principio tan elemental en derecho según el cual las cosas se deshacen como se hacen.

"Y tratándose situaciones jurídicas de carácter público en relación con la persona humana como es la vinculación y desvinculación del servicio. que prestan al Estado, es apenas elemental que cuando se resuelva separarlo de las funciones para las cuales había sido encomendado mediante expreso acto administrativo, en la misma forma se declare insubsistente su nombramiento como lo consagra el decreto ley reglamentado, y como corresponde también a su dignidad humana, y no en la forma despectiva como lo sugiere el decreto reglamentario o sea que el simple nombramiento de una nueva persona lo coloca de hecho fuera del servicio. Ni siquiera los muebles viejos que utiliza la administración pública reciben este tratamiento, pues cuando se compran se incluyen mediante acta en el inventario correspondiente, y cuando ya se considera que no sirven se dan de baja en la misma forma. No es suficiente comprar un mueble nuevo para considerar fuera del servicio el que va a ser desplazado. Creo que este sistema ideado por el decreto. reglamentario, atenta contra la dignidad del ser humano, máxime se tiene en cuenta que la insubsistencia no constituye pena ni sanción alguna. Y como la dignidad humana está íntima (sic) relacionada con su honra, fácilmente se puede concluir en que la modalidad de insubsistencia tácita establecida en el reglamento, es violatoria del artículo 16 de la C.N., por atentar contra esa dignidad que allí se garantiza y ordena proteger a todas las autoridades de la República.

"Del anterior análisis jurídico se puede concluir que la norma acusada es violatoria de la C.N. y de la ley que dice reglamentar, razón por la cual tiene plena aplicación al caso la regla establecida en el artículo 12 de la ley 153 de 1887 que dice: 'Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable'. Y no teniendo fuerza obligatoria por ser contraria la norma sub-judice a la Constitución y a la ley, con mayor razón se impone declarar su nulidad como expresamente lo solicitó comedidamente.

"Finalmente, y si tenemos en cuenta que la disposición acusada y promulgada por el Señor Presidente de la República, fue expedida sin facultad constitucional ni legal para ello como se deja demostrado, se configura la causal de nulidad expresamente consagrada en el artículo 84 del C.C.A., o sea por haber sido dictada por funcionario incompetente para ello en ejercicio de la potestad reglamentaria que se invocó para su expedición." (fls. 10,11 y 12).

Mediante providencia de 10 de abril de 1987 se admitió la demanda y en atención a la solicitud del accionante se suspendió provisionalmente la norma acusada, en consideración a lo siguiente:

"...de la sencilla comparación entre el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 y la norma acusada, se obtiene la conclusión de que ciertamente esta quebrantó la primera, al crear una modalidad inexistente en la ley para que se configure la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, consistente en la designación de una nueva persona en el respectivo cargo.

No se requieren otras consideraciones para advertir la violación manifiesta que se denuncia por el demandante y, consecuentemente, para que deba ordenarse la medida solicitada." (fls. 16 y 17).

En ejercicio del derecho consagrado en el artículo 146 del C.C.A., el doctor Miguel A. Ruiz Vásquez solicita ser reconocido como parte impugnadora de la demanda y argumenta que la norma acusada no adolece de vicio alguno ni tipifica una nueva modalidad de retiro del servicio. Agrega que la administración puede declarar su voluntad ya en forma expresa, ya en forma tácita y no por ser tácita deja de ser válida.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación en su concepto de fondo expresó que la acción tiene vocación de prosperidad porque "...son suficientes los razonamientos expresados como soporte motivo de la providencia que decretó la suspensión provisional de la norma acusada para llegar a la conclusión de que ésta debe ser declarada nula, pues resulta evidente, de

manera palmaria, el desbordamiento del contenido del artículo 25, literal a), del Decreto Ley 2400 de 1968 por el texto del artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. Basta el cotejo de las dos normas para que aparezca de manera relevante la contradicción de la del Decreto Reglamentario con la del Decreto Ley: mientras ésta consagra en forma simple la declaratoria de insubsistencia del nombramiento como causal para la cesación definitiva de funciones, aquélla establece una nueva causal de cesación de funciones tácita al determinar que 'en los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña'. " (fls. 149 a 150).

Agotado el trámite respectivo y no encontrándose causal que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 establece que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras causales, por declaración de insubsistencia del nombramiento, que es el mecanismo mediante el cual, y a través del ejercicio de la facultad discrecional de remoción, las autoridades nominadoras dejan sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de poner fin a su vinculación laboral.

Consiste pues, la declaración de insubsistencia de un nombramiento, en la manifestación de voluntad de la administración de retirar del servicio público al funcionario, por razones de buen servicio.

La citada norma del Decreto 2400 de 1968, no especifica que la aludida declaración debe hacerse exclusivamente en forma expresa, esto es, a través de un acto administrativo que así lo disponga.

Por consiguiente, si el legislador no estipuló requisitos formales ni prescribió que la declaratoria de insubsistencia debiera ser expresa, el Presidente de la República en uso de la facultad que le otorga el numeral 3) del artículo 120 de la Constitución Política, podía disponer que tal declaratoria se entiende implícita en la designación de otra persona para ejercer el cargo ocupado por el empleado de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique modificación a la ley ni inclusión de una nueva causal de retiro del servicio.

En los casos en que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento está supeditada a determinadas causales y por tanto debe estar motivada, como ocurre con la de los empleados escalafonados en carrera administrativa, es claro que la Administración no puede manifestar su voluntad de separarlo del servicio a través de la designación de una nueva persona en el mismo

cargo, porque en este caso la insubsistencia deja de ser una medida discrecional y su ejercicio está condicionado al acaecimiento de ciertas circunstancias y con arreglo a procedimientos previstos en la normatividad respectiva.

Mas cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, nada impide que la Administración manifieste su voluntad de removerlos nombrando otro en su reemplazo. La insubsistencia del nombramiento en este evento, se da entonces mediante acto administrativo tácito contenido en el de designación de una nueva persona en ese cargo. Cuando la autoridad nominadora obra de esta manera, está indicando que su voluntad es la de declarar la insubsistencia del nombramiento del funcionario que lo desempeñaba.

Se tiene entonces que el mismo acto administrativo contiene el querer de la Administración en dos sentidos; uno que expresamente se manifiesta en él: Incorporación de un nuevo empleado; y otro implícito: la voluntad de despojar a quien ocupaba el cargo, de la investidura de funcionario público, puesto que legalmente para desempeñar un mismo empleo no pueden nombrarse dos personas.

Ningún concepto legal se opone a lo anterior. Por tanto, no puede considerarse que el inciso 2º del artículo. 107 del Decreto 1950 de 1973 consagre una nueva causal de retiro del servicio o cesación definitiva de funciones; la causal sigue siendo la misma: insubsistencia del nombramiento expresada en forma diferente. Ello no constituye excepción a lo preceptuado en la ley, ni interpretación de la misma que la modifique sustancialmente; es simplemente una manera de hacerla operante.

La Sala considera que aún si no existiera la norma reglamentaria objeto de impugnación, la autoridad nominadora legalmente y con base en el artículo. 25 del Decreto 2400 de 1968, podría retirar del servicio público a un empleado mediante la designación de otra persona en el cargo que aquel desempeñaba.

En cuanto al argumento relacionado con la dignidad del ser humano dirá la Sala que, el simple hecho de reemplazar a un funcionario y declarar así tácitamente su insubsistencia, no implica quebranto de su dignidad ni de su patrimonio moral, pues de nada se le acusa; y las reglas de cortesía que la administración observe o deje de observar al darle a conocer esa decisión no vician de nulidad la facultad misma ni son controlables por la jurisdicción.

Por tanto, la Sala estima procedente dejar sin efecto la suspensión provisional decretada y denegar las súplicas del libelo.

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

FALLA:

1º.- Deniéganse las súplicas de la demanda.

2º.- En consecuencia, queda sin efecto la suspensión provisional decretada en auto de 10 de abril de 1987.

3º.- Reconócese como parte impugnadora en este proceso al Doctor Miguel A. Ruiz Vásquez.

Cópiese, notifíquese y comuníquese el levantamiento de la suspensión provisional a la autoridad respectiva. Archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 13 de julio de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Joaquín Vanín Tello, Conjuez

INSUBSISTENCIA - Causales

Un error como el cometido por la actora, de tanta trascendencia en la eficacia del servicio público que presta la oficina en que ella laboraba, a pesar de que se le había indicado cómo y dónde hacer la anotación, revela su inhabilidad, su incapacidad, su ineptitud para desempeñar tales tareas que le estaban asignadas. Por ese error no incumplió sus deberes ni incurrió en ninguna de las prohibiciones genéricas o especiales que le hubieran sido hechas. Fue en razón de la deficiente calidad de su trabajo, que bien podía su superior jerárquico hacer uso de su poder discrecional para separarla del servicio a través de la figura de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintitrés (23) de julio mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N^o.357 (11.177) AUTORIDADES NACIONALES (Reconstrucción - D.E. 3825/85-). Actora : Amparo Concepción Caratt Ospino

Recurrente: Superintendencia de Notariado y Registro

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Notariado y Registro contra la sentencia de 2, de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el juicio que tuvo origen en

la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy "de nulidad y restablecimiento del derecho" art. 85 C.C.A., vigente, modificado por el art. 15 del decreto ley 2304 de 1989) a través de apoderado judicial, fuera incoada por la señora Amparo Concepción Caratt Ospino.

I- ANTECEDENTES

1.1.- El respectivo libelo pretendió la anulación de la resolución No. 218 de 1982 31 de agosto y de la declaratoria No. 309 de igual año -23 de noviembre emanadas de la Registraduría de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

1.2.- El primero de dichos actos declaro insubsistente el nombramiento del cargo de secretaria 5140-8 desempeñado, según dice ,por la señora Amparo Caratt de Muñoz (art. 1o.) y designa en su reemplazo a la señora Elvia Martínez de Sarmiento. Por el segundo, aclara el anterior en el sentido de que la declaratoria de insubsistencia se refiere a la señora Amparo Caratt Ospino y no a la señora Amparo Caratt de Muñoz como equivocadamente indicaba.

1.3. Además de lo anterior y a título del restablecimiento del derecho, solicitó la demandante que se la restituyera al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y que se le pagasen los sueldos dejados de devengar desde la fecha en que fue retirada del servicio por medio de los actos declarados nulos y hasta cuando ocurra su reintegro, lo mismo que las prestaciones sociales causadas durante ese lapso. Así mismo Impetró que se declare que no ha habido solución de continuidad entre dichas fechas para los efectos de la liquidación y pago de prestaciones sociales que se causaren a partir del momento de la reincorporación.

1.4. El Tribunal accedió a las súplicas de la parte actora sosteniendo lo siguiente:

"Dos son las normas de carácter superior que el señor apoderado de la actora consideró violadas con la expedición del acto demandado:

"a) El art. 26 del Decreto 2400 de 1968, por cuanto no se hizo la anotación respectiva en la hoja de vida de la empleada, y

"b) El art. 26 de Constitución Nacional por considerarse su separación (sic) como una destitución y no dársele oportunidad a la afectada para presentar descargos.

"Respecto a la posible violación del art. 26 del Decreto 2400 de 1968 la Sala se permite transcribir un aparte de la sentencia dictada el 1o. de julio de 1980 (expediente No. 2045) en la cual se dijo:

"La única razón de inconformidad que se expresa en la demanda contra el acto acusado, radica en una presunta violación del art. 26 del Decreto 2400 de 1968, por cuanto la insubsistencia fue decretada a un empleado no perteneciente a la carrera administrativa sin haberse dejado constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. De esta violación el señor apoderado del actor se apoya para debivar (sic) también la transgresión del art. 30 de la Constitución Nacional.

"Por considerarlo de gran interés y definitivo para el caso planteado, la Sala se permite reproducir el concepto expresado por el señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo. Dijo lo siguiente el señor Fiscal Unico de este Tribunal:

"Mediante el acto administrativo individualizado en la referencia, el señor Director del Instituto Nacional del Transporte," en uso de sus facultades legales, estatutarias", resolvió declarar insubsistente el nombramiento hecho al demandante para desempeñar el cargo de Profesional Universitario 302004 en el Grupo técnico de la Oficina Regional del Atlántico.

"En procura de que se decrete la nulidad de tal providencia gubernamental y se hagan otras ordenaciones, (sic) el mandatario judicial del afectado ha acudido ante ese Honorable Tribunal y del escrito que aparece a folios 11/18 del expediente no se desprende inconformidad distinta a la del hecho de que la hoja de vida del funcionario separado del cargo no se dejó constancia de tal hecho y de las causas que lo motivaron.

"En casos similares esta agencia del Ministerio Público ha sido adversa a las peticiones de la demanda y para el efecto ha tenido en cuenta que el Honorable Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia de 28 de octubre de 1977, expediente No. 2032, se pronunció en el sentido de que la ritualidad de que se trata "no hace más que establecer un procedimiento que la Administración debe llenar con posterioridad a la expedición del acto para fines de organización del Servicio Público, pero cuya omisión en ninguna forma puede viciar lo que se hizo con sujeción a las normas legales."

"En consecuencia, la Fiscalía es de concepto que deben denegarse las peticiones de la demanda".

"La Sala comparte en su integridad el atinado concepto de la Fiscalía transcrito anteriormente, ya que como muy bien lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado, la omisión anotada en la demanda en ninguna forma puede viciar el acto de Insubsistencia, el cual se hizo con sejeción

(sic) a las normas legales, puesto que se trataba de un empleado público de libre nombramiento y remoción.""

"Por lo antes transcrito, no es procedente decretar la nulidad del acto acusado por violación de la norma antes alegada.

"En relación con la posible violación del art. 26 de la Constitución Nacional, afirma el señor representante de la actora que existió una motivación del acto demandado por separado, por lo cual debe considerarse como una destitución, drástica sanción disciplinaria que fue impuesta sin dar oportunidad a la empleada para presentar descargos.

"Aparece a folio 7 del expediente una comunicación de 31 de agosto de 1982, fecha que coincide con el acto de insubsistencia, en la cual se le comunica a la demandante, señorita Amparo Caratt Ospino lo siguiente:

"Me permito comunicarle que por reclamo de los interesados se logró establecer la comisión del grave error en que usted incurrió al colocar en la anotación 08 del folio de Matrícula Inmobiliaria 040-0061717 en su columna Especificación: "Embargo con acción personal" cuando el calificador jurídico ordenó insertar "Embargo con acción real", orden contenida en el oficio No. 252 de abril 27 de 1981 originario del Juzgado 7o. civil de Circuito.

"Lo anterior motivó la cancelación de la medida cautelar de conformidad con el artículo 558 del C.P.C. al presentarse a inscripción un embargo con acción real, gravísimo error cuyas consecuencias son imprevisibles."

"Antes de seguir adelante, es importante transcribir un aparte de las consideraciones contenidas en un fallo del M. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, de fecha 30 de septiembre- de 1982 en donde se dijo:

""La Sala acoge el concepto de la señora Fiscal Quinto de la Corporación, pues evidentemente el actor afirmó, pero no probó que el acto acusado se hubiera dictado con abuso o desviación de poder y que existiera entre la cesación colectiva de actividades en el Ministerio de Hacienda y la declaración de insubsistencia de su nombramiento en relación de causalidad. No demostró el motivo que según él calla la resolución impugnada y que hubiera sacado a plena luz la verdadera naturaleza del acto, que en su sentir oculta una destitución, por una presunta falta, bajo la apariencia (sic) de una declaración (sic) de insubsistencia fundada en la facultad de libre remoción. Y es ésta la que aparece como verdadero fundamento del acto acusado y por consiguiente, de conformidad con claras y precisas normas legales, no se requería para la expedición de aquél que se adelantara un procedimiento disciplinario encaminado a

comprobar una falta que no se imputó al demandante y a permitirle defenderse de una acusación que no se le hizo.

"Por lo demás, es imposible saber cómo deduce el actor que su nombramiento fue declarado insubsistente a raíz de una rápida investigación que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hizo respecto del paro, si se anticipa a decir que "ignora el resultado de tal investigación" (hecho 6o., folio 4 del expediente). Tampoco resulta lógica la inferencia de que se le separó del servicio por imputársele el cargo que no se formuló, (sic) de haber participado en un pago ligela (sic), cuando el mismo sostiene que otros empleados que sí participaron en dicho cese colectivo de actividades no han sido removidos de sus empleos (hecho 8o., folio 4).

"Pero precisa reflexionar sobre la tesis implícita en la argumentación del actor, inaceptable a todas luces, que si un empleado público incurre en una falta o determinadas circunstancias podrían dar lugar a presumir que la cometió por su conducta real o presuntamente contraria a la ley se coloca en la situación privilegiada de relativa estabilidad o inamovilidad, pues no puede ser retirado del servicio en lo sucesivo sino previa aplicación de un procedimiento disciplinario tendiente a comprobar hechos que no se le imputaron y que tal vez ignora la autoridad nominadora, pero que posiblemente sucedieron en un pasado próximo o lejano, y a darle oportunidad de defenderse de cargos que no se le hicieron, pero que él sabe o supone que debían habérselo formulado.

"Le basta entonces al empleado público tener conciencia de que cometió una falta o saber que sucedieron determinados hechos ilegales a los cuales se les podría vincular por no estar bien clara su conducta con relación a ellos, para que considere inaplicable respecto de él la norma sobre libre remoción por el medio de la declaración de insubsistencia de su nombramiento.

"Podría llegarse a la situación de que la comisión de una falta se convierte en un privilegio para el funcionario, frente al cual se doblegue el precepto que autoriza a la autoridad nominadora para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado que no está amparado por la carrera administrativa o por alguna otra, ni por un fuero concedido por la ley, ni disfruta (sic) de un período fijo para el ejercicio del cargo(sic). O sea que el funcionario con su falta se crearía su propio fuero, su situación privilegiada de estabilidad en el empleo.

"Naturalmente que si un empleado público incurre en una falta o se le imputa un hecho por mandato legal debe ser sancionado, la administración tiene que adelantar el correspondiente procedimiento con el fin de comprobar esa falta, real o presunta, arantizar (sic) el derecho de defensa

e imponer, si es el caso, la condigna sanción. No sólo están de por medio los intereses del empleado, su derecho a defenderse de falsas imputaciones y a no ser sancionado so capa del ejercicio de una facultad discrecional de remoción, sin haber sido (sic) oído ni vencido dentro de un procedimiento llevado a término legalmente. No; están también en juego los intereses de la Administración pública, que son los propios de la sociedad, superiores a los del funcionario, que exigen que quien cometió una falta sancionable por la ley con la destitución, no aparezca con antecedentes limpios para acceder de nuevo al servicio público en esa inmerecida condición, que seguramente sabrá aprovechar quien faltó a sus deberes, con violación de la ley, no fue sancionado.

"Por lo demás, es inaceptable el uso ilegítimo de un medio legal, aunque para una finalidad en sí misma justa acorde con las necesidades del servicio público y los intereses de la comunidad, como sería declarar insubsistente el nombramiento de un empleado, cuando lo que legalmente procediera era la destitución de quien tenía que ser retirado de la Administración Pública en razón de una grave violación de sus deberes y responsabilidades."

De la transcripción anterior se saca en claro que "si un empleado público incurre en una falta o se le imputa un hecho que por mandato legal, la Administración tiene que adelantar el correspondiente procedimiento con el fin de comprobar esa falta, real o presunta, garantizar el derecho de defensa e imponer, si es el caso, la condigna sanción."

"El mismo día en que se dictó la Resolución de Insubsistencia de la demandante se le comunicó la comisión de "un grave error, un gravísimo error, de consecuencias imprevisibles". Habría que averiguar entonces si esa falta cometida por la funcionaria debía ser sancionada o no por mandato de la ley. Dice el art. 139 del Decreto 1950 de 1973 que los empleados que incurran en faltas serán objeto de sanciones disciplinarias. Y el literal a) del artículo. 132 del mismo Decreto dice que constituye falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes, la violación de las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos a que se refieren los artículos 7,6,8,9,10, y 17 del (sic) los decretos 2400 y 3074 de 1968, como también el incumplimiento de la violación de lo estatuido en los Reglamentos y Manuales de funciones y en las instrucciones propias de cada entidad. Por otra parte, el art. 6o. del Decreto 2400 de 1968 enumera como deber de los empleados públicos el desempeñar con colicitud, (sic) eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo. Es decir que toda falta de eficiencia en el ejercicio del empleo constituye una falta que debe ser sancionada, previo el correspondiente procedimiento disciplinario para comprobarla. Entonces, la causal de ineptitud y de falta de sus deberes que presume fue la causa determinante de la declaratoria de insubsistencia de la empleada, señorita Amparo

Caratt Ospino, por habérsele comunicado en la misma fecha en que se profirió la Resolución que la separaba del cargo, ha debido ser comprobada mediante procedimiento en el cual, lógicamente, tenía que darse cumplimiento al art. 26 de la Constitución Nacional dándole a la acusada por lo menos la oportunidad de ser oída para presentar descargos y de ser juzgada conforme a las normas correspondientes a un proceso disciplinario. En la tercera parte del numeral 4o de su alegato de conclusión, el mismo señor apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro, doctor HERNANDO ALVAREZ ALVARE, (sic) da por demostrada la ineptitud de la funcionaria, lo cual ha debido demostrarse mediante procedimiento disciplinario, para luego ser sancionada como lo ordena la ley. El procedimiento adoptado por la Registraduría de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla ha sido violatorio del art. 26 de la Constitución Nacional, ya que si a la empleada destituida se le imputó una falta que por mandato de la ley debió ser sancionada, ha debido ser oída y vencida observando la plenitud de las formas propias del procedimiento disciplinario." (folios de 6 a 11).

II- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO

2.1.- El fundamento de la Superintendencia de Notariado y Registro para impugnar la providencia arriba señalada es, esencialmente, de tipo fáctico, puesto que estima alejada de la realidad jurídica la naturaleza de los hechos al darle una valoración de la falta disciplinaria que ciertamente no tiene.

2.2. Para la entidad recurrente los hechos que motivaron en verdad la expedición del acto fueron reveladores de una simple ineptitud de la empleada para el cabal desempeño de los deberes propios del cargo para el cual fue nombrada. Una serie de errores, como el que de modo inmediato fue la causa de esa determinación, condujo al Registrado de Instrumentos Públicos de Barranquilla a decidir en el sentido en que lo hizo. Ese último error, gravísimo en la estima del recurrente, consistió en colocar en la anotación 08 del folio de matrícula inmobiliaria 0400061727 en su columna de especificación "embargo con acción personal", no obstante que el calificador jurídico le había ordenado insertarlo como "embargo con acción real", de acuerdo con el oficio 252 de 24 de abril de 1981, originario del Juzgado 7o. del Circuito, provocando así el traumatismo consiguiente.

2.3.- Explica entonces el impugnador del fallo la diferencia que hay entre "Ineptitud" o "falta de capacidad" y "falta disciplinaria": "La ineptitud es la falta de capacidad para desarrollar determinada tarea. Se predica objetivamente del sujeto y es independiente de su voluntad; puede querer hacer bien las cosas pero sus capacidades personales no le permiten obtener los resultados pretendidos. La falta de capacidad, esto es, la ineptitud para

desempeñar un cargo, no está tipificada como falta disciplinaria, precisamente porque no es una conducta específica, sino un defecto que se predica del individuo. Ahora bien, la ineptitud es diferente de la ineficiencia. En esta última se reúnen las condiciones objetivas para desarrollar una actividad, pero el individuo no coloca de sí todo su empeño para realizarla en la mejor manera posible. Depende exclusivamente de la voluntad del sujeto el que en su lugar sea eficaz. Precisamente por ello, la ley ha erigido en falta disciplinaria la ineficacia."

2.4.- Pasa luego a analizar el caso *sub-lite*: "... la señorita AMPARO CONCEPCION CARATT OSPINO era inepta para el ejercicio del cargo. Se desempeñaba como secretaria de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, labor que exige condiciones especiales por cuanto al sentar un registro en forma equivocada ocasiona generalmente un perjuicio que en muchos casos repercute en el patrimonio de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO por cuanto debe indemnizar por las fallas en la prestación del servicio."

2.5.- Teniendo en cuenta la anterior, el apoderado de la Superintendencia asevera que el Registrador, Jefe de la oficina o dependencia oficial, bien podía hacer uso de la facultad o poder que le concede la ley para, discrecionalmente, declarar la insubsistencia del nombramiento de una empleada sin motivar el acto, con el claro propósito de mejorar el servicio, sin necesidad de adelantar un proceso que carecía de objeto, dado que los hechos no eran constitutivos de falta disciplinaria alguna.

2.6.- De allí que solicite la revocatoria de la sentencia cuestionada y que, en su lugar, sean denegadas las súplicas de la demanda.

III- DE LA RECONSTRUCCION

3.1.- El expediente original desapareció durante los nefastos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá.

3.2.- Debido a esto, la Superintendencia recurrente, en base a las pautas indicadas en el decreto extraordinario 3825 de 1985, impetró la reconstrucción procesal, a lo que accedió el despacho mediante auto de 8 de febrero de 1988 (folio 45).

IV- DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

4.1.- El traslado a las partes para alegar de conclusión no fue descrito en el momento oportuno, por lo cual pasó el asunto al señor agente del Ministerio Público- Fiscal Cuarto del Consejo de Estado- para la emisión del concepto de rigor, el que a la letra dice:

"Estima la Fiscalía que la actora no logró desvirtuar la presunción de la legalidad que cobija el acto acusado, pues, no se acreditó que con la expedición de éste, se hubiera vulnerado el ordenamiento jurídico. En efecto, ello es así, dado que en el libelo inicial se indican como quebrantados, únicamente, el artículo. 26 del Decreto 2400 de 1.968, por cuanto no se dejó constancia del hecho y de las circunstancias que originaron la insubsistencia en la respectiva hoja de vida y, el artículo 26 de la Carta, en el sentido de que a la demandante se le aplicó la sanción de destitución, disfrazada de insubsistencia, sin darle la oportunidad de presentar descargos. En cuanto al primer cargo compartimos el criterio del *a-quo*, en torno a que, como reiteradamente lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, dicha constancia o anotación no constituye requisito previo a la expedición del acto, ni elemento necesario para su confirmación, ni factor determinante de su validez, sino que tiene por objeto, simplemente, el poner a disposición de las entidades nominadoras los antecedentes del funcionario. En lo que toca a la presunta violación del artículo 26 de la C.N., basta anotar que los preceptos constitucionales, conforme a múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, lo que hacen es consagrar principios generales de derecho, los cuales no pueden ser vulnerados sino a través de las normas de carácter legal que los desarrollan y al no demostrarse la violación de éstas, lógico resulta concluir el no quebrantamiento de aquéllos.

"Así las cosas, en opinión de esta Agencia Fiscal, el fallo apelado amerita ser revocado y, en su lugar, proferir, decisión denegando las súplicas impetradas en el libelo inicial." (folios 66 a 67).

Para resolver se

CONSIDERA

A. El asunto *sub-judice* llega al conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto por la entidad pública demandada y, así mismo, en grado de consulta al tenor de lo dispuesto por el art. 184 del C.C.A vigente, igual que por el art. 134 del antiguo (ley 167 de 1941). Dentro de esta doble perspectiva, pásase a analizar la base jurídica que, en esencia, sirvió al *a-quo* para proferir la sentencia que despachó favorablemente las peticiones de la parte actora.

B. La decisión ejecutora del Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla es, no cabe duda, un acto administrativo, atacado por la libelista por medio de la "acción de plena jurisdicción", hoy denominada, como se ha dicho, "de nulidad y restablecimiento del derecho". por lo tanto, siendo como es el objeto principal de la acción un acto administrativo, ha de examinarse si, como lo cree el Tribunal, quedó destruida la presunción de legalidad que lo protege. Según la sentencia recurrida, el acto demandado -el

que declaró la insubsistencia del nombramiento- fue emitido con la omisión de una formalidad previa señalada por la ley: el seguimiento de un proceso disciplinario en el que se le permitiese ser oída en descargos. Pero, no obstante el recurrente -entidad pública- reconoce que el motivo determinante del acto fue el error de la señora Caratt ya mencionado, es evidente que se trata de un acto administrativo que *carece* de motivación expresa, por lo cual ha de ser clasificado como *discrecional*, es decir, dictado en virtud de la competencia que las normas legales hayan otorgado al agente público dejándole en libertad de escoger el sentido y la oportunidad en que ha de ejercerla.

Como es sabido, toda competencia otorgada a un agente público ha sido dada en vista de un cierto fin, que puede ser más o menos preciso. El fin particular de la competencia puede resultar, ya del mismo texto de la ley, ya de la naturaleza misma de competencia , o sea, porque se deriva de ella lógicamente. De esta suerte, *el poder disciplinario*, por ejemplo, sólo puede servir para sancionar una falta de esa clase atribuida al funcionario, como el poder de policía sólo puede servir para asegurar el orden público y no para otros fines distintos. Mas, aparte del fin particular o especial que una competencia dada puede encerrar, hay siempre un límite más general que se impone a la Administración: el acto administrativo siempre ha de tener presente, en el fondo, una finalidad de carácter público: el interés general es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado. Lo contrario, la determinación guiada por un móvil distinto, como la venganza, el favoritismo, etc., constituye el tipo clásico de la denominada "desviación de poder", medio de anulación del acto administrativo que ha sido dictado con miras a un fin apartado de aquel querido por la ley.

C- Ha advertido la Sala que *el poder disciplinario* únicamente puede servir para sancionar una falta de esa clase. O en otras palabras, que un proceso disciplinario sólo puede iniciarse y proseguirse bajo el supuesto de que el empleado público haya incurrido en una conducta de este género. Por lo tanto, si el hecho o los hechos atribuidos al empleado público no engendran "falta disciplinaria" ni encuadran dentro de las conductas tenidas como tales, mal puede adelantarse el expediente del caso y mal puede decirse que la discrecionalidad del superior jerárquico se torne en *poder reglado*.

D- Por eso la tesis central de la entidad recurrente descansa en esta afirmación: como el error último de la actora, después de una serie de errores, no individualiza una conducta clasificada como disciplinaria, porque simplemente reveló la ineptitud de la empleada para el cabal desempeño de los deberes propios de su cargo, bien podía el Registrado de Instrumentos Públicos de Barranquilla tomar la medida administrativa que adoptó en aras del adecuado y óptimo servicio público, sin que por ello pueda tacharse el acto como violatorio de la ley y mucho menos una norma constitucional como es el art. 26 de la Carta en que se apoyó el *a-quo* para acceder a las pretensiones de la parte demandante.

E- La Sala comparte esas apreciaciones de recurrente. Sin un error como el cometido por la actora -y que ella no ha negado-, de tanta trascendencia en la eficacia del servicio público que presta la Oficina en que ella laboraba, a pesar de que se le había indicado cómo y dónde hacer la anotación, revela su inhabilidad, su incapacidad, su ineptitud para desempeñar tales tareas que le estaban asignadas. Por ese error no incumplió sus deberes ni incurrió en ninguna de las prohibiciones genéricas o especiales que le hubieran sido hechas. Fue en razón de la deficiente calidad de su trabajo, que bien podía su superior jerárquico hacer uso de su poder discrecional para separarla del servicio a través de la figura de la declaratoria de insubsistencia de nombramiento, sin que se perciba el menor intento de "camuflar" una medida disciplinaria haciéndola pasar por una medida meramente administrativa, como en realidad se tomó.

F. Habrá, pues que revocar la sentencia apelada y en lugar han de denegarse las súplicas de la parte actora.

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 2 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en este asunto y, en su lugar, deniéganse las peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de julio de 1990.

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

INSUBSISTENCIA- Procedencia/ DESTITUCION

Aun cuando la posibilidad de declarar insubsistencias se considera facultad discrecional porque no está sometida a requisitos ni condiciones, no puede utilizarse de modo arbitrario, sino ajustado a los fines para los cuales fue concedida. Significa que aun cuando no constituye sanción, siempre obedece a algún motivo que la Administración no está obligada a expresar en el acto en que la declara; y si lo manifiesta, esa manifestación no acarrea por sí sola vicio que invalide el acto, a menos de probarse que tal motivo no existió o no se ajusta a la verdad, puesto que así podría llegarse a la desviación de poder por parte del funcionario que inventa motivos o los desfigura para separar del servicio a un empleado sin tener en cuenta el fin primordial para el cual se concedió la facultad de nombrar y remover libremente. Los conceptos de "insubsistencia" y "destitución deben quedar suficientemente claros para evitar equívocos que conducen a derivar consecuencias no procedentes de uno y otro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

Bogotá, D.E., veintiseis (26) de julio de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente N^o.3088 Autoridades Nacionales.
Actor: Demasiano Murillo Marín.

Conoce la Sala en grado de consulta, de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de febrero de 1983, en el proceso iniciado por el señor Damasiano Murillo Marín.

ANTECEDENTES

El señor Damasiano Murillo Marín en ejercicio de la acción de plena jurisdicción solicitó al Tribunal la nulidad del acto mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Asistente Grado 10 Nivel B en el Instituto de Crédito Territorial, Agencia de Girardot, y pidió también el consiguiente restablecimiento del derecho.

El Tribunal accedió a las súplicas impetradas argumentando que, como la declaratoria de insubsistencia fue motivada en "mal comportamiento", es claro que lo que se persiguió con ella fue sancionar al señor Murillo con destitución omitiendo el debido proceso.

Entra la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata en verdad de una insubsistencia motivada en "mal comportamiento" del señor Damasiano Murillo Marín.

En consecuencia es preciso analizar si por haber expresado esa motivación el Instituto aplicó una sanción disciplinaria sin la observancia del debido proceso y por tanto se infringieron las disposiciones invocadas por el demandante.

La posibilidad de declarar insubsistencias es una facultad que la ley concede a la autoridad nominadora respecto a los empleados no protegidos por fuero alguno de estabilidad. En ningún caso constituye sanción disciplinaria, pero de dicha facultad ha de hacer uso la Administración con el fin único y exclusivo de mejorar el funcionamiento de la entidad y procurar el buen servicio.

Entonces, aun cuando se considera facultad discrecional porque no está sometida a requisitos ni condiciones, no puede utilizarse de modo arbitrario, sino ajustado a los fines para los cuales fue concedida.

Significa lo anterior, que aun cuando no constituye sanción, siempre obedece a algún motivo que la Administración no está obligada a expresar en el acto en que la declara; y si lo manifiesta, esa manifestación no acarrea por sí sola vicio que invalide el acto, a menos de probarse que tal motivo no existió o no se ajusta a la verdad, puesto que así podría llegarse a la desviación de poder por parte del funcionario que inventa motivos o los desfigura para

separar del servicio a un empleado, sin tener en cuenta el fin primordial para el cual se concedió la facultad de nombrar y remover libremente.

Los conceptos de "insubsistencia" y "destitución", deben quedar suficientemente claros para evitar equívocos que conducen a derivar consecuencias no procedentes de uno y otro.

La "insubsistencia" no constituye sanción, pero obviamente se recurre a ella cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa.

La "destitución" es una sanción disciplinaria que conlleva además inhabilidad temporal para el ejercicio de funciones públicas y por tanto debe adoptarse luego de la culminación de un proceso disciplinario previo.

La declaratoria de insubsistencia no impide el adelantamiento del proceso disciplinario pues éste se puede seguir aun cuando se haya producido el retiro del servicio.

Lo que resulta equivocado, por ser contrario a los fines legales, al espíritu de la ley, es concluir, distorsionando la figura de la "insubsistencia", que cuando obedece a causas que perturban el buen servicio y estas se invocan o se establecen, se vuelve destitución. Siguiendo este orden de ideas se llegaría al absurdo de considerar que solo los empleados intachables pueden ser declarados insubsistentes.

Sobre estas bases se analizará el caso de autos.

En el expediente a fls. 47 a 55 obra un memorando dirigido por el señor Jorge Enrique Bojacá, empleado del Instituto que realizó una visita a la Agencia de Girardot, al Director de la Oficina de Organización y Control, dando cuenta del resultado de tal visita. Este documento no fue controvertido ni tachado de falso por el demandante.

Relata ese documento dificultades en el funcionamiento de la Agencia de Girardot y describe hechos acaecidos el día 29 de mayo de 1980 en los cuales y en desarrollo de un evento deportivo organizado para el personal de la Agencia, se presentaron peleas y lesiones personales, siendo protagonista el actor, según su propia declaración, la cual puede leerse al folio 51.

Es obvio entonces que el mal comportamiento a que hace alusión la declaratoria de insubsistencia es el que tuvo en esa ocasión y en verdad no podría calificarse de bueno, comportamiento que acarreaba fricciones con los demás empleados, en desmedro de la buena marcha de la regional.

El actor no desmiente ni desvirtúa la ocurrencia de tales hechos ni su participación. Se limita a reclamar el derecho de defensa.

Pero resulta que la Administración no lo sancionó aunque hubiera podido hacerlo; simplemente lo declaró insubsistente, encontrando suficiente motivo para ello en ese comportamiento no controvertido ni desvirtuado.

Si la decisión adoptada hubiera sido la destitución que necesariamente conlleva inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, serían acertados sus argumentos porque tal sanción no puede aplicarse sin haber adelantado proceso disciplinario previo.

El simple retiro del servicio no significa sanción dado que éste se produce, según el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 por diferentes causas, entre las cuales aparecen tanto la insubsistencia como la destitución.

En resumen, no habiendo sido probado que la Administración hubiera obrado en este caso por razones contrarias o no ajustadas a la finalidad para la cual se le concedió la facultad de remover libremente, y de otra parte, no necesitándose proceso disciplinario previo pues no se impuso sanción, debe concluirse que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar y por tanto debe revocarse la sentencia consultada.

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 en todas sus partes la sentencia de 4 de febrero de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por el señor Damasiano Murillo Marín.

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 de 19 de Julio de 1990.-

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

INSUBSISTENCIA. PROCESO DISCIPLINARIO (Salvamento de Voto)

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, constituye una sanción impuesta por causa de faltas pero, sin haberle corrido traslado de cargos para oírle en descargos, ni haberse calificado la falta para la aplicación de la sanción, ni, en suma, haberse cumplido el previo procedimiento disciplinario obligado por los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973. Si la intención de la administración hubiera sido, simplemente la de ejercer por razones del servicio la facultad discrecional de separar al funcionario, no hubiera motivado el acto de la forma en que lo hizo o simplemente se hubiera limitado a aceptarle la renuncia presentada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Julio treinta (30) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N^o. 3088 Actor: Damasiano Murillo Marín.

Con el debido respeto me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de mis compañeros de la Corporación, por considerar que debió confirmarse la nulidad dispuesta por el Tribunal, atendiendo a las siguientes razones:

a) Está claramente demostrado que la declaración de insubsistencia del actor obedeció al mal comportamiento a él atribuido, pues, así lo expresa el acto de remoción tanto en su parte motiva como en la resolutive.

b) El "mal comportamiento" del actor consistió según puede leerse en el memorando contentivo de la investigación correspondiente (fls. 47 a 55), en que ante una eventual agresión al Director de la Agencia de Girardot, lanzó una botella que golpeó al presunto agresor y se enfrentó con éste propinándole un puñetazo.

A mi juicio no hay duda alguna sobre que dicho mal comportamiento ameritaba el adelantamiento de un proceso disciplinario.

Por ende, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor constituye una sanción impuesta por causa de tales faltas pero, sin haberle corrido traslado de cargos para oírlo en descargos, ni haberse calificado la falta para la aplicación de la sanción, ni, en suma, haberse cumplido el previo procedimiento disciplinario obligado por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, citados en la demanda como violados.

c) La torcida determinación adoptada por el ICT está manifiesta en los considerados del referido acto administrativo, (fls. 2, 3, 16 y 17) donde expresa que el demandante presentó renuncia el 27 de junio de 1980 sobre la cual no se tomó una decisión inmediata "por factores primordiales como son las de las necesidades del servicio, cargas de trabajo, y situación indefinida del cambio de régimen laboral presentado en el Instituto a nivel nacional "y que" el Director del Dpto de Relaciones Humanas Casa Principal en marconigrama No. 16568 de Julio 24/80 argumenta la imposibilidad de aceptar la renuncia del Sr. DAMASIANO MURILLO M., con fecha 27 de junio/80 en base a que existía una investigación de tipo disciplinario por hechos ocurrido el 29 de Mayo/80, y en consecuencia ordena proceder a declarar la insubsistencia del nombramiento del sr. DAMASIANO MURILLO MARIN, en forma inmediata."

Fluye de lo expresado, que la administración no tuvo la intención de ejercer su facultad discrecional, sino la de imponer una sanción disciplinaria mediante la insubsistencia, pues argumenta "la imposibilidad de aceptar la renuncia... en base a (sic) que existía una investigación de tipo disciplinario por hechos ocurridos el 29 de Mayo/80, y en consecuencia ordena proceder a declarar la insubsistencia del nombramiento del sr. DAMASIANO MURILLO MARIN, en forma inmediata." Investigación disciplinaria que había concluido apenas en su etapa preliminar (la verificación de los hechos) pero que aún estaba lejos de finalizar con la observancia del procedimiento y las garantías que las disposiciones legales citadas y el artículo 26 de la Constitución Política, tutelan.

Lo anterior permite concluir que si la intención de la administración hubiera sido simplemente la de ejercer por razones del servicio la facultad discrecional de separar al funcionario, no hubiera motivado el acto en la forma en que lo hizo o simplemente se hubiera limitado a aceptarle la renuncia presentada.

Joaquín Barreto Ruiz.

INSUBSISTENCIA. AUTO DE DETENCION

Para la Sala está fuera de toda lógica sostener que la circunstancia de haberse dictado un auto de detención contra un funcionario, inhiba a la administración de la facultad discrecional para separar libremente a sus empleados, cuando las necesidades y conveniencias así lo aconsejen, máxime cuando el funcionario del caso no esté amparado por ningún fuero de inamovilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente N°. 3053 Autoridades Departamentales

Actor: Dr. Amado Agudelo Cuartas. Demandados: Departamento de Antioquia y Municipio de Yarumal. Recurrente en apelación: Municipio de Yarumal.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Yarumal contra la sentencia de 8 de septiembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que parcialmente despachó en forma favorable las pretensiones de la demanda incoada por el doctor Amado Agudelo Cuartas, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, contra el Departamento de Antioquia y el Municipio de Yarumal.

La parte resolutive del folio cuestionado es del siguiente tenor:

"1o.- No prosperan la excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, ni la de falta de personería adjetiva por activa, propuestas por el apoderado del Municipio de Yarumal, por las razones expresadas en la parte motiva de este fallo.

"2o.- Declárase la nulidad del Decreto 746 de 16 de mayo de 1985, proferido por el Gobernador de Antioquia, mediante el cual se declaró insubsistente del cargo de Alcalde del Municipio de Yarumal al Dr. Amado Agudelo Cuartas.

"3o.- En consecuencia Amado Agudelo Cuartas será reintegrado al cargo del que fue separado, considerándose que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del mismo, para efecto del pago de sueldos y sobresueldos y prestaciones económicas surgidas de su vínculo laboral. Dichos pagos deben ajustarse a los factores de devaluación que se presentaron en cada anualidad, esto es, en los años de 1985, 1986 y 1987, respectivamente.

"4o.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5o.- El presente fallo afecta parcialmente en su condición de tercero al Municipio de Yarumal en lo relativo al sobresueldo que el Acuerdo Nro. 3 de enero 23 de 1984, estableció para los Alcaldes de esa localidad y que el actor dejó de percibir por haber sido declarado insubsistente por el Gobernador del Departamento.

"6o.- Igualmente afecta al Dr. William Araque en su condición de reemplazante del Actor en el cargo de Alcalde de Yarumal.

"7o.- Dese cumplimiento al artículo 176 del C. C. A." (folios 176 a 177).

SUSTENTACION DEL RECURSO.

El apoderado del Municipio de Yarumal ataca la sentencia apelada así:

"Errada Apreciación de la Desviación de Poder.

"Fácilmente llegó a la conclusión el H. Tribunal de que en el caso planteado había desviación de poder por parte del Gobernador del Departamento al expedir el acto acusado, bajo la premisa de un certificado sobre la existencia de un proceso penal con auto de detención contra el demandante AGUDELO y alrededor de ese hecho se analizan los testimonios de EDUARDO MORENO, OSCAR ARBOLEDA PALACIO y ALVARO VILLEGAS MORENO, pero ni siquiera se le

puso atención a la certificación de la Oficina de Personal de la Gobernación ni a la comunicación de la División de Gobiernos Locales de la Secretaría de Gobierno, sobre la no existencia en la hoja de vida de la tan referida certificación del Juzgado Penal Municipal de Yarumal.

"El movimiento regular de Alcaldes en nuestro país obedece a múltiples factores que habilitan a los gobernadores para prescindir de sus agentes cuando no convenga por cualquier motivo su permanencia en determinada localidad.- Si el Alcalde tiene problemas políticos o querellas personales con funcionarios de cualquier categoría, el Gobernador puede decretar la remoción o la insubsistencia, sin que en ningún momento pueda predicarse la desviación de poder.- Es en este ámbito de las Alcaldías en donde el Gobernador tiene mayor discrecionalidad y nadie osará decir que por buscar una conveniencia a los intereses de la colectividad, se esté violando la ley.

"Afirmar, como se afirma en el fallo recurrido, que la desvinculación de AMADO AGUDELO CUARTAS obedeció única y exclusivamente a la interferencia del Diputado EDUARDO MORENO, es ir más allá de la realidad.- Con ello se desconoce la discrecionalidad del Gobernador.- Aún en el evento de que la queja de MORENO hubiese servido para inclinar al Gobernador por la insubsistencia, este acto, por sí solo, no puede considerarse como una actitud lejana al buen servicio, sino todo lo contrario; con ello se buscaba la tranquilidad política y administrativa de Yarumal.- Cimentar en esto una desviación de poder es cometer una grave equivocación.

"La situación procesal del Municipio de Yarumal.

Desde un principio, al dar respuesta a la demanda, fuimos suficientemente claros al puntualizar la ausencia de responsabilidad del Municipio de Yarumal.

"Realmente si el Municipio no tuvo interferencia alguna en la expedición del acto acusado, tampoco puede ser condenado como lo hizo el Tribunal.- La acción de restablecimiento del derecho pende de dos condiciones o extremos, que la hacen peculiar y que la distinguen precisamente de la acción de reparación directa.- No basta que el particular haya sufrido un perjuicio derivado de un hecho o de un acto de la administración sino que es menester también q. de por medio exista una decisión administrativa de la cual puede decirse que es ilegal por ser contraria al orden jurídico.-

"Así entendida, la acción o restablecimiento del derecho propuesta por el demandante, para su éxito, cabalgaba sobre la oportunidad procesal que se tuviera para demostrar que una decisión administrativa ilegal le

ocasionó un perjuicio efectivo.- Esto podría estar claro con respecto al perjuicio aunque no estrictamente como se dijo antes, por parte del Departamento; y dependía además de la acreditación del vicio de nulidad que afectaba la medida en cuestión.- Es evidente que por lo que toca al Municipio de Yarumal, ninguno de sus órganos tomó decisión alguna, por lo que ni siquiera cabe cuestionar su validez.- Así, en ausencia, no solo de decisión afectada de nulidad, sino de toda decisión en absoluto, frente al Ente Municipal no se reunieron los dos requisitos propios y típicos para vincularlo en acción de restablecimiento del derecho, acción que tampoco puede interpretarse con los parámetros de la acción de reparación directa.

"Cuando propusimos las excepciones de inexistencia de la obligación y de falta de personería sustantiva de la parte demandada, no lo hicimos por el mero prurito de excepcionar sino con la convicción jurídica y racional de su existencia.- Se viene de ver la ausencia de causa para pedir una condenación al Municipio de Yarumal y en cuanto a la falta de personería adjetiva ya se vio al dar respuesta a la demanda que AMADO AGUDELO CUARTAS solamente confirió poder para demandar al Departamento de Antioquia.-

"Inocua apareció esta excepción para el H. Tribunal en cuyo fallo se desconocen los principios rectores de la intervención de terceros en el pleito.- Se dice que el Tribunal sin necesidad de demanda pudo haber citado al juicio al Municipio de Yarumal y con esta frágil frase se condena al Ente.- Ni el Código de enjuiciamiento civil ni el Código Contencioso Administrativo permiten llegar a la conclusión acogida por el Tribunal.- Basta leer desprevenidamente los artículos 50 a 58 del Código de Procedimiento Civil, 146, inciso tercero, y 207 del Código Contencioso Administrativo.- Solamente se permite dar aplicación a los primeros en las acciones de reparación directa y cumplimiento y en las relativas a contratos.- La citación de terceros al proceso administrativo está limitada a particulares.- Ningún ente territorial puede ser citado como tercero, necesariamente debe ser demandado (Artículo 207, numeral 2).-

"Indexación.

"Al ordenar el pago de lo dejado de devengar por el demandante durante el período de su cesantía, el Tribunal ordenó reajustarlo de acuerdo a la corrección monetaria, estableciendo con ello una doble indemnización que no se compadece con al equidad y la justicia y creando un ajuste de valores no permitido por el Código Contencioso el cual solamente autoriza esta clase de incremento tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.

"Como ya parece está haciendo carrera la tesis de la indexación en los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, es conveniente puntualizar los diferentes aspectos de su incidencia, para que el H. Consejo de Estado tenga oportunidad de sentar doctrina al respecto.

"No es aceptable este sistema en esta clase de acciones por que en el evento de un fallo favorable al actor, como es el caso que nos ocupa, el pago de los sueldos se hace con todos los aumentos efectuados al cargo hasta la fecha de reintegro, quedando actualizados los dineros en favor de esos mismos incrementos. El ajuste de valor permitido por el artículo 178 del Decreto 01 de 1984, no puede referirse a las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral donde se opere el reintegro al cargo y se condene al pago de los sueldos, primas, bonificaciones, etc., dejados de percibir, porque ello equivaldría a colocar en situaciones de privilegios al empleado reintegrado, quien por el período comprendido entra la desvinculación y el reintegro recibiría una remuneración mayor a la recibida por el empleado que efectivamente laboró.

"Por lo novedoso, la indexación ha sido tomada con extremado cuidado y estudio por la doctrina. Así, por ejemplo la Sala Laboral de la Corte Suprema en sentencia del 7 de Mayo del año en curso, dijo:

"En esta oportunidad la Sala considera, sin embargo, que la corrección monetaria en obligaciones de origen laboral no se da no sólo por lo antes afirmado en el fallo de 11 de Abril del presente año que se acaba de citar, sino también porque a la misma conclusión se llega teniendo en cuenta que la propia ley laboral se ha ocupado de reconocer la compensación de perjuicios en los casos de mora en el pago de salarios, pensiones, prestaciones sociales e indemnizaciones de trabajadores oficiales, pues, DE ACUERDO CON LA MODERNA DOCTRINA SOBRE INDEXACION Y CON EL BUEN SENTIDO DE ELLA NO PROCEDE SOBRE CONCEPTOS QUE YA RECIBEN EL BENEFICIO DE REAJUSTE AUTOMATICO Y REGULAR EN RELACIÓN CON EL COSTO DE LA VIDA".

"..... no es de recibo hablar de la indexación como resarcimiento adicional de la indemnización, que será algo así como hablar de intereses, o una especie de extravagante anatocismo indemnizatorio".

"El ajuste monetario, ya lo hemos dicho, se impone únicamente cuando el peso no mantiene intangible el valor de cambio en el período que transcurre entre el momento en que surge la deuda u obligación y su pago efectivo.

"Sirvan las anteriores consideraciones no solamente como sustentación del recurso de apelación interpuesto, sino también concluir solicitando desde ahora al H. Consejo de Estado la REVOCATORIA del fallo impugnado y por vía de subsidio la REVOCATORIA de la condena impuesta al Municipio de Yarumal."(folios 182 a 185).

ALEGATOS DE CONCLUSION.

1. *De la parte actora.*

Expresa:

"Solicito a la H. Corporación confirmar la sentencia proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el 8 de septiembre de 1987, toda vez que las conclusiones del fallador estuvieron ajustadas a los presupuestos fácticos y al acervo probatorio desarrollado en el proceso, más aún, en honor a la verdad procesal y al derecho positivo contencioso administrativo, procedan además de las condenas efectuadas por el H. Tribunal contra el Departamento de Antioquia y el Municipio de Yarumal, también, el pago de los perjuicios morales y el reintegro eventual a otro cargo de igual o superior categoría por las siguientes razones:

"1 Considera el H. Tribunal Administrativo de Antioquia que no obstante proceder el pago de los perjuicios morales en estos procesos, en el presente evento la condena no se efectuó por cuanto "el perjuicio moral no fue planteado como hecho de la demanda sino una petición aislada y de paso no se acreditó". Sin embargo, el hecho 12 del libelo introductor desmiente con creces esta aseveración. Así mismo, los diversos testimonios que obran en el proceso dan cuenta del gran aprecio que gozaba el demandante dentro de la comunidad local y regional y, el estigma que los motivos de su desvinculación significaba y los perjuicios que esta situación acarrea-

"2 Igualmente, debe complementarse la declaración del Tribunal en el sentido de ordenar el reintegro no solamente al cargo del que fue separado, sino también la condena debe expresar, tal como se solicitaron las pretensiones de la demanda, que el reintegro podrá efectuarse también a uno de igual o superior categoría y remuneración, por las razones que expondremos en el párrafo siguiente:

"El Acto Legislativo Nro. 1 de 1986, estableció la Elección Popular de Alcaldes. Esta se efectuó por primera vez en Colombia el 13 de marzo de 1988, y la posesión de los elegidos por primera vez se efectuó el 1o. de junio de este mismo año. Es bien sabido que los funcionarios públicos

son reubicados dentro de la Administración Departamental en el evento de acontecer un hecho como los aquí señalados y evidentemente esto fue lo que sucedió con las personas que en el Departamento de Antioquia venían desempeñándose como Alcaldes.

"Por tal razón para no enervar los derechos de mi patrocinado, debe complementarse la condena, ordenando el reintegro también, a un cargo de igual o superior categoría al desempeñado por el señor Agudelo Cuartas." (folios 194 a 195.).

2 - Del apoderado del Departamento de Antioquia.

Es del siguiente tenor:

"El demandante fundamenta sus peticiones alegando que al estar al frente de la Administración Municipal de Yarumal, sin motivo válido de ninguna naturaleza fue declarado insubsistente por el Señor Gobernador de Antioquia el día 6 de Mayo de 1985 mediante el Decreto 746 de la misma fecha, nombrando en su reemplazo al Doctor William de J. Araque Montoya. La determinación del mandatario seccional la interpreta el demandante como un acto temerario y precipitado al hacerle caso al Señor Eduardo Moreno, Diputado de la H. Asamblea de Antioquia, el cual hizo llegar al Despacho del Gobernador una certificación expedida por el Juzgado 2 Penal Municipal de Yarumal donde constaba la existencia de un proceso penal por el delito de lesiones personales en contra del doctor Amado Agudelo Cuartas.

"Textualmente afirma el apoderado del Actor:

"La susodicha certificación la obtuvo el Diputado Moreno con una presteza extraordinaria, aprovechando la presencia de su amigo Carlos Mario Martínez en calidad de Personero y Representante del Ministerio Público encargado del Municipio de Yarumal y a pesar de la distancia y circunstancias especiales que rodean estas actuaciones, el documento, al parecer, fue expedido y allegado a la hoja de Amado Agudelo el mismo día, constituyéndose así en la falsa motivación determinante de la expedición del Acto por parte del señor Gobernador, ya que según sus propias palabras "no podía mantener en el puesto de Alcalde a quien tenía un auto de detención"...".

"No obstante, de los elementos allegados al expediente, fundamentalmente de la prueba testimonial de ninguna manera puede inferirse la evidencia de que el Acto Administrativo es incorrecto y perseguía fines indebidos. Y ni que decir de la prueba documental ya que a folio 136 fte., se establece como lo de la hoja de vida descalificada

con una certificación del Juzgado 2 Penal Municipal de Yarumal solo existe en la cabeza del demandante.

Si la desviación de poder en un vicio que afecta la presunción de legalidad, sabido es que corresponde al perjudicado, al doctor Amado Agudelo Cuartas en el caso que nos ocupa, demostrar con generosidad el fin o los fines extraños al interés general para satisfacer únicamente intereses personales, llámense profesionales, religiosos o políticos.

La inconstancia de las afirmaciones hechas por la parte demandante no encuentran ningún apoyo en los testimonios allegados y por el contrario contrastan notoriamente con el juicio de todos los actos de gobierno que se sucedieron en la Administración del Gobernador Vásquez Restrepo. Por lo que resulta evidente lo gratuito de la información en el sentido de que el motivo principal por el cual fue declarado insubsistente el Actor, fue el de la existencia de un auto de detención por un presunto delito de lesiones personales, que luego fue revocado omitiéndose flagrantemente el procedimiento disciplinario que debe seguirse cuando a un funcionario se le imputa una falta grave, como sería en este caso la de la comisión de un delito que genera además sanciones entre ellas la destitución del cargo.

"Pero la verdad es que ninguna de las dos situaciones es la que nos ocupa en el *sub-judice* constituyéndose solo en un sofisma de distracción para endilgar responsabilidad pecuniaria al Departamento y entorpecer la discrecionalidad que es inherente a los actos del gobernante en aras de una eficiente y ágil administración.

"Es muy claro que la voluntad del nominador en ejercicio de sus facultades era la desvinculación de un funcionario a través de una insubsistencia y en obediencia a normas legales y a referencias jurisprudenciales plenamente aceptadas e indiscutibles.

"De ahí que no deba prosperar la pretensión del demandante y que resulte discutible el fallo proferido por el H. Tribunal Administrativo pues da por consumada la desviación de poder aceptando de paso que el acto se dictó por razones diferentes al buen servicio y sin que correspondiera a la realidad de los hechos propiciando la falsa motivación. Lo anterior, lamentablemente, sin la fuerza probatoria requerida y contraviniendo la lección elemental de que el Acto Administrativo solo estaría viciado por desviación de poder cuando va contra el fin que la ley ha prefijado al otorgar la competencia respectiva del órgano.

"Aceptar lo contrario simplemente sería afirmar de acuerdo a la legislación vigente en el momento de proferir el Acto que el funcionario declarado insubsistente no era de aquellos cuya estabilidad laboral

dependía del poder discrecional del Gobernador con total independencia de los motivos que lo asistieran para tomar la decisión.

"Es por lo que reitero mi solicitud para que se revoque el fallo del primer grado y en su lugar se desestimen integras las pretensiones de la demanda." (folios 197 a 199).

CONCEPTO FISCAL.

Emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, señala:

"Estima la Fiscalía que el fallo recurrido debe ser revocado y, en su lugar, proferir decisión denegando las súplicas de la demanda, en razón de que, antes de beneficiar al actor la circunstancia de que en el proceso se hubiera acreditado que el motivo de su insubsistencia obedeció al conocimiento que tuvo el nominador relacionado con el auto de detención con beneficio de excarcelación que cursaba en su contra por el delito de lesiones personales, sirva de soporte fáctico al acto acusado para llegar a concluir que la referida remoción sí se originó, efectivamente, por razones del buen servicio, en virtud de que no conviene, desde ningún punto de vista, mantener en la dirección de un municipio a personas contra las cuales hay graves indicios que han cometido delitos de la magnitud de las lesiones personales dolosas.

"Por otro lado cabe destacar que el actor era empleado de libre nombramiento y remoción, no amparado por fuero alguno que ofreciera estabilidad en su cargo, razón por la cual podía ser removido del mismo por el nominador en uso de la facultad discrecional. No habiéndose probado la falsa motivación alegada, el acto atacado permanece incólume en su presunción de legalidad, razón por la cual opina la Fiscalía que deben despacharse desfavorablemente las súplicas impetradas en el libelo inicial.

"Otro sería nuestro concepto si, por razón del auto de detención se hubiese decretado la suspensión del empleado en el ejercicio de sus funciones: pues en esta hipótesis si, desaparecida la causa de la suspensión procedería el restablecimiento del derecho mediante el reintegro al cargo."- (folios 201 a 202).

Para resolver se,

CONSIDERA:

Quepa anotar, primeramente, que la Sala conoce de este asunto, tanto en virtud de la apelación interpuesta por el Municipio de Yarumal como se

ha dicho, como en grado de consulta a los términos del art. 184 del C. C. A., por cuanto la sentencia de 8 de septiembre de 1987 versa sobre liquidación de condenas en abstracto que imponen obligaciones a cargo de dos entidades públicas, una de las cuales -el Departamento de Antioquia- no recurrió. En consecuencia, en cuanto al mencionado grado concierne, ha de entenderse interpuesto a favor de tales entidades.

Juzgose, pues, por el *a-quo*, un acto administrativo emanado de la Gobernación de Antioquia en ejercicio de la facultad discrecional que en aquella época tenía (arts. 194-2, 201, de la Constitución Política), por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento del hoy demandante como Alcalde y se designa su reemplazo. Carece de motivación expresa, aunque aparece demostrado que la declaratoria de insubsistencia en cuestión obedeció a un auto de detención con beneficio de excarcelación que se había dictado en su contra por el delito de lesiones personales dolosas, como bien lo hace ver el Tribunal, lo que le sirve de soporte para concluir que adolece de desviación de poder porque el verdadero motivo de la expedición del acto no fue la mejora del servicio, sino "el auto de detención preventiva dictado contra el demandante", por lo cual hubo falsa motivación.

En este punto, asiste plena razón al representante legal del Departamento en su alegato de fondo cursado en la primera instancia y al señor agente del Ministerio Público ante el Consejo, en cuanto sostienen que pese a que el auto de detención sirvió de soporte fáctico al decreto enjuiciado, permite ver que éste fue expedido atendiendo el buen servicio, porque no conviene, desde ningún punto de vista, mantener en la dirección de un municipio a personas contra las cuales hay graves indicios de que han cometido delitos de la magnitud de lesiones personales dolosas." Es más, para la Sala está fuera de toda lógica sostener que la circunstancia de haberse dictado un auto de detención contra un funcionario, inhiba a la administración de la facultad discrecional para separar libremente a sus empleados, cuando las necesidades y conveniencias así lo aconsejan, máxime cuando el funcionario del caso no esté amparado por ningún fuero de inamovilidad.

Por manera que sea peregrino ver que haya falsa motivación que vicie el acto administrativo por el hecho de que se haya dictado un auto de detención contra el funcionario, porque se presume que el acto discrecional fue el recto criterio del buen servicio el que tuvo de presente el nominador para proferirlo. Si ni aún la existencia de una investigación disciplinaria - de menor jerarquía que la de tipo penal- enerva la prerrogativa de la autoridad para remover libremente a sus agentes o subalternos (sents. exps 22 de septiembre de 1984 y 9 de julio de 1985, exps. 6061, 6108, 6010, 7775 y de 6 de octubre de 1989, exps. 1008), con más veras ha de denegarse un carácter de obstáculo frente a esa facultad, la circunstancia de proceso penal.

De esta suerte, manteniéndose incólume la presunción de legalidad del acto acusado, imponiéndose, por ende, la revocatoria de la sentencia recurrida, se abstiene la Sala de analizar los otros aspectos de que se ocupó el Tribunal en los párrafos considerativos de ella y que se cuestionó también el recurrente.

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 8 de septiembre de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este asunto y, en su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de julio de 1990.

Clara Forero de Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker; Joaquín Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna.

CALIFICACION DE SERVICIOS. ACTO DE TRAMITE

La calificación que se impugna es insatisfactoria y tratándose de un empleado se concluye que el acto que la contiene es de trámite, que debe culminar con la expedición del acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año, según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado y se trate de la primera o la segunda calificación insatisfactoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda-SALA DE DECISION

Bogotá, D.E., Agosto primero (1) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N°. 4528 Autoridades Nales. Actor: Jaime Augusto Peñuela Quiroga

Se procede a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 13 de octubre de 1989, proferido por el Consejero Ponente, mediante el cual no se le dio curso a la demandante.

ANTECEDENTES.

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho el señor Jaime Augusto Peñuela Quiroga solicita la nulidad de la Resolución No. 002 de 22 de mayo de 1989 y la providencia de 19 de junio del mismo año, expedidas por la Juez Treinta y Dos Civil Municipal de

Bogotá, mediante las cuales se calificaron los servicios del demandante con un total de cincuenta (50) puntos, vale decir, con una nota insatisfactoria.

A título de restablecimiento del derecho se pide que se ordene que el Procurador Regional de Bogotá designe el Juez de esta ciudad que en reemplazo de la Juez 32 Civil Municipal efectúe la calificación de los servicios del accionante "que debían llevarse a cabo en los meses de abril y mayo de 1989" (fl. 24).

Llegado el momento de decidir sobre la admisión de la demanda, el Consejero Ponente mediante la providencia impugnada la inadmitió por cuanto consideró que los actos acusados son de trámite, toda vez que la calificación de los servicios de empleados y funcionarios inscritos en la carrera judicial tiene por fin los señalados en el artículo 44 del Decreto 052 de 1987.

Por consiguiente, teniendo en cuenta además que son actos definitivos los que deciden directamente el fondo del asunto, y de conformidad con el inciso 5o. del artículo 84 del C. C. A. que preceptúa que "La acción de nulidad procede solamente contra 'los actos de carácter definitivo' y contra los de trámite en forma excepcional, en los casos de los artículos 50, 88 y 153" (fl. 30), se dispuso que no era del caso transitar la demanda.

Contra la mencionada providencia se ha interpuesto el recurso de súplica argumentándose que "Si fuera válido que la calificación anual de servicios es de trámite porque tiene una finalidad, como lo subraya el auto suplicado, habría necesidad de concluir que siempre que la Ley establezca alguna finalidad en la actuación de la administración tales actos serían de trámite." (fl. 31).

Agrega el recurrente que:

"El acto de trámite es el que posibilita la expedición de uno definitivo. Por sí mismo no decide nada.

Se tiene, entonces, que la calificación anual insatisfactoria, como la impugnada, por sí misma, sí produce efectos jurídicos que afectan derechos del calificado como que le cambian su status o condición jurídica o situación concreta de estar escalafonado a la de quedar suspendido en el escalafón por el término de un año, finalidad no contemplada en la norma que transcribe el auto suplicado, según las voces del artículo 51 del mismo Decreto.

No nos podemos imaginar que un empleado judicial ESCALAFONADO, que sea calificado ilegalmente en forma INSATISFACTORIA y por ende, PIERDA las prerrogativas del escalafón, lo cual se traduce en que puede ser removido libremente, para él no sea definitivo que perdió sus derechos, así sea transitoriamente,..." (fls. 31 a 32).

Así mismo considera que no puede aceptarse que la calificación de un funcionario inscrito en la carrera judicial sea un acto de trámite porque "la calificación anual una vez expedida agota la competencia de calificación del año correspondiente, impide continuarla, porque no tiene continuación, ya que, a partir del día siguiente, se estará frente al trámite o inicio del proceso calificadorio del año que sigue." "...se agota la competencia para la calificación anual" (fl. 32), por lo cual, mínimo debe considerarse como un acto de trámite que le pone fin a una actuación lo cual explica "bien a las claras, por qué razón el acto calificadorio debe notificarse PERSONALMENTE, o por CORREO CERTIFICADO, para que se puedan interponer los recursos que la Ley establece, según los artículos 52 y 36." (fl. 32).

CONSIDERACIONES

La administración expresa su voluntad la mayoría de las veces mediante declaraciones que se formulan siguiendo determinados procedimientos, constituidos por una serie de actos u operaciones. Pero en otras ocasiones el acto se profiere directamente sin trámite previo, constituyendo en algunos casos una manifestación esencial de la voluntad administrativa que produce el efecto jurídico pretendido por la ley, surgiendo así como un acto principal que no requiere actos preparatorios que son aquellos que se dictan para ser posible el acto principal ulterior. Son pues, antecedentes necesarios de éste.

Efectuados las anteriores precisiones, se procede a analizar el acto de calificación de los servicios del accionante.

Para ello se requiere tener en cuenta lo siguiente:

Aunque el artículo 44 del Decreto 052 de 1987, señala que la calificación de servicios de los empleados de la Rama Jurisdiccional tiene por fin determinar el ingreso, la permanencia o el retiro del servicio y del escalafón de la carrera, así como la participación y, por último, el otorgamiento de becas y estímulos, la Sala considera pertinente distinguir cuáles de dichos fines deben ser consecuencia necesaria de la calificación de servicios y cuales son meramente eventuales, en orden a establecer en qué casos dicha calificación es un acto definitivo y cuando es de trámite.

Para el efecto es pertinente observar que dentro de los fines enumerados en el referido artículo 44, hay unos que necesariamente deben producirse como consecuencia de las calificaciones; son ellos los que tocan con el ingreso, permanencia o retiro del servicio o del escalafón. Hay otros que pueden llegar a darse, como son la participación en los cursos y concursos de ascenso y en programas de capacitación y el otorgamiento de becas y estímulos.

Para la Sala es claro que la eventualidad que caracteriza a estos últimos fines, los despoja de la posibilidad de tener relevancia jurídica para determinar con base en ellos si la calificación de servicios es un acto de trámite o definitivo, ya que una de las características de los actos preparatorios o de trámite es el hacer parte de una secuencia que debe culminar con la expedición del acto definitivo, so pena de quedar trunca la actuación administrativa.

Ahora bien, respecto de los fines que conforman el primer grupo, deben analizarse los efectos de la calificación de servicios según se trate de un funcionario o empleado de la Rama en período de prueba o escalafonado en la carrera judicial, así:

a) *Funcionario o empleado en período de prueba*: Si las calificaciones de servicios son satisfactorias, la actuación culmina con su nombramiento en propiedad (art. 34 Decreto 052/87), de donde se infiere que las calificaciones de servicio son actos de trámite.

Si las calificaciones de servicios son insatisfactorias, la actuación culmina con declaratoria de insubsistencia motivada (art. 35 *ibídem*), lo cual conduce a igual conclusión: que las calificaciones son de trámite.

b) *Funcionario o empleado escalafonado*: Si la calificación de servicios es satisfactoria, la persona continúa en el servicio y en el escalafón, sin necesidad de acto que así lo disponga; luego en este caso el acto es definitivo.

Si una calificación es insatisfactoria, da lugar a la suspensión en el escalafón por el término de un año, con pérdida de las prerrogativas del mismo, suspensión que es decretada por la Dirección Nacional de la Carrera Judicial según el Acuerdo 029 de 1989 proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Tal circunstancia hace que en este caso la calificación de servicio sea un acto de trámite (art. 51, inciso primero, *ibídem*).

La segunda calificación insatisfactoria, *tratándose de empleado*, da lugar a la insubsistencia del nombramiento; luego el acto es de trámite.

Pero, *tratándose de funcionario*, no será reelegido, de donde se deduce que la calificación es un acto definitivo (inciso segundo *ibídem*).

Entonces, en el presente asunto como la calificación que se impugna es insatisfactoria y se trata de un empleado, con base en lo anterior se concluye que, el acto que la contiene es de trámite, que debe culminar con la expedición del acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año, según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado y se trate de la primera o la segunda calificación insatisfactoria.

Consecuentemente, la Sala confirmará el auto suplicado advirtiéndole que los anexos de la demanda deben ser devueltos sin necesidad de desglose.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

- 1o. CONFIRMASE el auto suplicado.
- 2o. Devuélvase los anexos sin necesidad de desglose.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

CESANTIA - Reconocimiento. SENTENCIA

Carecía de competencia el Gerente del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño para deducir sumas diferentes interpretando a su manera la sentencia del Tribunal y modificando la parte resolutive de la misma. Al hacerlo infringió el ordenamiento jurídico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.C., seis (6) de Agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejera Ponente : *Doctora Clara Forero De Castro*

Referencia: Expediente N°.4687 Autoridades Departamentales.

Actora: Hermila Ortega de Narváez

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia de 1° de Septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES:

Ante el Tribunal Administrativo de Nariño la señora Hermila Ortega de Narváez, solicitó mediante apoderado la nulidad de la Resolución No. 968 de 6 de octubre de 1988, por la cual el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño reconoció y ordenó pagarle cesantía

parcial por valor de \$124.374.34, disponiendo a su vez descontar de esa suma \$24.374.34 por concepto de avance de cesantía pagado anteriormente, para cancelar únicamente la suma de \$100.000.00 m/cte.

A manera de restablecimiento del derecho pidió condenar al Fondo demandado a pagar el valor íntegro de la cesantía parcial a que tiene derecho, teniendo en cuenta el tiempo servido, multiplicado por el salario promedio últimamente devengado, deduciendo únicamente los avances de cesantía, como lo ordenó el Tribunal en sentencia de 27 de julio de 1988.

Los hechos en que se fundamenta la demanda pueden resumirse así:

1°. El acto acusado se expidió en cumplimiento de la sentencia de 27 de julio de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que dispuso en la parte resolutive lo siguiente:

"Es nulo el acto tácito por el cual el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, niega por silencio administrativo el reconocimiento y pago de la CESANTIA PARCIAL interpuesta por la demandante HERMILA ORTEGA DE NARVAEZ.

Como consecuencia de la nulidad que se declara, el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, pagará a la demandante HERMILA ORTEGA DE NARVAEZ, su CESANTIA PARCIAL de conformidad a los elementos de juicio que cursan en la demanda y en los antecedentes administrativos." (fls. 45 y 46).

2°. De acuerdo a concepto emitido por la Oficina Jurídica del Fondo, esta entidad interpretó la sentencia en el sentido de haber condenado a pagar la suma de \$100.000 por concepto de cesantía parcial, dado que en dicha cantidad fijó el demandante el monto de la cuantía del asunto.

3°. La educadora solicitó la prestación para invertirla en su vivienda, y no se ve por qué sólo se autorizó la suma de \$100.000.00.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal encontró que tanto el asesor jurídico como el Gerente del Fondo habían interpretado erróneamente su fallo entorpeciendo en esta forma la correcta gestión administrativa referente al reclamo de la prestación demandada. Que no se concibe cómo para eludir el cumplimiento de un fallo se confunda la cuantía para determinar la instancia, con la cuantía del contrato celebrado entre Hermila Ortega de Narváez y el señor José Esaú Ordoñez Bolaños, base para la liquidación de la cesantía parcial, contrato que suscribió por la suma de \$1.600.000.00.

En consecuencia, declaró nula la resolución acusada y ordenó pagarle a la actora la suma de 1.167.537.50, liquidada por el Fondo en dicha resolución, descontando únicamente la cantidad de \$24.374.34 por concepto de avance de cesantía ya pagado mediante resolución No. 1150 de 19 de octubre de 1976.

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Quinto de la Corporación estima que con la resolución impugnada se quebrantaron los preceptos citados en el libelo, y que consagran el derecho del empleado oficial a percibir auxilio de cesantía. por tanto solicita confirmación para el fallo del Tribunal.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la Resolución No. 968 de 6 de octubre de 1988, por la cual el Gerente del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño pretendió dar cumplimiento a la sentencia de 27 de julio de 1988 expedida por el Tribunal Administrativo de Nariño, se ajusta a derecho.

Las sentencias proferidas por esta jurisdicción son de obligatorio cumplimiento para la Administración, y no le es permitido a la entidad administrativa obligada, desconocer lo ordenado en la parte resolutive so pretexto de una interpretación de la demanda que no le corresponde en manera alguna.

En el caso presente es claro que el Fondo Prestacional demandado fue condenado por el Tribunal Administrativo de Nariño en sentencia de 27 de julio de 1988, a reconocer y pagar cesantía parcial a la actora, de conformidad con los elementos de juicio aportados al proceso.

Ciertamente que, sentencias redactadas con tal imprecisión son las que dan lugar a conductas equívocas de la Administración; pero de esa imprecisión tampoco se desprende lo afirmado por el Fondo en la Resolución acusada, es decir, que el Tribunal hubiera ordenado reconocer cesantía parcial por la suma de \$100.000.00.

Tampoco le estaba permitido al Fondo, so pretexto de encontrar errónea la determinación de la cuantía hecha por la actora, decidir por sí y ante sí que no reconocería la presentación a la que se refería el fallo, en suma superior a la indicada como cuantía del asunto.

Ahora bien, resultan bastante fuera de lugar los argumentos esgrimidos por la apoderada del Fondo al contestar la demanda, cuando pretende que la resolución acusada no está "legalizada" ni "ejecutoriada", por falta de la firma del Secretario General del Fondo, cuando dicho acto fue notificado por la entidad a la interesada el 3 de noviembre de 1988.

El incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos no puede perjudicar a los administrados ni esgrimirse como eximente de responsabilidad.

Por otra parte, si el mismo Fondo liquidó la cesantía parcial a la actora conforme a las normas legales, ascendiendo esa liquidación a la suma de \$1'167.537.50, y el contrato celebrado por ella para la reparación de su vivienda tenía un valor de 1.600.000.00, siendo éste el que indicaba el límite de la cesantía parcial, ha debido reconocérsele la suma liquidada deduciendo de ella, claro está, el valor de las cesantías parciales ya pagadas.

Carecía de competencia el Gerente del Fondo para deducir sumas diferentes interpretando a su manera la sentencia del Tribunal y modificando la parte resolutive de la misma. Y al hacerlo infringió el ordenamiento jurídico citado.-

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto Fiscal, administrativo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño del día 1º de Septiembre de 1989, dentro del proceso iniciado por Hermila Ortega de Narváez.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 27 de julio de 1990.

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

**SINDICATO. JUNTA DIRECTIVA NACIONAL - Elección.
MINISTERIO DE TRABAJO. COMPETENCIA**

Los delegados por Medellín, que asistieron a la Asamblea Nacional de Delegados no fueron elegidos por la Asamblea Seccional de los afiliados al sindicato de Sintratextil, y por ende su designación no se ajustó a lo previsto en las normas legales, ni a lo dispuesto en los estatutos de Sintratextil. Hubo también falta de competencia de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social, pues tratándose de un sindicato de carácter nacional, la inscripción de la Junta Directiva correspondía al Jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo.

SE DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones números 0236 de 9 de julio de 1982, 0341 de 12 de septiembre de 1983 y 00662 de 24 de noviembre del mismo año, proferidas por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente N°. 1422 Reconstrucción - Unica Instancia
Actor : *Antonio Agudelo Ledesma*

El ciudadano Antonio Agudelo Ledesma, mayor y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demanda la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 236 de 9 de julio de 1982 y sus confirmatorias: las números 0341 de 12 de septiembre de 1983 y 0662 de 24 de noviembre del mismo año, proferidas por la División de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales se ordenó la inscripción en el Registro Sindical de la Junta Directiva Nacional de la Organización Sindical de primer grado y de la industria denominada Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia - SINTRA TEXTIL- y se denegaron los recursos interpuestos contra esa decisión administrativa.

Expone como fundamento de su pretensión (Fols. 1 a 4), los siguientes hechos:

1) Mediante una adulteración de los estatutos del Sindicato mencionado se alteró el sentido de la forma de elección de los dignatarios a la Asamblea Nacional de Delegados, consagrada en el artículo 11 de tales estatutos pues se cambió el prenombre "ESTOS" que se refería a los afiliados adscritos a la Junta Directiva Nacional del Sindicato, que figura en la parte final de la norma, por el de "ESTA" que hace referencia a la Junta Directiva Nacional, con lo cual la elección de los delegados de la Asamblea Nacional de Delegatarios que los estatutos confieren a aquellos, pasó a la Junta Directiva Nacional del Sindicato, institucionalizándose "una costumbre contra legem, atentatoria del principio de la democracia sindical, pues comporta la (ilegible) de un sistema diferente de elección que no garantiza el debido derecho de representación cual es el espíritu del art. 387 del C. S. del T." (fol. 2 cdno. ppal.).

2) Con base en la señalada adulteración de la Junta Directiva Nacional de Sintratextil designó a los delegados que debían asistir por la ciudad de Medellín a la Asamblea General de Delegatarios a celebrarse en Medellín el 12 y 13 de junio de 1982, sin tener en cuenta a los afiliados reunidos en Asamblea General Seccional.

3) "Es así como en la Asamblea General de Delegatarios de 12 de junio de 1982, aparece designando los 15 delegados siguientes por la ciudad de Medellín: Aura Morales, Amanda Carmona, Orlando Marín, Gustavo Builes V., César A. Mena, Carlos Vargas C., Samuel Cardona, Arturo Campuzano, Oliver Lara, Heriberto Zapata, Jaime Montoya, Abraham Ospina, Julio C. Calderón, Hugo Acosta y José Noé Castañeda." (Fols. 2 a 3), por lo tanto, "los afiliados al sindicato que laboran en Medellín y concretamente en: Tejicóndor, Coltejer, Trenzados Medellín, Textiles Prisma Ltda., etc., vieron cercenado su derecho de elegir y ser elegidos, quedando por tanto, privados de su debida representación en la Asamblea General de Delegatarios de 12 y 13 de Junio de 1982." (Fol. 3 cdno. ppal.).

4) La Asamblea Nacional de Delegatarios reunida en Medellín los días 12 y 13 de junio de 1982, eligió una nueva Junta Directiva Nacional, observándose "entonces que varios de los delegados designados por la Junta Directiva Nacional, resultaron elegidos para la misma Junta Directiva Nacional en un curioso sistema de 'cooptación' que le permite al sindicato amañar todo tipo de elección y darse la Junta Directiva que desee a despecho o con sacrificio del legítimo derecho de representación del resto de sus afiliados." (Fol. 3).

5) "La Junta Directiva Nacional anotada, fue inscrita mediante Resolución No. 0236 de 9 de julio de 1982 contra la cual la Sociedad Tejidos El Cóndor, S.A. interpuso los recursos de reposición y apelación que le fueron negados mediante las resoluciones 0341 de 12 de septiembre de 1983 y 0662 de 24 de noviembre del mismo año." (Fol. 3)

6) La Resolución No. 226 de 1982 fue falsamente motivada porque se profirió sin que el Ministerio de Trabajo verificara, entre otras cosas, si se garantizó o no el derecho de representación de los afiliados, sin comprobar la celebración de las Asambleas Seccionales, y con fundamento "en un estatuto que no era el vigente en el momento de la elección, desconociendo que el aplicable era el aprobado según resolución 0208 de Enero 26 de 1977 al cual pertenece el artículo 11 y su parágrafo 1o. antes citado." (Fol. 4).

7) De igual manera la Resolución No. 662 de 24 de noviembre de 1983 que resuelve el recurso de apelación contra la número 236, está falsamente motivada "pues para confirmarla se basa en que el Ministerio (según se lee en la hoja No. 2) posee '...Parte pertinente de la Asamblea General realizada por los trabajadores de Tejicondor, S.A. el 21 de febrero de 1982 (subrayado) en la que fuera de votar la huelga, se eligieron los delegados para el próximo período. Dicha reunión fue vigilada por un funcionario de esta División.'" (Fol. 4), cuando el mismo Ministerio en una certificación de 29 de febrero de 1984 afirma que " '...revisados los archivos de esta sección, NO SE ENCONTRO COPIA DEL ACTA DE ASAMBLEA GENERAL REALIZADA POR LOS TRABAJADORES DE TEJICONDOR EL DIA 21 DE FEBRERO DE 1982.' " (fol. 4)

8) "En el momento en que el Ministerio de Trabajo y S.S. Seccional de Medellín ordenó por Resolución 0236 de 9 de julio de 1982, la inscripción de la Junta Directiva Nacional de Sintratextil, CARECIA DE COMPETENCIA, pues ella estaba asignada al Jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo que tiene su sede en la ciudad de Bogotá." (Fol. 4).

En el libelo se dan como fundamento de derecho de la pretensión:

"Los siguientes preceptos son aplicables a esta demanda: arts. 84, 128, 137, 152 Y conc. del C. C. A.; 220 del C.P.; 12, 353, 386, 387, y ss.

del C. S. L., art. 11 lit- c) del Dto. 1469/78 y la Resolución 5210/80 del Mintrabajo" (sic) (Fol. 5).

En el acápite de la demanda "DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION" (FOL. 5) asevera el accionante que:

"Al adulterar el estatuto cambiando la palabra 'ESTOS' por 'ESTA' para entender que la facultad de designación de delegados por las empresas con sede en Medellín, le correspondía a la Junta Directiva Nacional y no a sus afiliados, cercenó gravemente el derecho de representación.

Ahora bien: cuando el estatuto emplea la palabra 'ESTOS' (art. 11, par. 1o.) se refiere a los afiliados reunidos en Asamblea General Seccional.

El cambio pues, por la palabra 'ESTA' constituye una torpe violación del art. 387 de C. S. del T. que permite adoptar otros sistemas de elección pero siempre y cuando, se garantice el derecho de representación de los afiliados." (Fol. 5)

De igual manera, insiste el accionante en que las Resoluciones números 236 de 1982 y 662 de 1983 se hallan falsamente motivadas por las razones antes comentadas y que la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia carecía de competencia para ordenar la inscripción de la Junta Directiva de Sintratextil porque "Al tenor del artículo 5o. de la Resolución 5210 de 1980 (Octubre 9) 'la autorización de inscripción de las Juntas Directivas que elijan total o parcialmente los sindicatos de primer grado que tengan carácter o radio de acción sindical nacional corresponde darla al jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo'." (Fol. 6).

Y prosigue:

"Esta Jefatura tiene su sede en Bogotá.

Sintratextil tiene subdirectivas seccionales en Bogotá, Barranquilla, Bello, Barbosa, Envigado, Rionegro, lo que de acuerdo con el parágrafo del mencionado artículo 5o. le da el carácter de nacional al sindicato.

En consecuencia, no era competente la División Departamental de Antioquia para proceder a ordenar la inscripción en 9 de julio de 1982, cuando estaba plenamente vigente la Resolución 5210/80 de 9 de octubre de 1980." (Fol. 6)

La demanda fue admitida y los actos acusados suspendidos provisionalmente, mediante providencia de 6 de agosto de 1984 (Fols. 90 a

95), decisión esta última que se fundamentó en el hecho de que los planteamientos en que se basó la respectiva solicitud eran válidos, pues "En ambos aspectos tiene razón el demandante. Respecto del primero de ellos (adulteración del texto de los Estatutos del Sindicato en el parágrafo 1o. del artículo 11), obran en el expediente dos pruebas: el texto de los estatutos certificado por el Ministerio del Trabajo y la constancia expedida por el mismo Ministerio sobre el contenido exacto de la norma citada (Fols. 35 y 28). Según tales documentos, la palabra que se dice sustituida es efectivamente el pronombre 'estos'. En cambio, en la publicación hecha por el Sindicato (Fols. 53-72) aparece la sustitución que vitupera el accionante (Fol. 58)." (Fol. 93).

Y el texto de la providencia sigue así:

"Pero lo anterior no sería suficiente para justificar la decisión que se solicita, de no ser porque el cambio de las palabras se utilizó para la elección de los delegados de Medellín a la asamblea general de junio 12 y 13 de 1982. En efecto, según certifica la Secretaria ad hoc de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (Fol. 21), no existe copia de acta de asamblea general seccional de Sintratextil celebrada en Medellín y donde nombren delegados para asistir a la asamblea nacional de delegados los días 12 y 13 de junio de 1982'.

En lo que respecta al punto segundo, evidentemente la primera de las Resoluciones acusadas fue expedida por uno de los Inspectores de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia con fecha 9 de julio de 1982, cuando aún estaba vigente la Resolución 5210 de octubre 9 de 1980 por la cual el Ministro de Trabajo reglamentó la inscripción de juntas directivas sindicales y dispuso, a este respecto, que para los sindicatos de primer grado 'que tengancarácter o radio de acción sindical nacional la autorización de inscripción de las juntas directivas es de competencia del jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas (artículo 5o.). En el parágrafo de esta disposición se señala que es de carácter nacional el sindicato que tenga varias subdirectivas seccionales. Consta en autos que Sintratextil tiene subdirectivas en los municipios de Barbosa, Barranquilla, Bello, Bogotá, Envigado y Rionegro (Fol. 86).

En la segunda Resolución acusada se decide el recurso de reposición interpuesto contra la primera ratificándola, y en la tercera el de apelación, con idénticos resultados.

Resulta, en consecuencia, que, cuando se dictó la Resolución 236 (julio 9 de 1982) por parte del Inspector Quinto de la División Departamental

de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, estaba vigente la Resolución 5210 de octubre 9 de 1980, la cual fue derogada por la Resolución 2595 de julio 14 de 1983, que atribuyó competencia a 'los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social con jurisdicción en el municipio donde el sindicato tenga su domicilio principal' para ordenar la inscripción de las juntas directivas que se elijan. Cuando se efectuó la inscripción a que se refiere el sub lite (julio 9 de 1982), la competencia correspondía, como lo ordenaba la Resolución 5210, a la División de Relaciones Colectivas, Sección de Reglamento y Registro Sindical." (Fols. 93, 94 y 95 cdno. ppal.).

Esta medida fue confirmada por la Sala de Decisión en auto que obra a folios 99 a 102.

En providencia del 29 de octubre de 1987 se declaró reconstruido el proceso, el cual quedó para disponer el traslado a las partes para alegar de conclusión (Fols. 124 y 125 cdno. ppal.).

La Agencia del Ministerio Público, en su vista fiscal, conceptuó que debía declararse la nulidad de los actos acusados por violación del artículo 5o. de la Resolución No. 5210 de 1980, toda vez que "la inscripción de la Junta Directiva de los Sindicatos de primer Grado con radio de acción Nacional para la época en que se profirió el acto principal, corresponde al jefe de la Sección de Reglamentación y Registro de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo." (Fols. 135 a 136 cdno. ppal.).

Y continúa:

"Consta en autos que la autoridad que ordenó la inscripción en el Registro Sindical fue el Inspector Quinto de Trabajo de la Sección de relaciones colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

Por lo tanto, se configuró la incompetencia aducida en la demanda, produciéndose en esta forma uno de los vicios que conlleva a la anulación de los actos administrativos demandados." (Fol. 136 cdno. ppal.).

Agotado el trámite de ley, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Observa la Sala, en primer término, que, según certifica la Secretaria ad hoc de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (Fol. 21), "no existe copia de

acta de asamblea general Seccional de Sintratextil celebrada en Medellín y donde nombren delegados para asistir a la asamblea nacional de delegados los días 12 y 13 de junio de 1982." (Fol. 94 cdno. ppal.).

Esta certificación aparece reafirmada en la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso, los días 28 y 31 de octubre de 1985, en las oficinas donde reposan los libros y papeles del Sindicato Sintratextil en la ciudad de Medellín, en cuya acta se lee:

En relación con el primer punto, se hace constar que no existe acta de la Asamblea Gral. Seccional Medellín de Sintratextil (sic), celebrada en Medellín, que contiene los nombres de los delegado (sic) que por esta ciudad asistieron a la Asamblea Nal. de delegado (sic) efectuada el día o días 12 y 13 de junio de 1982." (Fol. 16 cdno. dos).

Por tanto, lógico es concluir que los delegados por Medellín, asistentes a la Asamblea Nacional de Delegados de Sintratextil, celebrada los días 12 y 13 de junio de 1982, doce en total, según el Acta visible a folios 32 a 34 del cuaderno No. 2, no fueron elegidos por la Asamblea Seccional de los afiliados al Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil en Colombia, -SINTRATEXTIL-, en Medellín y, por ende, su designación no se ajustó a lo previsto en las normas legales que regulan esta materia, ni a lo dispuesto en el parágrafo 1o. del artículo 11 de los estatutos de -SINTRATEXTIL-.

Esta circunstancia sería suficiente para determinar la ilegalidad de la elección de miembros de la Junta Directiva Nacional de -SINTRATEXTIL-, realizada los días 12 y 13 de junio de 1982, y consiguientemente de la Resolución No. 236 de 1982 por medio de la cual se efectuó su inscripción en el Registro Sindical.

Pero se agrega el hecho de la falta de competencia de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia pues, tratándose de un Sindicato de carácter nacional, la inscripción de la Junta Directiva correspondía, por mandato de la Resolución 5210 de octubre 9 de 1980 vigente a la sazón, al jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio del Trabajo. No cabe duda de que el citado Sindicato era de carácter nacional por tener seccionales o subdirectivas en Barbosa, Barranquilla, Bello, Bogotá, Envigado y Rionegro (Fols. 36 del Cuad. principal y 32-33 del cuaderno No. 2), conforme a la definición contenida en el Parágrafo del artículo 5o. de la citada Resolución 5210 de 1980.

Según consta en los actos enjuiciados, la inscripción de la nueva Junta Directiva fue efectuada por un Inspector de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (Fols. 18-31).

Es el caso, por consiguiente, de acceder a las pretensiones de la parte actora invalidando los actos enjuiciados.

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 la nulidad de las Resoluciones números 0236 de 9 de julio de 1982, 0341 de 12 de septiembre de 1983 y 00662 de 24 de noviembre del mismo año, proferidas por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, por medio de las cuales se ordenó inscribir en el Registro Sindical la Junta Directiva Nacional de la organización sindical de primer grado y de industria denominada Sindicato de Trabajadores de la industria Textil de Colombia -SINTRATEXTIL-.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de julio de 1990.

Clara Forero de Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker; Joaquín Barreto Ruíz; Alvaro Lecompte Luna, Salvo Voto.

ACCION DE NULIDAD. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS. (Salvamento de Voto)

Los actos acusados establecieron respecto al Sindicato una situación subjetiva e, igualmente, crearon también ciertos vínculos de ese sindicato para con la empresa o empresas a cuyo servicio están los trabajadores afiliados a aquel. No son actos administrativos genéricos que son los que, en principio, pueden ser demandados ante la jurisdicción haciendo uso cualquier ciudadano de la acción llamada por la doctrina y la jurisprudencia como "acción objetiva" (artículo 84 C. C. A.). La acción apropiada era la "subjetiva" que actualmente gobierna el artículo 85 del C. C. A. y cuando fue iniciado el proceso el artículo 67 de la Ley 167 de 1941.

Ref.: Expediente No. 1422 Resoluciones Ministeriales Actor: *Antonio Agudelo Ledesma.*

Muy respetuosamente disiente el suscrito consejero de las motivaciones de la providencia arriba referenciada y acogidas por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación se anotan:

1a.) Se trata de un proceso iniciado por el ciudadano Antonio Agudelo Ledesma, quien, en ejercicio de la acción pública o popular consagrada y definida en el art. 84 del C. C. A. vigente (decreto-ley 1 de 1984), a través de la cual ha pretendido se declare la nulidad de un acto administrativo que creó una situación individual y concreta al haber ordenado la inscripción en el registro sindical de la junta directiva nacional de la organización denominada "Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia -SINTRA

TEXTIL-"; es decir, dicho acto - la resolución No. 236 de 9 de julio de 1982, proferida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia- reconoció en favor de dicha persona jurídica el derecho de tener como su junta directiva o la que se inscribió como tal, máxime cuando el interesado no del ciudadano que ahora aparece como demandante, sino la empresa "Tejidos El Cóndor S.A."- interpuso en la vía gubernativa los recursos procedentes, los cuales fueron resueltos por medio de los otros dos actos acusados igualmente de nulidad, o sea, las resoluciones No. 0341 de 12 de septiembre de 1983 y 0662 de 24 de noviembre del mismo año, las cuales confirmaron, en todas sus partes, la primera de las resoluciones acusadas.

No cabe entonces la menor duda, en criterio del suscrito consejero, que los actos acusados establecieron respecto al Sindicato una situación subjetiva, e, igualmente, crearon también ciertos vínculos de ese sindicato para con la empresa o empresas a cuyo servicio están los trabajadores afiliados a aquel. No son, pues, actos administrativos genéricos que son los que, en principio pueden ser demandados ante la jurisdicción haciendo uso cualquier ciudadano de la acción indicada actualmente en el art. 84 del C. C. A., llamada por la doctrina y la jurisprudencia como "acción objetiva".

2a.) De manera que el ciudadano-actor sólo podría invocar, como ha invocado, efectivamente, como móvil de su gestión ante el Consejo de Estado, la defensa del orden jurídico abstracto, porque fuera de ese interés "patriótico" ningún otro podría invocar, dado que los actos que acusó no lo afectan particularmente hablando.

3a.) Podría aducirse que, bajo el amparo de la denominada "teoría de los motivos y finalidades", los ciudadanos, invocado ese afán de defensa de la legalidad abstracta, tienen el derecho de hacer uso de la acción de nulidad o contenciosa objetiva contra actos de contenido particular. Como es bien sabido, esa teoría se abrió paso a raíz de la sentencia de 10 de agosto de 1961, cuando el entonces consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta como ponente, fijó sus dimensiones y alcances, con fundamento en que, para esa época, estando a plenitud vigente la ley 167 de 1941, los arts. 52 a 65 y 83 del C. C. A. de ese entonces, permitía la acción de nulidad contra "todos los actos administrativos". Sin embargo, aún dentro del marco de dicha teoría, como se advirtió en su momento, la procedencia de la acción de nulidad contra actos de estirpe particular depende de que los motivos y finalidades que tenga el actor sean compatibles, o estén "hermanados" con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción respectiva. Cuando se busca la anulación de actos de contenido particular, saber si la acción de nulidad simple tiene cabida, es preciso analizar si la eventual sentencia favorable no determine "el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada" porque, en caso contrario, en caso que traiga consigo, como consecuencia lógica, ese "restablecimiento", la acción adecuada será antiguamente llamada "de plena jurisdicción", más adelante

"de restablecimiento del derecho" y hoy, a la luz del decreto-ley 2304 de 1989, "de nulidad y restablecimiento del derecho", cuyas características sobresalientes es la de ser de contenido y fines "de lo contencioso subjetivo."

4a.) En el caso de la acción de nulidad simple incoada por el ciudadano Angulo Ledesma, y que culminó exitosamente con el fallo del cual disiente el suscrito, al declararse la nulidad de los actos acusados, automáticamente y aunque no se exprese, cesó una situación individual y concreta existente entre la junta directiva cuya inscripción se había ordenado por ellos, de una parte, y el Sindicato, por la otra, y además, los vínculos que hubiera entre ellos y el Sindicato para con la empresa o empresas con las que laboran los trabajadores a éste, también cesaron; por lo tanto, la vía adecuada hubiera sido la "acción de plena jurisdicción" o "acción de restablecimiento del derecho" o "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" o, para decirlo más simplemente, la acción contenciosa-subjetiva.

5a.) Recientemente, en auto calendado a 2 de agosto de 1990 y proferido por la Sección Primera de este Consejo con ponencia del señor consejero doctor Pablo J. Cáceres Corrales, se han expuesto ideas semejantes a las que aquí se consignan. Dice el mencionado proveído en uno de sus apartes:

"Corresponde ahora llamar la atención sobre otra situación diferente y no considerada por la jurisprudencia de 1961 cuya preocupación se refirió, primordialmente, al ejercicio indebido de la acción de nulidad contra los actos de contenido particular para burlar los efectos de la caducidad de la acción. Ocurre que si se permitiera ejercer la acción pública contra los actos particulares, con la única restricción que anota la sentencia de 1961, la ilimitada extensión de esa facultad tiene un grave peligro que se ubica en el otro extremo de su tesis, porque es su tesis, porque se crearía la inseguridad más desestabilizante en las relaciones jurídicas y la enegridad más absurda, porque al mismo tiempo que al particular perjudicado con una decisión administrativa se le limita el derecho a demandar con el pago de los cuatro meses y se le prohíbe el ejercicio de la acción de nulidad para eludir los efectos de la caducidad, se autoriza a todas las personas para que impugnen las situaciones y los derechos ya constituidos, asaltando indiscriminadamente de esa manera la seguridad de las relaciones que protege la Constitución Política de Colombia." (destaca el suscrito.)

6a.) El suscrito estaría de acuerdo conque la acción adecuada sería la de nulidad -u objetiva- si la situación concreta y particular surgida de los actos acusados hubiera inferido con las garantías, libertades y derechos de los asociados en general; pero, al ordenarse la inscripción de la junta directiva del sindicato sólo se afectaron intereses individuales puros, interpartes y no erga omnes, sólo debió caber, entonces, la acción -que es un camino o ruta para llegar adecuadamente a la jurisdicción - apropiada era la de "subjetiva"

que actualmente gobierna el art. 85 del C. C. A. y, otrora, cuando fue iniciado este proceso, el art. 67 de la ley 167 de 1941.

7a.) Desde otro punto de vista, mas íntimamente conectado con los anteriormente indicados, debe tenerse de presente que los actos acusados en el *sub-lite*, una vez notificados a los interesados, cobraron el elemento adventicio de la ejecutoriedad; en otras palabras, se volvieron ejecutorios, a folios 20 y siguientes del expediente aparecen las diligencias de notificación a varias de las empresas a las cuales pudiese interesar el primero de los actos y que una de ellas, Tejidos El Cóndor S.A., interpuso los recursos de reposición y de apelación en la vía gubernativa, agotándose ésta con la resolución 00662 de 1983, que se notificó al recurrente a 5 de diciembre de 1983 (fol. 34). La demanda que dio origen a este proceso fue presentada ante la corporación el 26 de abril de 1984 (fol. 9v.), o sea transcurridos ya los cuatro meses para que se produjera el fenómeno de la caducidad y, además, por alguien que, como se ha dicho acudió a la jurisdicción, sólo invocó su calidad de ciudadano en ejercicio y, por lo tanto, no titular de lo que debió ser una clásica acción de plena jurisdicción, como se denominaba para esos días.

8a.) Como corolario de todo lo anterior, el suscrito consejero estima que el fallo ha debido ser inhibitorio para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Bogotá D. E., 10 de agosto de 1990.

**POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites. PERSONAL DOCENTE.
SALARIO - Fijación**

En el caso *sub júdice* se observa que el Presidente de la República mediante un decreto que no puede ser sino ejecutivo, señala sueldos a las categorías establecidas en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria ejerciendo así una función que ni le corresponde por mandato constitucional ni le ha sido delegada por el Congreso para legislar en forma extraordinaria. Ocurre en ello una extralimitación de funciones que contradice el precepto constitucional.

SE DECLARA LA NULIDAD del artículo 11 del Decreto 953 de junio 18 de 1970.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D. E., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente N^o. 1217 Reconstrucción-Nulidad.
Actor: Arnulfo Sánchez.

Se procede a fallar el proceso en que es actor el ciudadano Arnulfo Sánchez, quien, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., impetra la nulidad del artículo 11 del decreto 953 de junio 18 de 1970.

Habiendo desaparecido el expediente en la destrucción del Palacio de Justicia, se le reconstruyó en los términos del decreto 3825 de 1985 y, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decidirá lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El siguiente es el texto de la disposición enjuiciada:

Art. 11 Decreto 953 de junio 18 de 1970:

"Las categorías del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria tendrán la remuneración mensual correspondiente a la suma del sueldo básico de la categoría inmediatamente inferior más el veinte por ciento (20%) del mismo. Sobre el sueldo básico de la primera categoría se hará el cálculo para fijar la remuneración de la cuarta categoría especial.

Parágrafo.- Este porcentaje no se opone a los aumentos generales que la ley "fija."

Supone el actor que tal disposición es contraria a los artículos 2o., 55, 76-9 y 120-21 de la Constitución Política y a los artículos 8o. y 9o. del decreto ley 2277 de 1979 y, para demostrarlo alega que el Presidente de la República usurpó funciones que corresponden al Congreso pues "fijó escalas remuneratorias para nuevas categorías del Escalafón Docente llamadas Categorías Especiales sin que previamente se hubiera previsto nada sobre remuneración de tales categorías por el Legislador." Agrega que se trata de un decreto simplemente ejecutivo "en tanto que las normas anteriores o posteriores que regulan íntegramente la materia de remuneración de todos los docentes fueron o son *decretos leyes* con base a facultades extraordinarias del Congreso" (Fols. 1-9).

Al decidirse sobre la suspensión provisional impetrada en la demanda, se dijo en providencia de septiembre 3 de 1985:

La solicita el accionante esgrimiendo varios argumentos, uno de los cuales consiste en que por Decreto Ley 2277 de septiembre 14 de 1979 se reguló íntegramente la materia, es decir, el ejercicio de la profesión docente. Afirma, además, que 'el artículo 11 del Decreto 953 de 1970 fue expresamente derogado por el artículo 82 del Decreto 2277 de 1979.' (Fols. 12-13).

Ahora bien, la figura de suspensión provisional fue instituida para impedir que cumplan sus propósitos los actos que sean manifiestamente violatorios de la ley o de la Constitución Nacional o, en general, de normas de

jerarquía superior. Tal es el espíritu del precepto contenido en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 como lo es del artículo 193 de la Constitución y lo era de los artículos 94 y siguientes de la ley 167 de 1941.

Si los propósitos que podría cumplir el acto no son posibles por haber desaparecido de la vida jurídica, resulta innecesario declarar la suspensión provisional del mismo.

Efectivamente, tal como lo señala el accionante, el Decreto Ley 2277 de 1979, 'por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente', define en su artículo 1o. que :

'El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales.' Y en su artículo 82 deroga el Decreto Extraordinario 128 de 20 de enero de 1977 y 'demás disposiciones que le sean contrarias', donde obviamente queda incluida la norma acusada.

Como ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta Corporación, siendo el objeto de la suspensión provisional el evitar transitoriamente la aplicación de un acto que ostensiblemente subvierte el orden jurídico, carece de propósito útil el suspender un precepto que ha perdido vigencia 'pues al ocurrir la abrogación, subrogación o derogación de la norma, deja de producir efectos y no otra cosa busca la suspensión provisional de la norma que evitar que continúen los efectos nacidos de una disposición claramente ilegal hacia el futuro.' (ver auto de octubre 21 de 1983, Sección Cuarta, ponente Dr. Enrique Low Murtra. Expediente No. 10.557, Actor: Juan Clímaco Giraldo)." (fols. 17-18)

Estima la Sala, sin embargo, que, en casos como éste en que indudablemente la disposición acusada produjo efectos en su momento, procede hacer un pronunciamiento de mérito así el acto enjuiciado haya perdido su vigencia, pues, de lo contrario, se quedaría sin control jurisdiccional.

Evidentemente tiene razón el accionante: es al Congreso al que corresponde, conforme al texto del artículo 76, numeral 9o., de la carta, "determinar la estructura de la Administración Nacional... y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos así como el régimen de sus prestaciones sociales."

En el caso *sub júdice*, se observa sin esfuerzo que el Presidente de la República, mediante un decreto que no puede ser sino ejecutivo, señala sueldos a las categorías establecidas en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria

ejerciendo así una función que ni le corresponde por mandato constitucional ni le ha sido delegada por el Congreso para legislar en forma extraordinaria. Ocurre en ello una extralimitación de funciones que contradice el precepto constitucional.

Es el caso, por consiguiente, de acceder a la pretensión del demandante.

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 oportunidad de la ley.

FALLA:

Declárase la nulidad del artículo 11 del decreto 953 de junio 18 de 1970, demandado en este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de julio de 1990.

Clara Forero De Castro, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

CARRERA ADMINISTRATIVA. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL.
Término. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El artículo 4 del Decreto 937 de 1976 en cuanto se refiere a la provisión de empleos de carrera mediante nombramiento provisional es claro en cuanto no puede éste exceder de un año. La prohibición es absoluta y establece qué debe hacerse en cambio, ordenado que, durante ese año, el cargo deberá proveerse por el sistema de carrera, vale decir, descarta, en forma absoluta, la posibilidad de una prórroga en la provisionalidad.

SUSPENDENSE PROVISIONALMENTE el artículo primero de la resolución No. 013222 de julio 11 de 1989, proferida por el Contralor General de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto ocho (8) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente N^o.4951 Unica Instancia - Suspensión Provisional. Actor: Luis Felipe Guerra B.

Admítase la demanda promovida por el señor LUIS FELIPE GUERRA B., quien obra en su propio nombre (artículo 84 del C. C. A. modificado por el artículo 14 de Decreto 2304 de 1989), para solicitar la nulidad de la Resolución Orgánica No. 013222 de julio 11 de 1989, proferida por el

Contralor General de la República, y pedir adicionalmente que, como consecuencia de esta anulación, se declare igualmente nula "la cadena de resoluciones del mismo despacho de vigencia anual, preconstitutivas cada una de las siguientes, que decretaron la prórroga del período de provisionalidad en la Contraloría..." (Fol. 12).

Para su tramite se dispone:

1.- Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Fiscal Cuarto de esta Corporación y al señor Contralor General de la República.

2.- Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para su contestación y demás efectos pertinentes.

3.- Solicítense a la Contraloría General de la República los antecedentes administrativos del acto enjuiciado.

SUSPENSION PROVISIONAL

Se acusa en esta demanda la Resolución Orgánica No. 013222 de julio 11 de 1989, proferida por el Contralor General de la República, y se pide adicionalmente que "como consecuencia de esta anulación, se declara igualmente nula la cadena de resoluciones del mismo despacho de vigencia anual, preconstitutivas cada una de las siguientes, que decretaron la prórroga del período de provisionalidad en la Contraloría"... (fols. 12-33).

La suspensión provisional se impetra solamente para la resolución 013222 de 1989, que dispone en su artículo primero:

"Los empleados a quienes se les venza el período de provisionalidad continuarán por necesidades del servicio en el ejercicio de sus cargos por un término igual al previsto en la ley." (Fol. 1).

Afirma el demandante que esta disposición "ha prorrogado por un año el término de provisionalidad fijado por el parágrafo del artículo 4º del decreto ley 937 de 1976, que imperativamente ordena: CUYA DURACION NO PODRA EXCEDER DE UN AÑO, y suspendido la provisión por el sistema de carrera, y tales hechos de modificar y suspender la ley, quebrantan el orden jurídico no sólo por incumplimiento de la ley que debía cumplir, acatar y ejecutar sino normas superiores como las constitucionales de los artículos 61, artículo 76 numeral 10, artículo 62, artículo 2, artículo 20 y artículo 16 que son la estructura y columna del estado de derecho..." (Fol. 29)

Explica luego por qué han sido violadas las restantes normas que invoca y agrega:

"La manifiesta infracción de las disposiciones invocadas se refuerza con la confrontación de la Resolución acusada y los demás actos que la precedieron con el mismo objeto y que han cometido idéntica transgresión.

...

Del examen directo de los actos relacionados algunos vigentes y otros derogados, se pone de bulto que ha existido un propósito, conducta y fin unívoco perseguido y logrado durante nueve años como lo es el de hurtarse el cumplimiento de la ley y sus deberes, como el medio y modalidad de asumir las facultades y jurisdicción de otro órgano del poder público causando la necesaria ruptura y quiebra de las normas superiores reguladoras de nuestro estado de derecho."(Fols. 30-31).

El artículo 4º del decreto 937 de 1976 que invoca el demandante, es del siguiente tenor:

"Los empleados de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario.

Los empleados de carrera se proveerán en período de prueba con las personas que hayan sido seleccionadas por el procedimiento del concurso, según lo establece el presente decreto y los reglamentos que dicte el Contralor.

PARAGRAFO.- Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de concurso, podrá proveerse el empleo mediante nombramiento provisional, cuya duración no podrá exceder de un año, lapso durante el cual deberá proveerse el cargo por el sistema de carrera."

Es claro el texto de esta disposición en cuanto se refiere a la provisión de empleos de carrera mediante nombramiento provisional: no puede éste exceder de un año. La prohibición es absoluta y establece qué debe hacerse en cambio, ordenando que, durante ese año, el cargo deberá proveerse por el sistema de carrera, vale decir, descarta, en forma absoluta, la posibilidad de una prórroga en la provisionalidad.

Claro es, en consecuencia, que la violación de este precepto por la Resolución enjuiciada resulta protuberante. Es una contradicción frontal que salta a la vista.

Si bien la Corporación ha sido cuidadosa en la utilización de la suspensión provisional por cuanto puede convertirse en una forma de prejuzgamiento en momentos en que no se dispone aún de todos los elementos de juicio que suministra el debate probatorio para llegar a la conclusión cierta de la ilegalidad del acto enjuiciado, éste es uno de esos casos en que la contradicción con el precepto de orden superior que se invoca aparece de bulto a través de la confrontación directa, como lo exige justamente el artículo 152 del C. C. A. (artículo 31 del decreto 2304 de 1989).

Es el caso, por lo tanto, de acceder a la solicitud de la medida provisora.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Suspéndese provisionalmente el artículo primero de la resolución No. 013222 de julio 11 de 1989, proferida por el Contralor General de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Decisión adoptada en Sala del día 27 de julio de 1990.

Clara Forero De Castro; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Joaquín Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna.

INSUBSISTENCIA. PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION

Ha dicho la Sala en reiteradas oportunidades que, si la autoridad nominadora considera que la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede ejercer la facultad discrecional de libre remoción, así pudieran existir razones para adelantar un proceso disciplinario, por cuanto la decisión de declarar insubsistente el nombramiento no persigue sancionar disciplinariamente sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker*

Referencia: Expediente N^o. 1037 Reconstrucción Apelación Sentencia.
Actora: María Eugenia Herrán Carreño.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por conducto de apoderado, la señorita María Eugenia Herrán Carreño, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 986 del 2 de octubre de 1979, por la cual el Director del Instituto Nacional del Transporte declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario 3020-04 de la División de Costos y Tarifas de la Subdirección Operativa de ese instituto (fl. 83) y a título de restablecimiento del derecho pidió su reintegro a dicho cargo y el pago de los salarios y demás prestaciones dejados de devengar (fl. 9).

De acuerdo con la sentencia del Tribunal visible a folios 9 a 15, las pretensiones de la demandante se fundamentaron en los siguientes hechos.

I - El 16 de octubre de 1976, la actora ingresó al Instituto Nacional del Transporte para desempeñar el cargo de Profesional Universitario V-25, en la División de Programación Global, Oficina de Planeación, según da cuenta la Resolución No.149 de ese año (fl. 58) y, por medio de la Resolución No. 986 de 1979, fue retirada del servicio, mediante declaración de insubsistencia de su nombramiento en el cargo arriba mencionado.

II - La accionante " ´durante el tiempo de servicios prestados al Instituto Nacional del Transporte, lo hizo con plena diligencia, lealtad, honradez, idoneidad y responsabilidad puesta al servicio prestado´." (fl. 10).

III - Como antecedente de la aludida decisión administrativa, está la solicitud verbal formulada a la demandante el 18 de septiembre de 1979, por el Subdirector Operativo, en el sentido de que, por instrucciones del Director de la entidad, debía presentar renuncia del cargo de que era titular.

IV - Como consecuencia de lo anterior, la accionante presentó su dimisión el 19 de Septiembre de 1979 ante el Director General del Instituto, la cual no fue atendida por el nominador, quien decidió declarar insubsistente su nombramiento mediante el acto administrativo acusado, con efectos retroactivos al 28 de septiembre de 1979.

V - " ´En virtud de los hechos expuestos y como el acto administrativo que se acusa ha sido expedido con franca desviación de poder, resulta de imperiosa necesidad restablecer a la Doctora MARIA EUGENIA HERRAN CARREÑO, en su derecho violado´." (fl. 11).

El Tribunal del conocimiento, en sentencia de 19 de septiembre de 1983 (fls. 9 a 15), denegó las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

" Efectivamente, no está plenamente demostrada la desviación de poder que se le atribuye al nominador al emitir la declaratoria insubsistencia. Se habla en la demanda de la provocación de la renuncia de la actora, pero de esta provocación no hay prueba distinta del texto mismo de la renuncia de la demandante. Se reclama por la no consideración de la renuncia, pero esta modalidad está ampliamente reglamentada y en los textos legales se prevé inclusive el silencio de la administración para crear una opción en favor del funcionario.

Tal como lo plantea el distinguido colaborador Fiscal, la presentación de una renuncia no limitada (sic) la facultad discrecional del nominador y, finalmente, los motivos expresados, con posterioridad a la emisión

del acto acusado, por la Secretaría General, encargada, como originarios de la desvinculación de la actora (folio 63) no comprometen la responsabilidad del nominador, ni de ser ciertos habrían de limitar su discrecionalidad, ni forzosamente han de imponer la prosecución de un disciplinario." (fl. 14).

Esta sentencia fue apelada por la parte actora y, aún cuando no obra en el proceso el escrito de sustentación del recurso de alzada, del alegato de conclusión presentado en el trámite de la segunda instancia (fls. 17 a 20), se colige que la inconformidad con el fallo del a-quo radica en el hecho de que en el se expresó "que la manifestación del nominador de las razones de la insubsistencia de la empleada se erigen como un hecho nuevo para el juicio, como si la hoja de vida de la demandante no fuera un medio de prueba pedido oportunamente por la demandante y decretado por el fallador de primer grado con el propósito de demostrar los hechos controvertidos, donde justamente se controvierte el fenómeno del retiro por exceso en el poder discrecional del nominador, y ello está comprobado justamente en el documento del folio 62 y 63 (sic) del expediente, con lo que no se está en presencia de hechos nuevos alegados solamente en la alegación de conclusión como lo anota el fallo que se acusa, ..." (fl. 19).

Por consiguiente, en concepto del recurrente el Tribunal "ha debido ocuparse del examen de las conductas endilgadas a la demandante, para encontrar cómo ellas no pueden imputarse tan gratuitamente a un empleado cualquiera que sea su jerarquía dentro de la administración. Son conductas de mucha entidad, básicamente la deslealtad, que al ser comprobada en una investigación administrativa disciplinaria con garantía plena del derecho de defensa del empleado presuntamente infractor, no solamente conduce a su destitución, sino a la inhabilidad para ejercer cargos públicos por cierto período también; inclusive la ineptitud podría conducir a una sanción disciplinaria de similares proporciones. Pero ello no ocurre si sencillamente se alega y se resuelve mediante el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora aprovechando que el empleado no está inscrito en el escalafón de la carrera administrativa. Lo que sí sucede, es que la facultad discrecional en esta circunstancia resulta ser ejercitada para sancionar sin fórmula de juicio y no para los fines para los cuales se invistió de ellas a la autoridad nominadora." (fl. 19).

Reconstruido el proceso mediante auto de 2 de noviembre de 1988, quedó en estado de dictar sentencia (FOL.122), a lo cual, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La apelante insiste en que la autoridad nominadora ejerció la facultad de libre nombramiento y remoción para sancionar a la demandante sin fórmula

de juicio, por deslealtad, infidencia e ineptitud para desempeñar las funciones propias de su cargo, cuando, en su concepto, las conductas descritas, las cuales, según sugiere el documento de folios 89 y 90, constituyeron las razones para su desvinculación del servicio público, ameritaban el adelantamiento de un proceso disciplinario, que bien hubiera podido culminar en su destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos.

Ha dicho la Sala en reiteradas oportunidades que, si la autoridad nominadora considera que la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede ejercer la facultad discrecional de libre remoción, así pudieran existir razones para adelantar un proceso disciplinario, por cuanto la decisión de declarar insubsistente el nombramiento no persigue sancionar disciplinariamente sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio público.

Aceptar lo contrario, esto es, que la Administración no pueda remover de su cargo al funcionario de libre nombramiento y remoción sólo porque haya cometido hechos que pudieran dar lugar a una investigación disciplinaria, se estén o no investigando éstos, equivaldría a tener por cierto que dicho empleado por ese sólo hecho adquiriría fuero de relativa inamovilidad o la garantía de estabilidad en su cargo.

Se apoya la apelante en la certificación que obra a folios 89-90, en cuyo párrafo final se lee:

"Al declararla insubsistente, el señor Director hizo uso de la facultad legal y reglamentaria que tiene de nombrar y remover libremente a sus empleados; sin embargo, los motivos que se tuvieron en cuenta fueron su deslealtad, infidencia, deficiencia e ineptitud para el desempeño de las funciones propias de su cargo."

Obvio es que la insubsistencia debe obedecer a una razón o, por lo menos, debe admitir una explicación, no pudiendo ser resultado del capricho o la arbitrariedad. En el caso sub judice la Secretaría General de la entidad suministra tal explicación a posteriori, como se acaba de ver.

Hubo en este caso sobrada razón para declarar la insubsistencia y el procedimiento adoptado es perfectamente legal, dado que no puede ser sino por razones del buen servicio el que se prescinda de un funcionario desleal, infidente, deficiente e inepto.

Suponiendo, sin embargo, que fueran tan graves las deficiencias que justificaran el proceso disciplinario, lo cual podía hacer la administración en ejercicio de su poder disciplinario, la autoridad nominadora también podía válidamente, como lo hizo, declarar insubsistente el nombramiento por ese

mismo motivo, haciendo uso para el efecto de la facultad discrecional de la cual se halla investida y con el único fin de procurar la adecuada prestación del servicio encomendado a la entidad, lo cual ciertamente es difícil de lograr con funcionarios que, además de su deslealtad, presentan deficiencias en su rendimiento.

De igual manera, anota la Sala que la presentación de la renuncia del cargo por parte de la accionante no impedía la facultad discrecional de la Administración para removerla de su empleo en las condiciones dichas. No era imperativo para la autoridad nominadora aceptar la dimisión de la demandante, pues podía recurrir legalmente al sistema de la declaración de insubsistencia de su nombramiento.

En las circunstancias que se dejan expuestas, resulta necesario concluir que la parte demandante no demostró la desviación de poder en que fundamenta la petición de nulidad del acto impugnado y, consecuentemente, el fallo recurrido 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 de diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso instaurado por María Eugenia Herrán Carreño tendiente a obtener la declaración de nulidad de la Resolución No. 986 de 2 de octubre de 1979, expedida por el Director del Instituto Nacional del Transporte.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 27 de julio de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Aclaró el voto; Alvaro Lecompte Luna.

INSUBSISTENCIA. PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION.
(Aclaración de Voto)

No estoy de acuerdo con la opinión mayoritaria de la Sala cuando afirma que aun en el evento de que las deficiencias fueran de tal gravedad que justificaran el proceso disciplinario, "la autoridad nominadora también podía válidamente declarar insubsistente el nombramiento por ese motivo". Pues si se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para imponer la sanción disciplinaria, así debe procederse so pena de incurrir en una de las causales de nulidad de los actos administrativos: desviación poder.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto quince (15) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N^o. 1037 Actora: María Eugenia Herrán Carreño.-

A mi juicio no estaban llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, entre otros motivos, porque la actora no demostró que los motivos expuestos por la administración para declarar su insubsistencia tuvieron la connotación de faltas disciplinarias, razón por la cual comparto la decisión adoptada por la Corporación. No obstante, considero necesario expresar mi opinión divergente acerca del criterio consignado en la página 7 de la sentencia en los siguientes términos:

"Suponiendo, sin embargo, que fueran tan graves las deficiencias que justificaran el proceso disciplinario, lo cual podía hacer la administración en ejercicio de su poder disciplinario, *la autoridad nominadora también podía válidamente, como lo hizo, declarar insubsistente el nombramiento por ese mismo motivo*, haciendo uso para el efecto de la facultad discrecional de la cual se halla investida y con el único fin de procurar la adecuada prestación del servicio encomendado a la entidad, lo cual ciertamente es difícil de lograr con funcionarios que, además de su deslealtad, presentan deficiencias en su rendimiento." (La subraya no es del texto).

Si bien es cierto la eficiente o adecuada prestación de los servicios públicos debe ser criterio fundamental para determinar la vinculación, promoción o retiro de los empleados del Estado, también lo es que cuando se trata de su desvinculación, tal finalidad no sólo se logra mediante la aplicación de la declaración de insubsistencia del nombramiento; pues a mi juicio otras de las causales de retiro, como la edad, la invalidez y la destitución, han sido instituidas con igual propósito por el legislador, para que tengan aplicación dentro de un marco fáctico y jurídico propios; así por ejemplo, cuando el empleado llega a la edad de retiro forzoso o ha quedado inválido, y por tales circunstancias se ha disminuido significativamente o ha perdido su capacidad de trabajo, debe producirse el retiro del funcionario para que, en aras del buen servicio, su labor sea desempeñada por otra persona; pero su retiro no se produce mediante insubsistencia del nombramiento sino mediante la aplicación de la causal pertinente, llámese edad de retiro forzoso o invalidez. De la misma forma, es improcedente declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando se da la situación de hecho que amerita, y por ende, obliga la imposición de una sanción disciplinaria. Pues en tal evento la ley ha querido tutelar el buen servicio no solamente mediante el retiro del funcionario sino mediante la aplicación de la condigna sanción, con todas las consecuencias personales de que ella se derivan y, a mi juicio lo más importante, con todos los efectos moralizadores que una medida de esta naturaleza produce en el ámbito laboral y social.

Sólo así, se tutela el interés superior del Estado que se identifica con la moralidad en las actuaciones de todos sus funcionarios.

Por ello, no estoy de acuerdo con la opinión mayoritaria de la Sala cuando afirma que aún en el evento de que las deficiencias fueran de tal gravedad que justificaran el proceso disciplinario, "la autoridad nominadora también podía válidamente, como lo hizo, declarar insubsistente el nombramiento *por ese motivo*" (subrayo). Pues si se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para imponer la sanción disciplinaria, así debe procederse so pena de incurrir en una de las causales de nulidad de los actos administrativos; desviación de poder. Sostener que aún probados tales presupuestos la autoridad nominadora podía declarar la insubsistencia del

nombramiento, es en mi sentir, contrario al mandato legal que consagró dentro de nuestro ordenamiento jurídico la desviación de poder como causal de nulidad de los actos de la administración.

Joaquín Barreto Ruíz.

INSUBSISTENCIA. CARRERA ADMINISTRATIVA. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL

El hecho de que el accionante se le hubiera designado para un empleo de carrera a través de un nombramiento ordinario y no provisional como lo prevé el artículo 28 del Decreto 1950 de 1973, no significa que hubiera adquirido derecho a estabilidad. Es la ley la que define la naturaleza del acto y no los términos que se utilicen en su redacción.

La ley sólo limita al ejercicio de la facultad de libre remoción cuando se trata de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de empleados pertenecientes a carrera administrativa, lo cual no ocurre en el presente caso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa (1990)

Consejera Ponente : *Doctora: Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°. 1246 Resoluciones Ministeriales. Actor: José Vicente Neira Núñez

Mediante apoderado, el señor José Vicente Neira Núñez demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 02098 de 2 de agosto de 1982, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Auxiliar Técnico 4010-06 de la Dirección de Desarrollo de la Comunidad de la Dirección General de Integración y

Desarrollo de la Comunidad del Ministerio de Gobierno y a título de restablecimiento del derecho solicitó su reintegro a dicho cargo o a uno de igual o superior jerarquía ubicado dentro de la carrera administrativa, con requisitos mínimos similares o susceptibles de ser cumplidos por él y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante su separación del servicio (fl. 8).

En la demanda se citaron como normas violadas por el acto acusado las siguientes: artículos 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política; artículos 10, 11, 12 y 26 del Decreto 2400 de 1968; artículos 107, 130, 131, 139 y 140 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y el artículo 282 del C.C.A..

En el concepto de la violación expuesto en el libelo se afirma que el acto administrativo por el cual se vinculó al accionante a la Administración Pública no se ajusta a ninguno de los medios legales antes enunciados (se refiere a los artículos 27, 28 y 184 del Decreto 1950 de 1973), pues no se le nombró en período de prueba, ni tampoco en provisionalidad de cuatro meses.

El Tribunal del conocimiento en sentencia de 25 de noviembre de 1983, negó las súplicas de la demanda por cuanto consideró que:

"El demandante era un empleado de libre nombramiento y remoción. No se encuentra comprobado que el actor estuviera amparado por las normas de la Carrera administrativa, no gozaba de una relativa estabilidad en el ejercicio del cargo, y por consiguiente, la administración, en cualquier momento podía desvincularlo.

La sola circunstancia de haber desempeñado un cargo de carrera, no le otorga al empleado las prerrogativas y privilegios propios de la carrera administrativa, salvo que una norma legal expresamente así lo establezca. Es preciso que el empleado se someta a los trámites y pruebas establecidas por la ley para que disfrute de esas prerrogativas.

La Ley ha establecido qué cargos pueden ser desempeñados por empleados de Carrera Administrativa y qué cargos no pueden ser servidos en goce de los beneficios de tal carrera. Pero, como se dijo atrás, si el empleado es nombrado en un cargo que puede ser desempeñado por empleados de carrera administrativa, esa sola circunstancia no da al empleado los beneficios laborales inherentes a la carrera administrativa.

En el presente caso, perfectamente podía la administración, hacer uso de las facultades discrecionales para desvincular al actor, sin necesidad de motivar el acto administrativo y sin que fuere necesario la notificación de dicho acto. Bastaba con comunicar el acto administrativo enjuiciado, para que éste surtiera sus efectos legales."

El accionante interpuso recurso de apelación contra ese fallo dentro de la oportunidad legal, como consta en la certificación visible a folio 30.

Reconstruido el proceso por auto de 14 de agosto de 1987, se dispuso que quedaba en estado de dar traslado al recurrente para que sustentara el recurso de apelación (fl. 32 y 33), a lo cual procedió el recurrente en memorial obrante a folios 39 y 40 alegando lo siguiente:

"La administración está obligada a proveer los cargos de carrera por el sistema de mérito, y cuando ello no le sea posible, puede nombrarlos provisionalmente por un período determinado (Dto. 1950 de 1973 arts. 27, 28).

En este caso está comprobado que el actor fue vinculado en un cargo de carrera sin el concurso de méritos, sin determinar en el acto el término de su nombramiento, y sin que la administración acreditara la imposibilidad para haber efectuado dicho concurso de méritos.

"El H. Tribunal no tuvo en cuenta estas consideraciones y simplemente concluye que el actor era de libre nombramiento y remoción, es decir que el proceder ilegal de la administración la convierte en juez para decidir qué empleados en cargos de carrera son de libre nombramiento y remoción y cuáles no.

Se dice en la sentencia que la sola circunstancia de ocupar un cargo de carrera administrativa, no le otorga a su titular las prerrogativas de quien está escalafonado en ella. Comparto esa tesis, y en manera alguna se ha pretendido que el actor esté cobijado por la estabilidad relativa.

No obstante dicha afirmación plantea también un interrogante: ¿Qué se requiere para escalafonarse en la carrera? Para ello es menester que se abra un concurso, que se participe en él, que se obtenga un buen puntaje y ser seleccionado. Es decir que todo el proceso se inicia con el llamado concurso.

De acuerdo con el Decreto 1950 de 1973, en sus artículos 28, 187 corresponde a la administración, y está obligada a ello, citar a concurso para definir la situación jurídica de los empleados en cargos de carrera, no seleccionados por el sistema de mérito. El caso es que la administración no cumplió su deber legal y mal podía el actor aspirar a su estabilidad relativa si, por omisión, el ente administrativo no cumplió con las imposiciones de ley. Visto lo anterior mal puede el H. Tribunal reprocharle al actor el no estar escalafonado en la carrera.

El que la insubsistencia del actor esté ajustada a derecho, es una afirmación muy discutible. El artículo 107 del tantas veces citado

Decreto, es enfático al prescribir que la facultad discrecional para remover libremente a un empleado solamente se predica de los nombramientos ordinarios (art. 26) y de los provisionales (art. 28).

"Según se adujo y demostró, el nombramiento del actor no puede catalogarse como provisional porque no se dieron los requisitos de forma y de fondo para ello. Además debe tenerse en cuenta que la interpretación de las competencias es restrictiva, y que en materia laboral las normas dudosas deben interpretarse en favor de los trabajadores.

La Administración no tenía facultad discrecional para remover libremente al actor sin motivar la providencia.

La sentencia omitió referirse a las notas de felicitación por el desempeño de sus funciones, que le fueran dirigidas al actor por su superior inmediato y por el mismo Ministro de Gobierno, las cuales no han sido tachadas y por lo mismo son plena prueba de la idoneidad del actor en el desempeño de sus funciones."

Por su parte el Ministerio Público en su concepto de fondo opina que la sentencia debe confirmarse porque el actor no estaba protegido por ningún fuero de estabilidad.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El debate se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 2098 de 1982, proferida por el Ministro de Gobierno, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Técnico 4110-06 de la División de Desarrollo de la División General de Integración y Desarrollo de la Comunidad (fl. 13).

El señor José Vicente Neira Núñez no demostró dentro de este proceso que hubiera sido escalafonado en la carrera administrativa ni que gozara de fuero de estabilidad en su cargo, situaciones éstas que serían el sustento de los derechos que reclama.

El hecho de que al accionante se le hubiera designado para un empleo de carrera a través de un nombramiento ordinario y no provisional como lo prevé el artículo 28 del Decreto 1950 de 1973, no significa que hubiera adquirido derecho a estabilidad. Es la ley la que define la naturaleza del acto y no los términos que se utilicen en su redacción.

Aceptando -porque no está probado- que se hubiera dicho por parte de la Administración que se trataba de un nombramiento ordinario, de todas maneras debía tenerse como provisional por mandato legal.

La Ley sólo limita el ejercicio de la facultad de libre remoción cuando se trata de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de empleados pertenecientes a la carrera administrativa, lo cual no ocurre en el presente caso, toda vez que el demandante ni fue seleccionado por el sistema de mérito, ni fue nombrado en período de prueba y mucho menos fue escalafonado en la carrera administrativa. De suerte que, se repite, no estaba cobijado por el privilegio de relativa inamovilidad que otorga la inscripción, simplemente por el hecho de ocupar un empleo catalogado por la ley como perteneciente a la carrera administrativa, o porque en el acto de nombramiento se hubiera dicho que se hacía nombramiento ordinario sin que en verdad el acto correspondiera a esa clase de vinculación.

En estas condiciones el nombramiento del actor podía ser declarado insubsistente sin necesidad de cumplir los trámites exigidos por la ley respecto de los funcionarios de carrera, esto es, la Administración estaba facultada para hacer uso de la facultad discrecional sin necesidad de motivar la providencia, así el demandante hubiera tenido un buen desempeño en sus funciones, puesto que independientemente de esta circunstancia, podían darse razones de buen servicio que señalaran la procedencia de la medida.

En consecuencia, la sentencia apelada amerita confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 25 de noviembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso instaurado por José Vicente Neira Núñez contra la Nación -Ministerio de Gobierno-.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 3 de Agosto de 1990.-

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedcker, Ausente;
Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna*

ACTO PARTICULAR. ACCION DE NULIDAD

El acto administrativo en cuestión es de carácter particular y concreto y contra él se ha incoado una acción de nulidad, esencialmente ciudadana o popular. Esta acción tiene como finalidad la protección del orden jurídico abstracto y dado que el acto demandado decretó algo susceptible de afectar la comunidad en cuanto hace a la integridad del erario, de acuerdo con la teoría de las motivaciones y finalidades que ha acogido la Corporación, al entender que el actor busca que se anule el acto por las consecuencias y los efectos que pudo tener, esta Sala emprende el estudio que se impone en lo atinente a la legalidad del acto.

CONGRESO.COMPETENCIA. EMPLEO. Remuneración. UNIVERSIDAD DEL CAUCA. Naturaleza Jurídica

La Universidad del Cauca, cuyo consejo superior expidió el acto es un establecimiento público del orden nacional; por lo tanto la relación laboral de sus servidores está sometida a las normas legales de carácter nacional. Al establecerse una sobrerremuneración mensual en favor de determinado funcionario suyo, no tenía facultad para ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N°. 2.550 Autoridades Departamentales.
Actor: Luis Andrade Ríos.-

Luis Andrade Ríos, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad (art. 84.C.C.A.). impugna la resolución No. 123 de 18 de noviembre de 1985, expedida por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, mediante la cual fue fijada una sobrerremuneración adicional de veinticinco mil pesos (\$25.000.00) mensuales a la doctora Gladys Agudelo de Valencia por el desempeño de las funciones de asesoría y supervisión de los asuntos jurídicos de la Oficina de Reconstrucción, suma que se reconoce como factor de salario para efecto de prestaciones sociales.

En la demanda son enumeradas, con el correspondiente concepto de la violación, como normas superiores infringidas por el acto acusado, las siguientes: art. 76, num. 9o. de la Constitución; decretos-leyes 2.400 y 3.074 de 1968, art. 13.

En el desarrollo del concepto de la violación, se dice que la autoridad competente para fijar la escala de remuneración de las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales, corresponde al Congreso o al Presidente de la República investido éste de facultades extraordinarias. De ahí que el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, se afirma en el libelo, incurrió en una usurpación de funciones al fijar una sobrerremuneración adicional a un empleado o funcionario al servicio del ente, a través del acto impugnado.

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, al descorrer el traslado de rigor, solicitó se profiera decisión inhibitoria, habida cuenta de que la resolución contra la cual se dirige la acción, fue revocada posteriormente por el propio Consejo Superior de la Universidad. Dice la Fiscalía:

"La Resolución de 18 de febrero de 1987, dictada por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, antes de haberse admitido la demanda que estamos estudiando, "revocó en todas sus partes la Resolución Número 123 de 18 de Noviembre de 1.985 expedida por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca."".

"Por lo tanto, en el presente caso se da, la figura de la sustracción de materia, por cuanto el acto administrativo demandado desapareció de la vida jurídica, al haber sido revocado expresamente por uno posterior de la misma autoridad.

"En consecuencia, esta Fiscalía solicita decisión inhibitoria,"

SE CONSIDERA

Ciertamente que en autos obra (fol. 19) copia de la resolución No. 26 de 18 de febrero de 1987 expedida por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca y que, por ella y a petición de la doctora Gladys Agudelo de Valencia, beneficiaria de lo dispuesto en el acto acusado -resolución No. 123 de 18 de noviembre de 1985-, se revoca en todas sus partes esta última. Esta revocatoria tuvo lugar antes de la admisión de la demanda que dio origen a este proceso (fl. 8 v.). Dicha demanda fue admitida por auto de fecha 27 de mayo de 1987 (fl. 10).

Sin embargo, no comparte la Sala el criterio expuesto por su colaboradora fiscal, en el sentido de que se dicte sentencia inhibitoria por sustracción de materia, por cuanto el acto contenido en *la resolución 123 de 18 de noviembre de 1985*, esencialmente ejecutoria, surtió efectos jurídicos de trascendencia, puesto que creó en favor de una persona determinada -la doctora Gladys Agudelo de Valencia- una situación administrativa concreta mientras tuvo vigencia, o sea (entre la fecha de su expedición y la de su revocatoria entre el 18 de noviembre de 1985 y el 18 de febrero de 1987) y, además, un derecho subjetivo en virtud de la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos, pudiendo -si hubiera querido- reclamarlo de la Universidad. De allí que la Sala, no obstante que el acto acusado actualmente carece de vigencia, haya de emprender su análisis de fondo con las consecuencias que se desprendan de ello; no ha de olvidarse que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es "juez de la legalidad", por lo que, pese a que el acto no haya tenido consecuencias prácticas, se impone el examen que fuere del caso.

No hay duda de que el acto administrativo en cuestión es de carácter particular y concreto y de que contra él se ha incoado una acción de nulidad, esencialmente ciudadana o popular, siendo el acto alguien extraño a las relaciones jurídicas que creó la tantas veces mencionada resolución 123 de 1985. No obstante como la acción pública de nulidad (o acción de lo contencioso-objetivo) tiene como finalidad la protección del orden jurídico abstracto y dado que el acto demandado decretó algo susceptible de afectar la comunidad en cuanto hace a la integridad de erario, de acuerdo con la teoría de las motivaciones y finalidades que ha acogido la Corporación, al entender que el actor busca, ante todo, que se anule el acto por las consecuencias y los efectos que pudo tener, esta Sala emprende asimismo el estudio que se impone en lo atinente a la legalidad del acto.

La Universidad del Cauca, cuyo consejo superior expidió el acto, es un establecimiento público del orden nacional; por lo tanto; la relación laboral de sus servidores para con ella está, en líneas generales, sometida a las normas legales de carácter nacional, como son los decretos 2400 de 1968; 1950 de 1973; 1042 de 1978; 3135 de 1968. El cargo de asesor jurídico

desempeñado por la doctora Gladys Agudelo de Valencia, por ser esencialmente administrativo -no docente- está sometido a la ley, en su nomenclatura, clasificación y remuneración. Así las cosas, cuando el organismo que profirió el acto y estableció una sobrerremuneración mensual en favor de determinado funcionario suyo, dictolo sin tener facultades para ello, en consecuencia, impónese la declaratoria de nulidad de la resolución 123 de 18 de noviembre de 1985.

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 nulo el acto administrativo contenido en la resolución No. 123 de 18 de noviembre de 1985, expedida por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. - CUMPLASE.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de agosto de 1990.

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

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO. DEROGACION DEL ACTO. ABANDONO DEL CARGO. RENUNCIA

Aunque la "revocatoria directa" y la "derogación" son formas o modos de extinción de los actos administrativos, sus consecuencias jurídicas en el tiempo son distintas, puesto que al paso que la derogación no es retroactiva (*ex nunc*), es decir deja sin fuerza o vigor el acto abrigado "para en adelante", la "revocatoria directa" (o revocación) se produce por un acto jurídico que deja sin efecto, en principio, otro anterior, o sea que, mediante ella, se retrotrae en el pasado como si el acto revocado no hubiera existido aunque es posible que haya dejado ciertos efectos, comúnmente cuando el acto revocado ha conllevado su objetivo a causa de su ejecutividad evidentemente cumplida.

Por "abandono del empleo" ha de entenderse la dejación voluntaria que el servidor público hace de los deberes que son inherentes al cargo que desempeñaba; el fenómeno del "abandono del empleo" o del cargo implica y exige demostraciones evidentes del abandono de la función pública y sus derivaciones perjudiciales, y mal puede hablarse de ello si no se encuentra en ejercicio de sus funciones por circunstancias provocadas por la propia Administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Colaboró : Tulio Chirolla Ecaño, abogado auxiliar.

Referencia: Expediente N^o. 285 (9.914) DECRETOS DEL GOBIERNO (Reconstrucción -D.E.3825/85). Actor : Julio César Rico Urrego.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de junio de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que se declaró inibido en cuanto a la primera petición de la demanda y denegó las demás.

El proceso fue promovido, a través de apoderado, por Julio César Rico Urrego bajo la vigencia de la ley 167 de 1941 y con base en la acción de plena jurisdicción que contemplaba en su artículo 67.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Se impetró en la demanda la nulidad de los decreto Nos. 2886 de 28 de diciembre de 1978 (fl.36); 213 de 6 de febrero de 1979; y 549 de 9 de marzo de 1979 (fols. 38 y 39) expedidos por el Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; por medio del primero de los dichos actos, en sus arts. 1o. y 2o. en su orden, se aceptó, a partir del 16 de enero de 1979, la renuncia presentada por Julio César Rico Urrego, del cargo de Jefe de División (Código 2040, Grado 14 de la División de Personal) de la Dirección General Administrativa del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y se encargó a partir de dicho cargo al señor Hugo Nel Ramos Villamil.

Por el segundo de los decretos mencionados se revocaron los aludidos artículos del primero. Finalmente, por el último de los mismos fue declarado vacante el cargo en cuestión por abandono del mismo y, mientras se designaba titular, se encargó a la señorita Elizabeth Quintero Espinosa.

A título de restablecimiento del derecho se pidió en el libelo que el actor sea reintegrado al cargo o a otro de igual o superior categoría y a que se le paguen los sueldos, primas, subsidios dejados de devengar, con los aumentos que hubieren podido producirse, desde el día que dejó de trabajar hasta cuando sea reintegrado al servicio. Amén de que se tenga el tiempo no laborado como consecuencia de las actas impugnadas como sin solución de continuidad, para efectos de reconocimiento de prestaciones sociales.

Igualmente se impetra que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia que se profiera dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A.

1.2. Según narra la demanda, el señor Julio César Rico Urrego desempeñó el cargo de Jefe de División, Código 2040, grado 14 de la División

de Personal de la Dirección General Administrativa del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, desde el 1o. de mayo de 1978 hasta el 16 de enero de 1979 cuando por decreto 2886 de 28 de diciembre de 1978 fue separado del servicio por renuncia que se le aceptó.

Sin embargo, la providencia en cuestión fue derogada por decreto 213 de 6 de febrero de 1979, cuando la Administración se dio cuenta de la ilegalidad en que se había incurrido al proferir el decreto derogado en tales artículos. A raíz de su desvinculación, el demandante mediante nota de 14 de febrero de 1979 solicitó al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que le determinara claramente cuál era su situación administrativa y que le dijera cuáles eran las irregularidades en que incurrió para que se produjera su desvinculación del servicio. Su nota que le fue respondida el 16 de febrero del mismo año por el Jefe del Departamento, diciéndosele que debía estar suficientemente enterado de las disposiciones que rigen el aspecto que pone en consideración, el cual no había sido el más estricto cuando se aceptó la renuncia. Y que estaba en la obligación de reintegrarse al cargo, reservándose el derecho o facultad de prescindir de sus servicios cuando a bien lo tuviera. Sin embargo, no se le dicen las razones por las cuales se había aceptado la renuncia. Para remate con la expedición del decreto 549 de 9 de marzo de 1979 la vacancia del cargo por no haberse el demandante presentado a desempeñarlo, pero sin averiguar las causas o razones que tuvo para proceder en tal forma.

1.3. Se considera en la demanda que los actos impugnados son violatorios de los artículos 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional; ley 167 de 1941, artículos 62 a 66; artículos 22, 111, 113 del decreto 1950 de 1973; y artículo 24 del decreto 2733 de 1959.

1.4. La sentencia recurrida, en primer lugar, declara la inhibitoria en lo que atañe a la anulación del decreto 213 de febrero de 1979 (sic), que derogó los artículos 1o. y 2o. del decreto 2886 de 28 de diciembre de 1978, y niega las demás súplicas de la demanda, con planteamientos consignados en párrafos de los considerandos, que se transcriben a continuación:

"Cuestiona el señor apoderado del demandante los decretos antes referidos sosteniendo que el primero contiene falsa motivación y está afectado además por desviación de poder, en cuanto se aceptó una renuncia que no fue presentada, pero que en últimas, de darse tal valor a la dimisión protocolaria que el actor presentó el 20 de septiembre de 1978, fue atendida cuando había perdido vigencia en virtud a que se aceptó superado el término de 30 días previsto en el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, resultando infringido tal mandato y el 111 ibídem por falta de libertad y espontaneidad en el renunciante. Agrega la demanda que el vicio por desvío de poder se concreta en que la administración ejerció el poder "con fines diferentes a los queridos por el legislador", es decir,

no por justas razones de buen servicio público, "ni estaban dirigidos a una mejor prestación de ese servicio público".

"En cuanto al segundo de los decretos enjuiciados, que revoca la decisión anterior, se dice que es violatorio del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959; pues, hablando la decisión primera creado en cabeza del actor una situación jurídica, no podía el nominador revocarla sin previo el (sic) requisito del "consentimiento expreso y escrito" del titular.

"Por último, la decisión que declaró la vacancia del cargo, se reitera que no fue declarada "regularmente" ya que "la administración no se tomó el trabajo de preguntar o de investigar las causas de eso que llama abandono".

"De lo sintetizado antes, es bien claro que la demanda se dirige en orden a que se invaliden tres actos administrativos de los cuales, los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2886 no están vigentes en cuanto sus afectos casaron en virtud de revocatoria expresa por el Decreto 213 de febrero 6 de 1979, no pudiendo entonces la Sección analizar el proveído inicial como acto administrativo vigente, por lo que habrá de inhibirse de un pronunciamiento sobre el mismo.

"Cabe entonces dilucidar si la administración se conformó o no a la legalidad al declarar vacante el cargo del accionante mediante el último de los Decretos enjuiciados en virtud de la nueva situación que se presentó por la revocatoria tantas veces referida.

"Destaca la Sección que realmente lo que motivó a la administración revocar el pronunciamiento inicial fue el vicio conque nació el acto de aceptación de la renuncia, que obra al folio 58 del expediente, por haberse expedido fuera de los términos legales. Esto fue causa para que el nominador decidiera mediante el Decreto 213 de febrero 6 de 1.979, revocarlo, volviendo las cosas a su estado anterior. Sobre tal situación dice el distinguido apoderado del actor que le estaba vedado al nominador hacerlo por cuanto el acto inicial había creado en cabeza de su patrocinado una situación jurídica individual que necesitaba al consentimiento expreso y escrito del titular, cuya pretermisión llevó a la violación directa del artículo 24 del Decreto 2733 de 1.959.

"Para la Sala la anterior impugnación no es de recibo. En efecto, la administración obró bajo el principio consignado en el artículo 21 del Decreto 2733 de 1.959, concretamente, para el caso, en el literal a) de la misma disposición, que faculta a los funcionarios revocar "de oficio o a solicitud de parte" sus actos "cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la Ley", y ya se vio como el administrador advirtiendo la ilegalidad del pronunciamiento inicial procedió a corregir

su obrar revocando esa voluntad así expresada. Entonces se tiene que armonizando el principio visto con el plasmado en el artículo 24 del mismo Decreto 2733, hay que entender que el requisito de la aquiescencia expresa y escrita que en la última norma exige de titulares de situaciones jurídicas individuales o derechos de categoría similar creados por actos administrativos, rige o se hace indispensable para que no sean vulnerados o desconocidos por la administración; pues, si la situación creó estado en el gobernador o el derecho radica en cabeza del mismo, mal puede ella entrar a despojarlo sin su consentimiento, debiendo, si considera que la situación o el derecho infringen mandatos superiores proceder ante la jurisdicción bajo la acción pertinente a efectos de obtener el efecto querido, aplicándose debidamente, cada una en su ámbito, las dos normas antes referidas. En el caso del artículo 21 de la administración revoca porque el acto administrativo está en contradicción con el derecho objetivo, en el del 24 toca con la situación o derecho en cabeza del administrado, debiendo, para revocar, proceder la autorización del titular.

"De lo anterior es fácil concluir que sólo para efectos de revocatoria, no todos los actos administrativos creadores de situaciones particulares quedan bajo la condición que quiere la demanda porque las normas antes invocadas están instituidas para lo favorable a la (sic) administrado y no para reclamar contra actos que le favorecen restituyéndole la situación vulnerada o respetándole el derecho obtenido por efectos de una decisión administrativa. Lo contrario sería aceptar que en los casos en que la administración obra contra la Ley no está facultada para corregir su error en virtud a que necesita el consentimiento para hacer cesar el daño con fundamento en el principio de la situación jurídica individual alegada, lo que rechaza toda lógica. Y aún más: todos los actos condición proferidos en virtud a facultad discrecional quedarían sometidos a la condición del permiso para revocarlos, lo que no es jurídicamente cierto por cuanto sería inocuo el artículo 21 del nombrado Decreto 2733.

Aplicando lo anterior el caso controvertido, se tiene que la administración, por facultad legal, podía revocar la aceptación de renuncia como lo hizo, por cuanto no se concibe que el actor pudiera alegar situación estable a favor, de una decisión que contradecía la ley; en el caso, el término perentorio que fijan los cánones para aceptar una dimisión, y después, contradictoriamente acudir en demanda al contencioso pidiendo la nulidad por violación a normas superiores, dejando de lado que ya lo había respaldado en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959; o en otras palabras, no es lógico sostener que la administración obró contra la ley en la vía gubernativa cuando ese obrar dejó incólume la situación del demandante, para después, ante esta jurisdicción, pretender por la nulidad del mismo acto con fundamento de que el administrador desconoció una situación que por el contrario había era reconocido, en cabeza del actor la situación que ahora reclama,

consideración suficiente para, como se dijo en principio, no dar la razón al accionante.

"Ahora bien, sobre el tercer aspecto de la demanda, o sea al relacionado con la declaratoria de vacancia del cargo, se sostiene que el actor fue declarado ausente "deliberadamente de su trabajo" sin que se hubiese verificado, mediante investigación disciplinaria, la razón de ello. Sobre esto, en alegato de conclusión, el señor apoderado tacha las versiones dadas por algunos empleados de la División de Personal de la entidad demandada (folios 66 a 71), que dan cuenta de la inasistencia a las labores, por parte del actor, los días, 14, 15 y 16 de febrero de 1.979, manifestando que no ofrecen crédito por ser empleados de la misma y jerárquicamente inferiores a quien evacuó las declaraciones; por que por el contrario los testimonios rendidos ante este Tribunal por Jorge Rodríguez, Olga Escobar Ramos, Hilda Ordoñez Rubiano (folios 87, 99 y 105) dan cuenta de la competencia, honorabilidad y dedicación del demandante." (folios 7 a 11).

1.5. Acerca de la Sustentación del recurso de alzada, después de referirse y hacer algunas críticas a los testimonios recibidos durante la primera instancia, se ocupa de la aceptación de la renuncia del cargo a que se refiere el decreto 2886 de 28 de diciembre de 1978, además de otros aspectos de la litis, dicen algunos apartes del escrito:

"Y no puede negarse la aceptación de una renuncia no presentada que encuentra respaldo en los autos a fls. 2 y 26 del expediente.

"El Gobierno observó la ilegalidad de su actuación y pretendió corregir el error en que había incurrido con un Segundo Decreto, es hecho que encuentra su prueba en los documentos de fls.4 y 28 del expediente.

"La actuación del Secretario General de la Aeronáutica Civil traducida en carta de 12 de Febrero de 1979, es manifestación ostensible de un deliberado abuso de las prerrogativas de la Administración mediante una revocatoria directa producida sin el consentimiento de mi poderdante.

"Este, en ejercicio de un claro derecho, solicitó el 14 de Febrero de 1979 la clara determinación de su situación frente a la Administración en búsqueda de seguridad contra los caprichos, errores y arbitrariedades del nominador (fl.9).

"La imprecisión de la respuesta es una burla al derecho de petición ejercido de manera respetuosa. Pero ese nominador en la misma respuesta y en la parte final, dejó ver la persistencia en la arbitrariedad. (fl.10).

"En las mismas oficinas de la Aeronáutica Civil se urdió toda una cadena de presuntas pruebas de un abandono del cargo que se traduciría en la declaratoria de la vacancia del empleo pero con el error de invocar el artículo 127 del Decreto 1950 de 1.973, omitiendo la cita del artículo 126, sin el cual como se expresó ante el Tribunal, el 127 no tiene sentido porque la situación del Doctor RICO URREGO no encaja en las hipótesis enumeradas por el artículo 126.

"Es hecho incontrovertible que la renuncia presentada por el demandante había perdido su vigencia en cuanto la aceptación se produjo pasados más de 3 meses contados a partir de la dimisión.

"La revocatoria directa que realizó la Administración no encaja dentro de las previsiones establecidas por la Ley.

"Debo repetir el contenido del escrito que el 17 de mayo de 1983 se presentó ante el Tribunal para hacer mención al concepto de la Fiscalía.

"La Fiscalía afirma que no existe prueba en el expediente de que la dimisión había sido inducida, aspecto secundario e irrelevante del asunto que aquí se debate. Pero la Agencia del Ministerio Público desdena referirse seriamente a la derogatoria del Decreto de aceptación de la renuncia producida con violación de la Ley. Y confunde a la notificación por conducta concluyente con la manifestación de consentimiento o de aceptación por parte del actor.

"La Agencia del Ministerio Público traduce la prepotencia de la Administración, indicando que el actor ha debido reintegrarse al servicio para evitar la declaratoria de vacancia en el cargo por abandono del mismo y da a las declaraciones no controvertidas "a la luz de la sana crítica del testimonio" el valor que no da a declaraciones rendidas ante el Tribunal con posibilidad de controversia.

"La afirmación de que está fuera de lógica que la Administración tuviese que esperar indefinidamente hasta que el actor decidiese reintegrarse al servicio, porque los términos legales "no pueden quedar a la voluntad de las partes", puede interpretarse en el sentido de que los términos legales no se aplican únicamente a los ciudadanos sino que la obligación constitucional de resolver las peticiones formuladas respetuosamente por los administrados, obliga de manera principal a la Administración.

"Me remito al escrito a que vengo refiriéndome en cuanto a la falsa motivación alegada en la demanda, pero reitero la afirmación de que la motivación no tiene necesariamente que ser escrita porque como lo ha

dicho reiteradamente el Consejo de Estado, todo acto administrativo debe estar motivado por el buen servicio y que, cuando ello no es así, existe falsa motivación. (folios de 18 a 20).

1.6. EL CONCEPTO FISCAL

El Fiscal cuarto de la Corporación opina que el fallo impugnado amerita confirmación, pues se identifica en un todo con el criterio del Tribunal, y al afecto, transcribe un aparte de éste que hace referencia a la revocatoria directa de los actos administrativos (fl. 139). Luego analizar la declaratoria de vacancia del cargo que desempeñaba el actor, en los siguientes términos:

"En cuanto al acto que declaró la vacancia del cargo, su impugnación por no haberse seguido debido proceso para proferirlo, carece de virtualidad ante la vieja, unánime y reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado en el sentido de que la "declaratoria de vacancia por abandono del empleo no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario, pues éste, está reservado a la investigación a que pueda dar lugar la imposición de una sanción disciplinaria, dentro de la cual no se encuentra la declaratoria de vacancia por abandono del cargo". Pues, agrega la Fiscalía la investigación y posterior sanción sólo se da por el evento de que, como lo postula el art. 128 del Decreto 1950 de 1.973, se perjudique el servicio por el abandono del cargo. Y, aquí, sólo se constató el hecho pero no se pretendió derivarle consecuencias disciplinarias." (fl. 140).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1.- Los siguientes son los tres actos administrativos demandados en el asunto *sub-judice*:

a) El decreto No. 2886 de 28 de diciembre de 1978, mediante el cual fue aceptada la renuncia presentada, según dice, por el hoy actor, del cargo de jefe de división (código 2040), grado 14 de la división de Personal), de la Dirección general administrativa del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y se encargó, a partir del 16 de enero del siguiente año, al señor Hugo Nel Ramos Villamil;

b) El decreto No. 213 de 6 de febrero de 1979, que derogó el anterior;

c) El decreto No. 549 de 9 de marzo de 1979, que declaró vacante el cargo que desempeñaba el doctor Rico Urrego por abandono del mismo y, mientras se designaba al nuevo titular, se encargó a la señorita Elizabeth Quintero Espinosa.

2.- Respecto al primero de dichos actos, se ha dicho por el Tribunal - y también por la agencia del Ministerio Público - que, habiendo desaparecido de la vida jurídica sin dejar secuelas o efectos en virtud de que fue "revocado" en forma directa por el segundo de los actos acusados (el decreto No. 213 de 1979-6 de febrero-), se inane su examen "por sustracción de materia."

No comparte la Sala tal apreciación. Porque en verdad, como se infiere de la simple lectura del texto que integra el segundo de los actos, no se trata de una "*revocatoria directa*", sino de una "*derogación*", figura que difiere notoriamente de aquella por sus trascendencias en el tiempo. Aunque ambas son formas o modos de extinción de los actos administrativos, sus consecuencias jurídicas en el tiempo son distintas, puesto que al paso de la *derogación* no es retroactiva (exnunc), es decir deja sin fuerza o vigor el acto abrigado "*para en adelante*", la "*revocatoria directa*" (o revocación) se produce por un acto jurídico que deja sin efecto, en principio, otro anterior, o sea que, mediante ella, se retrotrae en el pasado como si el acto revocado no hubiera existido, aunque es posible que haya dejado ciertos efectos, comúnmente cuando al acto revocado ha conllevado su objetivo a causa de ejecutividad evidentemente cumplida.

Un acto administrativo puede haber creado una situación jurídica individual y concreta en favor de una persona o puede haber reconocido un derecho subjetivo de igual categoría; de allí que su revocación directa sólo es jurídicamente posible si previamente se obtiene consentimiento expreso y escrito del interesado, tanto a la luz del decreto extraordinario 2733 de 1959 (vigente para la época de la expedición de los dos actos específicos que aquí se analizan), como de las que ahora rigen la materia, salvo cuando resulte de la aplicación del silencio administrativo, si es manifiesta su oposición a la Constitución política o a la ley; si no está conforme con el interés público o social o atenten contra él, o si con él se ocasiona agravio injustificado a una persona (art. 69, C.C.A. vigente), o si fuere evidente que el acto ocurrió o fue expedido por medios ilegales. Aparte, obviamente, cuando sea necesario corregir simples errores aritméticos, o de hecho no incidan en el sentido de la decisión, es posible la revocación parcial. Si la Administración contraviene tales principios jurídicos, el acto que revoca será declarado nulo por vía jurisdiccional, si se demostrare que la incurrencia en el quebranto mencionado, ha tenido lugar. Pero, a *contrario sensu*, si el acto administrativo *no ha creado* o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, puede ser "*revocado directamente*" por el mismo funcionario que lo haya expedido o por su respectivo superior, de oficio o a solicitud de parte, bien sea por las razones de ilegitimidad que se han indicado, bien sea por motivos de oportunidad, mérito o convivencia, *volviendo las cosas atrás (extunc)*.

Mas en lo que atañe a la "*derogación*", sobre todo bajo la especie de "*abrogación*" como ocurrió en el caso en examen porque el segundo acto -el decreto No. 213 de 1979 - suprimió por completo lo que había decretado el

primero - el decreto No. 2886 de 1978 -, resulta claro que éste rigió mientras tuvo vida jurídica plena, vale decir, entre el 16 de enero de 1979 y el 6 de febrero del mismo año. Vida breve, es cierto, pero que, durante su efímera existencia produjo importantes efectos, dado que el empleado a quien se le aceptó la renuncia hizo entrega de su cargo a la persona designada interinamente en su reemplazo.

3.- De allí que el decreto 2886 de 28 de diciembre de 1978, derogado por el decreto 213 de 1979 (6 de febrero), debe ser analizado y justipreciado por esta jurisdicción para determinar si, como precisa la demanda, vulneró normas de superior jerarquía o si aparecen o no algunas de las causales de nulidad que, en la época de su expedición, señalaba el art. 64 del C.C.A. vigente (ley 167 de 1941), a semejanza, *mutatis mutandis*, de lo que hoy precisa el art. 84 del nuevo estatuto (decreto-ley 1 de 1984, modificado parcialmente por el decreto-ley 2304 de 1989).

Al decreto 2886 se le acusa de falsa motivación por haber "aceptado" una renuncia que el titular del cargo no presentó. En otras palabras, por haber invocado un hecho materialmente inexacto, error que, observado por la Administración, la llevó a "derogarlo", como si se tratara de una regla de tipo genérico y sin tener de presente que el derogado era un "acto condición" que, aunque errado, había ocasionado consecuencias, como era la ruptura del vínculo laboral del hoy actor con la Administración y la posesión de la persona nombrada interinamente en su lugar.

Si el acto produjo sus efectos, como en verdad los tuvo, no era derogable, pues hay otros medios para lograr las enmiendas de los errores, como son los mecanismos para acceder nuevamente al servicio.

4.- Como se ha visto arriba, el más evidente efecto que produjo el acto contenido en el decreto 2886 de 1978 es el relativo al subsiguiente comportamiento del hoy actor, tanto que, se repite, hizo entrega formal del cargo que desempeñaba a la persona provisionalmnte señalada como su sucesor y que ésta tomó debida posesión del cargo. Otro efecto consistió en que, cuando el doctor Rico Urrego se enteró o supo que el acto que aceptaba su renuncia, había sido "derogado", *no se hallaba* en el desempeño o ejercicio del empleo por la ruptura del vínculo jurídico ocasionada por uno de los medios aptos para ello: *la aceptación de la renuncia*.

Cuentan los autos, bastante precarios por ser éste un proceso reconstruido, que días después de haberse dictado el decreto 213 (el que se derogó al 2886), el 13 de febrero, se le cursa un marconigrama en el que el secretario del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, le dice de manera vaga, ambigua y por demás lacónica: "Ruégole dar cumplimiento al artículo 1 del Decreto 213 de febrero 6 del 79 punto Atentamente..." (Fol. 45). Al día siguiente, según dice el Tribunal en su fallo, el doctor Rico manifiesta al

director del Departamento que en esa fecha se ha notificado del decreto 213 de febrero 6 de 1979, que "revocaba" los arts. 1o. y 2o. del 2886 y que, por lo tanto, *solicitaba información acerca de cuál era su situación jurídica* a partir de tal determinación, diciéndole entre otras cosas, que le explicara si el deseo de la Administración era que continuase con el cargo, ya que se le presentaba una serie de alternativas en otras entidades para prestar sus servicios profesionales. A lo anterior -continúa el Tribunal-, el director del Departamento le contestó: "Cuando a un empleado público a quien como usted, se le ha puesto en conocimiento del Decreto 213 del 6 del mes en curso, es su obligación proceder a reintegrarse para no incurrir en abandono del cargo..."

5.- En este punto del análisis, es preciso determinar si el "no reintegro" ante la situación creada por la cadena de errores manifiestos y protuberantes de la Administración que lleva a la Sala a anular los actos que a ella condujeron, es decir, del decreto 2886 de 28 de diciembre de 1978 y del decreto 213 de 6 de febrero de 1979, cabe preguntarse si puede tenerse como "abandono del cargo", con todas las implicaciones que trae consigo, el hecho del no reintegro por haberse dispuesto éste a través de un medio inadecuado para restablecer el vínculo jurídico laboral de la persona con la Administración.

Por "abandono del empleo" ha de entenderse la dejación voluntaria que el servidor público hace de los deberes que son inherentes al cargo que desempeñaba; consiste en una "inasistencia", en un "apartamiento efectivo y real" del servicio en circunstancias tales que el hecho produzca un daño o perjuicio a la Administración pública y a los servicios que a la misma presta. Ha de ser algo real, efectivo, con los consecuentes perjuicios que el hecho ocasione. ¿Habría entonces un verdadero abandono que conduzca a la declaratoria de vacancia si quien *ya no es empleado o funcionario* porque la administración le *aceptó* una renuncia que no presentó y que entregó con el lleno de las formalidades legales a su sucesor, porque posteriormente se "deroga" la aceptación de esa renuncia y, notificado de ello el *ex-servidor* no se reintegra?

Si bien la Sala comparte la afirmación del Tribunal de que no se requería o necesitaba de una investigación disciplinaria para establecer porqué el doctor Rico no se reintegraba al cargo, porqué "inasistía" a unas labores que ya no desempeñaba desde hacía más de un mes, si debió establecer, analizar y estudiar cuál era la situación jurídica cabal del antiguo funcionario; porqué asumía tal actitud y si el fenómeno del "abandono del empleo" se daba de manera real: el fenómeno del "abandono del empleo" o del cargo implica y exige demostraciones evidentes del abandono de la función pública y sus derivaciones perjudiciales, y mal puede hablarse de ello si no se encuentra en ejercicio de sus funciones por circunstancias provocadas por la propia Administración...

6.- Los actos acusados, por consiguiente, han debido declararse nulos, por lo cual la Sala habrá de revocar la sentencia apelada y en su lugar ha de acceder a las peticiones de la parte 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:

Revócase la sentencia de fecha (21) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, y en su lugar, se resuelve:

PRIMERO: Decláranse nulos los actos administrativos contenidos en los decretos 2886 de 28 de diciembre de 1978 (arts. 1o. y 2o.), 213 del 6 de febrero de 1979 y 549 de 9 de marzo de 1979, expedidos por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores nulidades, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil reintegrará al señor JULIO CESAR RICO URREGO al cargo que ocupaba de Jefe de la División de Personal de la Dirección General Administrativa o a otro igual o de superior categoría, y le pagará los sueldos, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de devengar desde cuando fue separado del cargo (16 de enero de 1979) hasta su reintegro, teniendo en cuenta los aumentos que haya habido y descontando aquello que hubiere devengado en dicho lapso del erario en función pública.

TERCERO: Declárese que no existe solución de continuidad para todos los efectos legales.

CUARTO: El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil dará cumplimiento a esta sentencia en el término señalado por el art. 176 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN.- CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 3 de agosto de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Barreto Ruiz, Salva voto; Alvaro Lecompte Luna.

RENUNCIA. DEROGACION DEL ACTO (Salvamento de Voto)

El acto que acepta una renuncia inexistente puede ser derogado o revocado directamente por la administración, pues ella no puede quedar impedida para hacer desaparecer de la vida jurídica un acto que ha desvinculado del servicio de una forma tan abiertamente ilegal a un funcionario. No podría argumentarse válidamente que la derogatoria o revocación del acto está vulnerando un derecho individual, cuando precisamente la administración está restableciendo el derecho conculcado.

No es útil el medio indicado en la sentencia para corregir el error, consistente en un nuevo nombramiento, debido a que como no se trata de un cargo de forzosa aceptación el desvinculado puede válidamente no aceptarlo sin que para él se derive consecuencia alguna por tal actitud.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintinueve de Agosto (29) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N^o. 285. Actor : Julió César Rico Urrego.

Mi disentimiento respetuoso con la sentencia anterior, se relaciona con la nulidad declarada del acto que "derogó" la aceptación de la "renuncia" del demandante y del que declaró la vacancia por abandono del cargo, respecto de lo cuales, en mi criterio no debió prosperar la nulidad impetrada.

Sin embargo, estoy de acuerdo con la nulidad que se despachó en relación con el acto que aceptó una renuncia no presentada por el actor, cuyo restablecimiento del derecho sólo podía consistir en la orden de pago de los haberes dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando debió reintegrarse en cumplimiento del decreto que derogó el acto que lo había desvinculado del servicio.

Debió negarse la nulidad de lo actos primeramente mencionados, por las siguientes razones:

1. Considero que el acto que acepta una renuncia inexistente, puede ser derogado o revocado directamente por la administración, pues ella no puede quedar impedida para hacer desaparecer de la vida jurídica un acto que ha desvinculado del servicio en una forma tan abiertamente ilegal a un funcionario. No podría argumentarse válidamente que la derogatoria o revocación del acto esta vulnerando un derecho individual, cuando precisamente la administración está restableciendo el derecho conculcado.

2. Me parece que no es útil el medio indicado en la sentencia para corregir aquel error, consistente en un nuevo nombramiento, debido a que como no se trata de un cargo de forzosa aceptación, el desvinculado puede *válidamente* no aceptarlo sin que para él se derive consecuencia alguna por tal actitud.

En cambio, la revocación directa tiene la virtud de restablecer el vínculo, sin que el funcionario pueda oponerse a la ejecución del acto que, precisamente por gozar de la presunción de legalidad, está obligado a cumplir, so pena de que al no asumir nuevamente sus funciones incurra en abandono del empleo, como sucedió en este caso.

Joaquín Barreto Ruiz

**POTESTAD REGLAMENTARIA. LICENCIA POR MATERNIDAD.
DESPIDO - Nulidad**

Al reglamentar el Presidente de la República, en su calidad de suprema autoridad administrativa, una materia dada sobre la cual ya dispuso el legislador, no significa que esa reglamentación debe abarcar todos y cada uno de los aspectos o tópicos de esa materia, y mucho menos que, por hacerlo sólo en lo que respecta a uno o varios puntos y no a otros de la misma, haya hecho mal uso de su potestad reglamentaria en esa disposición específica. Además, si el propio artículo 241 del C.S. del T. contempla la nulidad del despido para todos los eventos contemplados en el capítulo V, no quiere ello decir que por no haberse reglamentado toda la materia haya desaparecido esa "nulidad" para todos los otros eventos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintidós de Agosto (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N°. 2749 DECRETOS DEL GOBIERNO
Actor : Martha Luisa Sánchez Sánchez.

Se procede a dictar sentencia en el proceso que tuvo origen en la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad (art. 84 C.C.A.), ha incoado la ciudadana Martha Luisa Sánchez Sánchez contra el art. 10 del decreto No.

995 de 1968 -Junio 26-, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó la ley 73 de 1966, incorporada al Código Sustantivo del Trabajo, mediante el decreto (ley) 13 de 1967, cuyo tenor es el siguiente.

"Artículo décimo. - Nulidad del despido.-

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados por maternidad señalados en los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo, o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.
2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas."

Estima la libelista que tal disposición reglamentaria quebranta, en primer lugar, el art. 120 num. 3o. de la Constitución política, igual que los arts. 2o., 76 y 55 de la misma, igual que el art.12 de la Ley 153 de 1887 y que el art. 241 del C. S. del T., por las razones que a continuación se transcriben:

"Se denomina Potestad Reglamentaria, la que tiene el ejecutivo para dictar providencias que faciliten la aplicación de las leyes.

Aquella esta consagrada en el numeral 3o. del artículo 10 de la Carta: "Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes"". Por lo anterior se entiende que al primer mandatario le corresponde hacer cumplir las leyes y ante todo respetarlas.

También se debe tener en cuenta para tal efecto lo establecido en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarias a la Constitución y las Leyes"". Por tal razón la reglamentación debe dirigirse a respaldar, no a menguarla; debe concretarse a lo indispensable y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en orden a la ejecución de las leyes.

Además se ha establecido en sus límites que dicha potestad se ejerce sólo cuando sea necesario para esa cumplida ejecución y hasta donde la exige esa necesidad, sin exceder el espíritu de la Ley reglamentada.

Con respecto al Decreto Reglamentario No. 995 de 1968, artículo 10 que reglamenta la Ley 73 de 1966, se encuentra una manifiesta violación a las disposiciones establecidas en el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo; puesto que este decreto no respalda totalmente la voluntad

del legislador contemplada en dicho artículo, sino que mengua derechos de la trabajadora.

Transcribiré a continuación el artículo 241 del Código en mención, para entrar a fundamentar la violación el artículo 10 del decreto demandado.

Artículo 241 - Nulidad del Despido:

"" 1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos remunerados o licencias mencionadas.

"" Los casos de descanso remunerado que habla el Capítulo V. del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo, son los siguientes:

A. El descanso remunerado durante la licencia de ocho (8) semanas en la época del parto a que tiene derecho toda trabajadora en estado de embarazo. (artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo).

B. El descanso remunerado a que tiene derecho la trabajadora embarazada que sufre de aborto o parto no viable, donde la licencia se reduce a un término de dos (2) a cuatro (4) semanas. (artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

C. El descanso remunerado durante la lactancia, caso en que el patrono está obligado a conceder a la trabajadora dos (2) descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante seis (6) primeros meses de edad. (artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo).

D. Otro evento en que es nulo el despido, es el caso de la licenciada por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

Por consiguiente al hacer la correspondiente comparación del artículo 10 del decreto reglamentario y el artículo 241 del código; en el primero de estos artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo, a diferencia del segundo artículo contempla todos los casos del capítulo V del título VIII anotados específicamente, quedando por fuera como se observa notoriamente el caso del artículo 238 del código, que nos habla del descanso remunerado en época de la lactancia.

Con relación a las otras normas violadas de la Constitución Nacional, en relación con la potestad reglamentaria, son, los artículos 2o., 76 y

55 de la Carta, que establecen respectivamente el sometimiento de los órganos del Estado a las normas superiores de la Constitución, el poder congresional del Congreso de hacer las leyes y la prohibición de que una rama del poder se inmiscuya en los asuntos de la privativa competencia de otra o de otras, puesto que cada rama posee autonomía sin dejar de admitir que se correlacionan entre sí, ya que el ejecutivo se convierte en este caso en un legislador ocasional so pretexto de reglamentar."

Durante el traslado a las partes para alegar de conclusión, no hubo escrito de ellas en tal sentido, por lo cual se ordenó el correspondiente a la agencia del Ministerio Público - Fiscalía Quinta del Consejo de Estado-, la que ha emitido, en su oportunidad procesal, su concepto de fondo, así:

"En el presente caso, se va a dilucidar, si el artículo 10 del Decreto No. 995 del 26 de Junio de 1968, se ajusta a derecho.

El Decreto 995 de Junio 26 de 1968, reglamentó la Ley 73 de 1966 incorporada al código Sustantivo del Trabajo mediante Decreto número 13 de 1967.

La norma acusada, se refiere al siguiente tema:

"ARTICULO 10o. *Nulidad del despido*. 1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados por maternidad señalados en los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo, o de licencia por enfermedad, motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno, el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma, al hacer uso del preaviso éste expire durante los descansos o licencias mencionados."

La actora considera que el acto reglamentario está restringiendo la norma reglamentada, al limitar los casos de aplicación señalados en el artículo 241 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el Decreto 13 de 1967, en su artículo 8 que dice a la letra en la parte pertinente:

"Nulidad del despido. 1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas."

El Decreto 13 de 1967, fue expedido por el Presidente de la República, con base en las facultades conferidas por el artículo 12 de la Ley 73 de 1966 por medio del cual se incorporaron al Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones de la Ley 73 de 1966, que introdujo algunas modificaciones a la legislación laboral, en desarrollo de convenios internacionales.

La Ley 73 de 1966, en el artículo 7 estipula: "El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada, por dicho concepto, durante los descansos o licencias mencionadas."

Mediante el Decreto 13 de 1967, se incorporaron al Código Sustantivo del Trabajo, varias disposiciones, entre las cuales está el artículo 7 del Decreto mencionado, que modificó el 238 de éste.

En consecuencia, esta norma pasó a formar parte del capítulo V del Título VIII de la codificación laboral.

La finalidad del Decreto - Reglamentario, es la de poner en movimiento la ley, sus principios, complementándola, para facilitar su debida aplicación, fijando los lineamientos, detalles y reglas de aplicación .

El Presidente de la República, con base en esta potestad otorgada mediante el artículo 120,3 de la Constitución Nacional, no puede limitar el ámbito de aplicación de la ley restringiendo como en el presente caso su debida aplicación solamente los tres casos señalados en el acto acusado, y dejando por fuera el descanso remunerado durante la lactancia, que está expresamente señalado en el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo norma reglamentada, por cuanto ésta establece que el patrono debe conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que habla este capítulo. ¿ Cuáles son ?

Los señalados en los artículos 236, 237, 238 y los de la licencia motivada por la enfermedad ocasionada por el embarazo o el aborto. Todos incorporados al mismo capítulo del código y por lo mismo, conformando una unidad.

Consagra el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo el derecho a favor de la trabajadora que esté "disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo."

Se está refiriendo a los antes mencionados y en especial el que nos ocupa, el descanso remunerado durante de lactancia, en consecuencia, al omitir la norma acusada esta situación, regulada en el artículo 7 del Decreto 13 de 1967 incorporado en el artículo 238, se encuentra que

ésta restringió la aplicación de la norma violándose así el artículo 120,3 de la Constitución Nacional.

En opinión de esta fiscalía el artículo 10 del Decreto-Reglamentario Número 995 del 26 de junio de 1968, expedido por el Presidente de la República debería ser anulado.

Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público, se permite solicitar se acceda a las súplicas de la demanda."

De esta suerte, no hallando la Sala defecto que incide en la validez de lo actuado, entra a dirimir la litis previas las siguientes

CONSIDERACIONES

I- Las dos normas legales citadas por el art. 10 del decreto No. 995 de 1968, demandado de nulidad en el asunto *sub-lite*, dicen a la letra:

"Art. 236. - DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO.- 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de ocho semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratase de un salario que no sea fijo, como es el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora.

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto."

"Art. 237. - DESCANSO REMUNERADO EN CASO DE ABORTO.-

1. La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

2. Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico sobre lo siguiente.

a) La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o un parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b) La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora"

En cuanto al precepto del Código Sustantivo del Trabajo que según criterio de la actora - y en lo cual coincide, como se vio, la Doctora Fiscal Quinta de la Corporación-, es decir, el art. 241 ibídem, tal como quedó con la modificación introducida por el art. 8o. del decreto-Ley 13 de 1967, se tiene que dice:

"ART. 241. NULIDAD DEL DESPIDO. 1. El patrono está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas."

El acto administrativo, de tipo reglamentario y por tanto, de carácter genérico, está destinado a desarrollar específicamente la nulidad del despido de la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados por maternidad que estatuyen los arts. 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo, vale decir, sólo lo que atañe a la época del parto y a los casos de aborto. Mas la circunstancia de que dicho art. 10 -el acto acusado- no se haya ocupado de reglamentar lo atinente a la nulidad del despido a que se refiere el art. 241 ibídem (tal como quedó según el art. 8o. del decreto-Ley 13 de 1967) ni tampoco a las demás situaciones fácticas a que se refiere el capítulo V del título VIII, Primera Parte, del C.S. del T., ("descanso remunerado en la época del parto", "descanso remunerado en el caso de aborto o parto prematuro", "descanso remunerado durante la lactancia"; licencia motivada por el embarazo o parto"), ello no significa que haya restringido las dichas nulidades de despido en los demás eventos. Se trata de una reglamentación únicamente circunscrita a las dos eventualidades mencionadas, sin que eso signifique que se prescinda de la nulidad del despido en los demás casos.

De allí que la sala no deba acceder a las pretensiones de la demanda ni a los criterios que, en el mismo sentido, haya expuesto la Fiscalía. Debe pensarse que al reglamentar el Presidente de la República, en su calidad de suprema autoridad administrativa (art. 120-3, C.N.) una materia dada sobre la cual ya dispuso el legislador, no significa que esa reglamentación debe abarcar todos y cada uno de los aspectos o tópicos de esa materia, y mucho

menos que, por hacerlo sólo en lo que respecta a uno o varios puntos y no a otros de la misma, haya hecho mal uso de su potestad reglamentaria en esa disposición específica. Además, si el propio art. 241 del C.S. del T. contempla la nulidad del despido (segundo inciso) para todos los eventos contemplados en el capítulo V, no quiere ello decir que por no haberse reglamentado toda la materia haya desaparecido esa "nulidad" para todos los otros eventos.

No habrá por consiguiente, de accederse a las pretensiones de la parte actora por las razones indicadas.

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 peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. - CÚMPLASE.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de Agosto de 1990.-

Clara Forero De Castro; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Joaquín Barreto Ruíz; Ausente, Alvaro Lecompte Luna.

SINDICATOS. SUSPENSION COLECTIVA DEL TRABAJO - Ilegalidad

El C.S. del T. no prevé que la reanudación de actividades por parte de los trabajadores impida la declaración de ilegalidad de la suspensión colectiva del trabajo. Por el contrario, el artículo 451 de dicho estatuto, al referirse a este punto, en el numeral 2 prevé que "la reanudación de actividades no será óbice para que el Ministerio haga la declaratoria de ilegalidad correspondiente".

SE DECLARA LA NULIDAD, de la Resolución No. 2926 de 8 de Septiembre de 1982, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección segunda.

Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de Agosto de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente N^o. 1525 Actor : TEJIDOS EL CONDOR S.A. y Expediente No. 1888 Actor: SINTRATEXIL

Reconstrucción Nulidad

La sociedad TEJIDOS EL CONDOR S.A. - Tejicondor- demandó la Resolución No. 2926 de Septiembre 8 de 1982 mediante la cual el Ministerio

de Trabajo y Seguridad Social decidió "revocar directamente la Resolución No. 02433 del 6 de Agosto de 1982 por medio de la cual se declaró ilegal la suspensión de actividades realizadas por los trabajadores de la empresa TEJIDOS EL CONDOR S.A.", para impetrar, a título de restablecimiento del derecho, que se tenga "como plenamente válida la Resolución No. 02433 del 6 de Agosto de 1982, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

Por su parte, el Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia -SINTRATEXTIL- reclama la nulidad de la Resolución 02433 citada, por medio de la cual el Ministerio del Trabajo declaró ilegal el cese de actividades efectuado por los trabajadores de la mencionada empresa y que se ordene, como consecuencia, "el pago de los perjuicios de todo orden inferidos al Sindicato demandante por la Resolución acusada."

De otro lado, la Doctora DALIA ANGEL S. obrando en su propio nombre y en acción de simple nulidad, demanda también esta última Resolución.

Estas acciones dieron lugar, en su orden, a los procesos radicados bajo los números 8118, 8332 y 8339, respecto de los cuales se dispuso en providencia de Abril 13 de 1984 la acumulación de los procesos 8339 y 8332 al 8118 (fls. 76-85).

Destruídos los expedientes en el Palacio de Justicia en Noviembre de 1985, se procedió a su reconstrucción a solicitud de los demandantes en los términos del decreto 3825 de ese año.

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Los hechos en que la empresa Tejidos El Cóndor S.A. -TEJICONDOR- fundamenta sus pretensiones se pueden sintetizar así:

A) Desde el 9 de Marzo de 1982, el Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil -SINTRATEXTIL- declaró un paro en las dependencias de la empresa Tejidos el Cóndor S.A. -TEJICONDOR-, el cual fue declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la Resolución No. 2433 de 1982 .

B) El Sindicato de Trabajadores de la industria Textil de Colombia es un sindicato de industria , al cual están afiliados en la empresa TEJICONDOR

1224, número que no representaba la mitad del total de trabajadores de la empresa en esa época, que era de 2.400.

C) De acuerdo con lo previsto en el artículo 444 del C.S. del T., la aprobación de la huelga debe hacerse por la mayoría de los Trabajadores de la empresa o por la asamblea general del sindicato a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajadores.

D) Habiéndose aprobado la huelga en dos actos (la reunión de trabajadores de TEJICONDOR del 21 de Febrero de 1982 y la Asamblea Nacional de Delegatarios de SINTRATEXTIL del 28 siguiente), ninguna de esas dos aprobaciones se ajustó a la Ley, pues a la primera reunión sólo asistieron 1.097 trabajadores y el número total de éstos era de 2.460 (se requería la asistencia de 1.231) y, en segundo lugar, los delegatarios asistentes a la Asamblea General de SINTRATEXTIL no representaban tampoco la mitad más uno de los trabajadores de TEJICONDOR, porque a dicho Sindicato sólo pertenecían 1.224 trabajadores y la mitad más uno de todos los trabajadores de la empresa era 1.231.

E) Los delegatarios a la Asamblea Nacional de SINTRATEXTIL no fueron elegidos por la Asamblea General Seccional de Medellín, sino que fueron designados por la Junta Directiva Nacional, con lo cual se transgredió el artículo 11, parágrafo 1º, de los Estatutos de SINTRATEXTIL y el artículo 387 del C.S. del T. La irregularidad se produjo porque en la publicación de los estatutos hecha por el Sindicato se modificó el texto pertinente cambiando el pronombre "éstos" por la palabra "ésta", de suerte que los delegados a la Asamblea Nacional de Delegatarios que debían ser designados por los afiliados, como lo disponen los verdaderos estatutos, lo fueron por la Junta Directiva Nacional de SINTRATEXTIL (como dicen los estatutos adulterados) (Fls. 157 a 174 y 188 a 204 cdno. No. 3).

F) No resulta lógico que "una Asamblea Nacional de Delegatarios de un sindicato de industria, que debe adoptar sus decisiones por mayoría absoluta y que estaba integrada por 36 delegados de los cuales apenas 15 eran representantes de Tejicondor, decretara una huelga en esta empresa con la participación minoritaria (42%) de los representantes de sus trabajadores, pues ello 'conduciría al absurdo de aceptar que personas que no laboran en la empresa afectada puedan decidir sobre los intereses de los trabajadores que bien pudieran no querer suspender colectivamente sus labores.' (FOL.17 cdno. ppal.).

G) "Para emitir la Resolución 2926 de Septiembre 8 de 1982, por la cual se revocó directamente la Resolución 2433 del 6 de Agosto de 1982, que había declarado ilegal la huelga de Tejicondor, no se oyó a ésta ni se obtuvo su 'consentimiento expreso y escrito', no obstante que el acto revocado había creado situaciones jurídicas individuales y reconocido derechos de igual

categoría en favor de dicha empresa." (Fol. 23 cdno. ppal.). En ejercicio de los derechos que le otorgó la Resolución No. 2433 de 1982. "...la empresa despidió a los 63 trabajadores que más agresiva, violenta e injustamente habían obrado durante la huelga." (Fol.23 cdno.ppal.), los cuales a raíz de la revocación de la aludida resolución están "reclamando, por intermedio de la jurisdicción del trabajo, su reincorporación a la empresa, con las consiguientes indemnizaciones derivadas de un hipotético despido injusto. De llegar a ocurrir esta eventualidad, los directivos de Tejicondor estiman, con el mayor realismo, que la empresa entraría en un periodo de caos, desconcierto y anarquía , que harían no sólo imposible el manejo de las relaciones laborales, sino que paralizarían inevitablemente la propia operación productiva." (Fol.26 cdno. ppal.).

H) Sintetiza la empresa demandante las "violaciones legales en que incurre el acto revocatorio" (Resol. No.2926/82), así :

"I) El supuesto de que cuando se ha levantado el paro no se puede decretar su ilegalidad, vulnera palmariamente el numeral 2 del Artículo 451 del C. S. T., cuyo contenido dispone lo contrario;

II) La tesis de que una vez convocada el Tribunal de Arbitramento no puede declararse la ilegalidad de la huelga que lo procedió, no pasa de ser una invención que también contraría el mandato del numeral 2 del Artículo 451 del C.S.T.

III) La aserción de que el procedimiento seguido por Sintratextil para declarar la huelga se ajustó a las normas estatutarias y legales, es una falacia clamorosa.

IV) La afirmación de que la Resolución que declaró la ilegalidad del paro fue extemporánea, es el reconocimiento por la Administración de su propia negligencia, irónicamente esgrimida contra la empresa que al demandarla había sido diligente, y,

V) La acomodaticia interpretación e indebida aplicación de los artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, inexorablemente implican su más burda transgresión, como va a verse ."(Fol. 26 cdno. ppal.).

2.- Los hechos que sirven de sustento tanto a la demanda del Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia- SINTRATEXIL-, como a la de la señora Dalia Angel S., (Fls. 18 a 20, 32 a 35 cdno. No. 1), se pueden resumir así:

a) Los trabajadores de la Empresa Tejidos El Cóndor S.A. -TEJICONDOR-, afiliados en su mayoría al Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia- SINTRATEXIL-, organización sindical con personería

jurídica reconocida desde 1973, presentaron a la empresa, el 1º. de Diciembre de 1981, un pliego de peticiones, lo cual originó un conflicto colectivo en el que se cumplieron todas las etapas previstas en la ley y que culminó con la declaración de un huelga que se efectuó entre el 9 de Marzo y el 3 de Mayo de 1982.

b) El ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la Resolución No. 1129 del 28 de Abril de 1982 convocó el Tribunal de Arbitramento obligatorio, con el fin de que dirimiera el conflicto. Igualmente, "...en forma inconstitucional, ilegal, extemporánea y arbitraria, procedió a declarar ilegal la huelga efectuada por los trabajadores de la empresa Tejidos el Cóndor S.A. 'TEJICONDOR', por medio de la Resolución No. 02433 del 6 de Agosto de 1982, sin haber dado traslado de dicha solicitud al Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia - SINTRATEXIL-, ni a sus trabajadores. " (Fol. 19 cdno. No. 1).

c) "La Resolución 02433 que declaró ilegal la huelga no se ajustó a la Ley por cuanto fue peligrosamente incompleta; en efecto , olvidó advertir el procedimiento que debe seguir la empresa para no cometer atropellos, a saber: lo establecido por el decreto 2164 y la resolución 1064, ambos ordenamientos de 1959."(Fol. 20 cdno. No. 1).

d) Con base en dicha resolución, la empresa "...llegó a despedir en forma colectiva a más de 65 trabajadores, casi todos dirigentes de las organizaciones sindicales existentes en la empresa, amparados por el fuero sindical."(Fol.19 cdno.No. 1).

e) Cuando se dictó la Resolución No. 2433 , "... ninguno de los trabajadores de 'TEJICONDOR' se encontraba en cese de actividades , ya que la reiniciación de labores se produjo el día 3 de Mayo de 1982."(Fol.21 Cdno.No. 1).

3.- La empresa Tejidos el Cóndor S.A. -TEJICONDOR-, señaló que la Resolución No. 2926 del 8 de Septiembre de 1982, es violatoria de "...los Artículos 17 y 18 de la C.N.; los Artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, y los artículos 387, 444, modificado por el 31 del Decreto 2351 de 1965, 450/1 literal d) y 2, y 451, 1 y 2 del C.S.T.". (Fls. 27 y 28 Cdno. ppal.).

Por su parte , el Sindicato accionante y la señora Dalia Angel S., sostienen que la Resolución No. 2433 de 1982 quebranta lo dispuesto en los artículos 16 , 20 y 26 de la Constitución Política, artículo 1º del Decreto 2164 de 1959 y la Resolución No. 1064 de ese año.

El concepto de violación de las referidas normas aparece en los cuadernos No.1, folios 21 a 27; No. 2, folios 13 al 19 y principal, folios 28 a 51.

4.- A solicitud de TEJICONDOR, mediante auto de 4 de Febrero de 1983 (Fls. 60-62 cdno, ppal.), se decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 2926 de 8 de Septiembre de 1982.

5.- La Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo conceptúa que la Resolución No. 2926 de 1982 debe anularse, toda vez que "... revocó una decisión de carácter particular y concreto que había creado una situación jurídica de carácter particular y reconocido un derecho de igual categoría...".

Agrega que "la Resolución 2433 de Agosto 6 de 1982, es un acto de carácter particular, en el sentido de estar creando una situación jurídica y concreta, respecto de la Empresa y que por lo mismo, salvo el caso de una ilegalidad manifiesta, por haber sido proferida con error, fuerza o dolo o por ser inexistente, no podía ser revocada a términos del artículo 21 del Decreto 2733 de 1959."

Anota, además, que en la Resolución No. 2926 de 1982 no se analizó lo relativo al número de trabajadores que votaron la huelga en la reunión del 21 de Febrero de 1982 ni a la forma irregular como se eligieron los delegatarios a la Asamblea General de delegados del 28 de los mismos y que " el hecho de que la Resolución No. 2433 de 1982, en el artículo 1o. declare legal (sic) la suspensión de actividades de los trabajadores de la Empresa de Tejidos El Cóndor utilizando la expresión 'que viene realizando' y que esta demostrado que el paro había cesado al momento de expedirse ésta, no significa que hubiera perdido competencia el Ministerio del Trabajo para proferirla, por cuanto el cese de actividades se produjo y además porque de acuerdo con el artículo 451 inciso 2o. tenemos:

'... La reanudación de actividades no será óbice para que el Ministerio haga la declaración de ilegalidad correspondiente'. " (Fols. 295 y 296 cdno. ppal.).

Respecto de la Resolución 2433, también acusada, solicita se deniegue la pretensión de nulidad, por cuanto "... el acto acusado no transgredió ninguna de las normas constitucionales señaladas".

Analizando la actuación administrativa llevada a cabo por el Ministerio, se ve que ésta se ajustó a derecho en el sentido de que por petición de la Empresa se declaró la ilegalidad de la huelga una vez se constató que se había vulnerado el artículo 450 en el literal d, por previa petición que hiciera esta".

Finalmente expresa:

"En relación con la violación de los artículos 1o. del Decreto 2164 y 2o. de la Resolución 1064 ambos del año 1959, se tiene que las normas señaladas como violadas son aplicables con posterioridad a la declaratoria de

ilegalidad de la suspensión colectiva del trabajo, en el sentido de que se ordena al Ministerio que una vez producida ésta, intervenga de inmediato para evitar despidos injustos, conocer las listas de los trabajadores que la Empresa considera necesario despedir etc..., cuestiones que en nada afectan el acto acusado. Además se echan de menos las pruebas tendientes a demostrar el no cumplimiento por parte del Ministerio de las obligaciones señaladas en las normas aducidas como quebrantadas. En efecto, no se probó que no hubiera pasado a la jefatura de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social, la lista de trabajadores que era necesario despedir,..." (Fls. 285-299).

6.- En virtud de la demanda presentada por Tejicóndor deberá la Sala dilucidar lo concerniente a la legalidad de la Resolución No. 2926 de 8 de Septiembre de 1982, por la cual se revocó la Resolución No. 02433 de 6 de Agosto del mismo año.

Si se concluye en la ilegalidad de la resolución 2926 de 1982, recobrará su vigencia la No. 2433 de ese mismo año y, por ende, habrá lugar a definir la legalidad de ésta, que ha sido demandada tanto por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia, SINTRATEXIL como por la ciudadana Dalia Angel Sánchez.

En el primer caso, la Sala debe detenerse a examinar los motivos que indujeron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a revocar la Resolución No. 2433 de 1982, que declaró ilegal el cese de labores de los trabajadores de la Empresa Tejicóndor en el año de 1982.

En el texto de la Resolución 2926, luego de señalarse las normas que sirvieron de fundamento para que el Ministerio convocara el Tribunal de Arbitramento que en últimas puso fin al aludido conflicto laboral, se dice que para el 2 de Agosto de 1982, fecha en que se expidió la Resolución No. 2433 "los... trabajadores se habían reintegrado a sus labores en la Empresa; por ello, es dable afirmar que la decisión de declaratoria de ilegalidad resulta extemporánea, porque si bien es cierto el Ministerio de Trabajo tiene amplias facultades legales para intervenir en la solución de los conflictos, el que nos ocupa ya estaba decidido o en vía de decidirse en razón de la convocatoria del Tribunal Obligatorio que ya se mencionó." (Fol. 155 cdno, ppal.).

Y continúa:

"Declarar la ilegalidad de la huelga después de haberse agotado el trámite formal relativo a la Convocatoria del Tribunal de Arbitramento Obligatorio para dirimir el conflicto, equivaldría a dejar sin piso jurídico éste, con imprevisibles consecuencias desde el punto de vista fáctico y jurídico.

Así las cosas, es criterio de este Despacho que ya no era tiempo oportuno para proceder a declarar la ilegalidad del movimiento huelguístico. Este debió haber sido el sentido de la providencia atacada, ya que naturalmente era obligación darle trámite a la solicitud empresarial de ilegalidad formulada en ejercicio del derecho de petición.

Ahora bien, para establecer si es procedente la revocatoria directa de la providencia atacada, el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959 señala los casos en que ésta procede como son:

'a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la Ley;
b) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; c) Cuando con ello se cause agravio injustificado a una persona.'

En el caso que nos ocupa se pueden aplicar los literales a) y c) del artículo mencionado, por cuanto la providencia cuya revocatoria se pide es contraria a la Ley ya que se expidió cuando el Ministerio había puesto fin a la huelga de los trabajadores de Tejióndor, mediante el ejercicio de la facultad discrecional que le confiere el legislador para dar por terminado un conflicto laboral colectivo, mediante la convocatoria de un tribunal de arbitramento de carácter obligatorio, y siendo así, la providencia impugnada causa agravio injustificado a la organización sindical y a los trabajadores despedidos. No sobra advertir que en el presente caso la revocatoria no necesita consentimiento escrito y expreso de parte alguna ya que no ha creado una situación jurídica individual.- Al respecto en sentencia de 26 de Noviembre de 1973, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente: 'La violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, no puede predicarse.- La declaratoria de la ilegalidad de una huelga precisamente por la misma materia no puede constituir una situación jurídica individual, ni menos crear un derecho en favor de una persona. - La facultad de despedir trabajadores, en virtud de declaratoria de ilegalidad de la huelga, no es un derecho jurídicamente protegible. Es una simple autorización que da el Gobierno a una empresa, pero que bien puede ser revocada, en guarda de la tranquilidad del interés de la colectividad'.-(Fls. 155 y 156 cdno. ppal.).

Se deduce de estos razonamientos que para el Ministerio la Resolución No. 2433 de 1982 podía revocarse con fundamento en el literal a) del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, en razón de que la declaración de ilegalidad del paro de los trabajadores de TEJICONDOR se hizo después de haber finalizado el mismo tras la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio. En estas circunstancias la medida sería ilegal, por extemporánea o inoportuna, lo que acarrea agravio injustificado a la organización gremial y a los trabajadores despedidos.

Tal argumento resulta inconsistente por cuanto el C.S. del T. no prevé que la reanudación de actividades por parte de los trabajadores impida la declaración de ilegalidad de la suspensión colectiva del trabajo. Por el contrario, el artículo 451 de dicho estatuto, al referirse a este punto, en el numeral 2º prevé que "La reanudación de actividades no será óbice para que el Ministerio haga la declaratoria de ilegalidad correspondiente".

La ignorancia de este precepto por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo es obviamente inexcusable.

Así pues, si el Ministerio del Trabajo radicó el quebranto de los literales a) y c) del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 en la expedición extemporánea de la Resolución 2433 de 1982 y ésta realmente no se da, hay que concluir que la Resolución No. 2926 de 1982, que revocó la 2433, es contraria a derecho y, por lo mismo, se impone su invalidación.

7.- Por razón de las demandas instauradas por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Textil de Colombia y por la doctora Dalia Angel S., corresponde definir la legalidad de la Resolución 2433 de Agosto 6 de 1982.

En los considerandos de esta Resolución se lee:

"El artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo exige, para que la huelga sea decidida en legal forma, que ella se adopte mediante votación secreta por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la asamblea general del sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, y que con anterioridad a la asamblea se dé aviso a las autoridades del trabajo.

La huelga en la empresa Tejidos El Cóndor S.A. 'Tejicóndor', fue decidida en dos actos, así:

- En reunión celebrada el 21 de Febrero de 1982, con asistencia de 1.097 trabajadores de la empresa, de los cuales 1090 votaron a favor de la huelga.

- En reunión de la Asamblea General de SINTRATEXTIL; celebrada el 28 de Febrero de 1982 con participación de 36 delegados de los 43 posibles y con unánime votación de los asistentes a favor de la huelga.

Como la empresa tiene a su servicio 2.460 trabajadores, no puede considerarse la reunión del 21 de Febrero como Asamblea General de los trabajadores de Tejicóndor, porque para tal efecto se requería un quórum de 1.231 trabajadores, que corresponde a la mitad más uno de ellos.

En consecuencia, para el cumplimiento de la disposición legal citada, sólo subsiste la posibilidad de que la huelga haya sido decidida en asamblea general del sindicato o sindicatos que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores de la empresa.

Los trabajadores de Tejiçóndor están afiliados a SINTRATEXTIL, sindicato de Industria, con un total de 3.787 afiliados, de los cuales 1.224 son trabajadores de Tejiçóndor, según los datos contenidos en el informe rendido por el inspector Primero de Relaciones Colectivas, del Trabajo sobre la Asamblea Nacional de Delegados de SINTRATEXTIL y en la certificación de la Jefe de Relaciones Colectivas del Trabajo de la División Departamental de Antioquia.

La empresa, de conformidad con el informe de personal del Departamento de Nómina, tiene 2.460 trabajadores. En consecuencia, para que la Asamblea General de Sintratextil tuviera la facultad de votar la huelga, era indispensable que a lo menos 1.231 de los afiliados fueran trabajadores de Tejiçóndor. Por consiguiente, no es el sindicato mayoritario de la empresa y, por lo tanto, su Asamblea General no tenía la posibilidad de votar la huelga.

En cuanto al argumento señalado en el punto 3-a, debe afirmarse que ni legal ni estatutariamente puede la junta Directiva Nacional de SINTRATEXTIL designar a los delegados por Medellín.

En efecto, dice el párrafo Primero del artículo 11 de los estatutos: 'La Asamblea Nacional de Delegatarios estará formada por un (1) Delegado por cada 100 socios o fracción entre 25 y noventa y nueve (99) de cada una de las Seccionales, los que serán elegidos por las Asambleas Generales Seccionales, y los Delegados de los afiliados adscritos a la Junta Directiva Nacional, serán elegidos por *éstos*, conforme a los estatutos.' (se subraya).

Cuando el anterior precepto utiliza la palabra ESTOS, se está refiriendo a los afiliados, atribuyéndoles a ellos la facultad de elegir sus delegados. La errónea interpretación que hace el sindicato sobre este precepto, al pretender que la facultad de nombrar los delegados de los afiliados de Medellín corresponde a la Junta Directiva, conduciría a la violación del artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo, que en las circunstancias en él señaladas, permite la adopción de sistemas distintos al de la participación directa y personal para constituir la asamblea, *sólo cuando se garantiza la representación de los afiliados* (se subraya)." (Fls. 147- 149).

En la demanda instaurada por el Sindicato en referencia contra la Resolución 2433 de 1982 se invocan, como atrás se anotó, los artículos 16, 20 y 26 de la Carta, el artículo 1o del decreto 2164 de 1959 y la Resolución

1064 del mismo año, normas que igualmente se invocan en la demanda de la ciudadana DALIA ANGEL S. (Fls. 16-40 Cdo. No 1)

Se formulan allí consideraciones generales acerca de las garantías constitucionales que se dicen irrespetadas, con alegación de que "no se citó a audiencia a la organización sindical, ni a los trabajadores, ni mucho menos se practicó investigación sobre la solicitud hecha por la empresa"; los funcionarios del Ministerio del Trabajo "omitieron advertir el cumplimiento de las normas consagradas en el decreto 2164 y la Resolución 1064"; la empresa "no pasó a la jefatura de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social la lista contentiva de los trabajadores que era necesario despedir no hubo interrogatorio, ni audiencia para el sindicato"; "la declaratoria de ilegalidad se profirió a oscuras de los trabajadores de la empresa y de la organización sindical"; "no hubo motivos, razones o causas para que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia declarara la ilegalidad de un cese de actividades, porque esas causas no existieron, no se demostraron y mucho menos se contradijeron los argumentos expuestos por la empresa"...(Fls. 21-27 *passim*).

Como fácilmente puede advertirse, no trae la demanda argumento alguno de solidez suficiente para desvirtuar las razones de orden legal que sustentaron la decisión administrativa que ahora se impugna. Esto mismo cabé afirmar de la demanda suscrita por la doctora Dalia Angel S. en ejercicio del contencioso objetivo, concebidas ambas en idénticos términos.

Por otra parte, el que la Resolución enjuiciada no hubiera hecho referencia a las medidas de que trata el decreto 2164 de 1959 no afecta la validez de aquella pues lo que en él se dispone es que, declarada la ilegalidad de un paro, el Ministerio del Trabajo "intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro."

La resolución 1064 de 1959, que también se invoca, prevé una actuación del patrono posterior también a la declaración de ilegalidad y, por lo tanto, sin relación alguna con la causa y razón de esta última.

Así pues, no habiendo sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto enjuiciado, corresponde mantener su vigencia.

En tal virtud, la Sala declarará la nulidad de la Resolución 2926 de 1982 y la negará para la Resolución No. 2433 de 1982.

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

FALLA:

1.- Declárese la nulidad de la Resolución No. 2926 de 8 de Septiembre de 1982, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2.- Deniéase la nulidad impetrada para la Resolución No. 2433 de 6 de Agosto de 1982, expedida por el mismo Ministerio, Resolución que recobra plena validez a consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 10 de Agosto de 1990.

Clara Forero Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker; Joaquín Barreto Ruíz; ausente, Alvaro Lecompte Luna.

**PENSION DE JUBILACION. CARGO PUBLICO -Compatibilidad.
PENSION DE JUBILACION. INDEXACION**

La Sala entiende que si un profesional con título universitario viene laborando simultáneamente en dos cargos de medio tiempo cada uno, cuando se pensiona con base en los servicios y la remuneración correspondiente a uno solo de ellos, la cuantía de la prestación es determinada con base en dicha remuneración; vale decir, es "media pensión", caso en el cual es compatible con el ejercicio del otro cargo de medio tiempo; pues si el literal b) del artículo 1° del Decreto 1713 de 1960 permite que los profesionales con título universitario desempeñen simultáneamente dos empleos de medio tiempo, resulta lógico que se acepte la compatibilidad entre la pensión causada en tales circunstancias y el desempeño del otro empleo de medio tiempo. La Corporación considera que para efectos de la desactualización monetaria de los valores de la compatibilidad de pensión y sueldo debe tenerse en cuenta la cuantía, según el cual la compatibilidad entre pensión y sueldo debe tenerse en cuenta la cuantía, ración fijada por la ley para los ministros del despacho.

INSUBSISTENCIA / ISS - REGIONAL - funciones

Ninguna de las piezas probatorias permite concluir que la Gerencia Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales para la fecha en que expidió el acto acusado, carecía de facultad para separar del servicio a los funcionarios de esa Seccional. El accionante no acreditó, que el funcionario que expidió el acto demandado, carecía de facultad para ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de Agosto de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz

Referencia: Expediente N°. 394 Autoridades Nacionales Actor : Darío Patiño Gutiérrez.-

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal de Antioquia del 23 de Noviembre de 1982, mediante la cual se declaró nula la Resolución No.1060 de 1980 expedida por el Gerente Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales, que declaró la Insubsistencia del nombramiento de Darío Patiño Gutiérrez en el cargo de odontólogo, ordenó su reintegro y dispuso que en caso de que optara por el reintegro se le cancela la totalidad de los haberes dejados de percibir, para lo cual se debe tener en cuenta lo previsto en el art. 60. de la Ley 1ª. de 1963, en armonía con el art. 10. de la ley 57 de 1964. Dispuso además, que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio (fls. 38 y 29).

Aunque a folio 68 del cuaderno principal aparece copia del escrito del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la aludida sentencia, no obran en el expediente las razones de su inconformidad, por lo cual la Sala se abstiene de hacer consideraciones sobre el particular. En relación con el recurso de la demandada, éstas se harán más adelante.

En la demanda se expusieron como fundamento de la acción, los siguientes hechos:

1.- En virtud del nombramiento efectuado por Resolución de la Gerencia de la Seccional de Antioquia, el demandante se vinculó el 20 de Agosto de 1959, al Instituto de Seguros Sociales y por Resolución No. 1060 de 13 de Mayo de 1980, proferida por la mencionada Gerencia Seccional fue declarado insubsistente su nombramiento, con fundamento en el hecho de encontrarse el accionante percibiendo en ese momento, su pensión de jubilación a cargo del Municipio de Medellín.

2.- El actor prestó sus servicios a ese Municipio desde el 2 de Julio de 1954, con una jornada laboral de 4 horas diarias, "...a la cual corresponde la jubilación que me fue reconocida a partir del 20 de Febrero de 1976."

3.- Considera el accionante que su vinculación a la citada entidad "encuadraba dentro de la norma de excepción a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, establecida en el literal b) del art. 1o. del Decreto 1713 de 1960 para los profesionales con título universitario que ejerzan hasta 2 cargos públicos, siempre que el horario normal así lo permita." Por tanto en su concepto "...no resulta lógico que tal incompatibilidad surja cuando por el lleno de los requisitos legales en una de estas entidades, me ha sido reconocida una pensión de jubilación que no es sino una prestación derivada directamente del vínculo laboral existente durante más de veinte años."

4.- Para el demandante la aludida permisión legal y la establecida por los Decretos 2400 de 1968 y 1848 de 1969, en relación con el reconocimiento de la pensión con base en la suma de dos asignaciones percibidas del Tesoro Público, "... no puede desaparecer por el hecho de que se adquiriera el derecho a jubilarse, en tiempos y con requisitos diferentes en cada una de las entidades a cuyo servicio se ha laborado."

5.- El 24 de Junio de 1980, dice el accionante que solicitó la revocación de la Resolución 1060 de 1980, petición que hasta el mes de Septiembre de ese año no había sido resuelta.

6.- Por último asevera el demandante que el Instituto de Seguros Sociales al liquidar sus prestaciones sociales no tuvo en cuenta el aumento salarial decretados por la administración central para el año de 1980.

Se citan como violadas por el acto acusado, las siguientes normas: artículos 20 y 62 inciso segundo de la Constitución Política, artículos 66, 67, 75, y 77 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) las modificaciones introducidas por el Decreto 2733 de 1959; artículos 49, 55 literal p), 57 literales k y n) y 65 literal l) del Decreto 1650 de 1977; artículo 2, 3, 5 y 23 del Decreto 1651 de 1977; artículo 68, 69 y 70 del Decreto 413 de 1980; artículo 35 del Decreto ley 1652 de 1977; artículos 3o. y 22 del Decreto 1700 de 1977; artículo 1o. literal b) del Decreto 1713 de 1960; artículo 17 de ley 6a. de 1945; artículo 307 de la ley 4a. de 1913; artículo 1o. de la ley 78 de 1931; artículo 4o. de la ley 151 de 1959; artículo 9o. del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 13 del Decreto 1912 de 1973.

El respectivo concepto de violación de las citadas normas, aparece consignado a folios 62 a 64.

El Tribunal del conocimiento en sentencia del 23 de Noviembre de 1982, accedió en la forma como se consignó en esta providencia, a las pretensiones de la demanda, fundamentándose en el hecho de que el acto acusado adolece de nulidad por incompetencia del funcionario que la expidió, por cuanto el Instituto de Seguros Sociales no demostró que su Gerencia

Seccional de Antioquia estaba facultada para proferir la resolución 1060, en virtud de que el Director General, previa autorización de la Junta Administradora, le había delegado la facultad de remover al personal de esa dependencia regional.

De otra parte, el *a-quo* consideró que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 de la ley 6a. de 1945, que permite a los trabajadores oficiales desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo su pensión, el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del accionante, no podía fundamentarse en la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación reconocida por el Municipio de Medellín y el hecho de devengar el Instituto de Seguros Sociales un sueldo en razón de la prestación de sus servicios como Odontólogo.

Mas como la ley 1a. de 1963, aumenta de \$ 1.200.00 a 1.600.00 el tope máximo del valor conjunto del sueldo y de la pensión que puede recibir el trabajador oficial y como según lo prevé el art. 1o. de la ley 57 de 1964, cuando dicho valor supere esa cifra, el beneficiario debe renunciar a favor de la Caja de Previsión Social a cuyo cargo esté el pago de la pensión de jubilación o si ésta no existiere a favor del Tesoro Oficial que pague la pensión en la cantidad que sobrepase este límite, de modo que pueda cobrar conjuntamente hasta la cantidad de \$ 1.600.00, el Tribunal dispuso que en caso que el demandante optara por el reintegro al cargo, debía hacer la renuncia a que alude la norma citada.

El Instituto de Seguros Sociales en el término para alegar expuso lo siguiente:

- Si bien es cierto que a partir de la ley 6a. de 1945 (art. 33), las personas que disfrutaban de pensión podían desempeñar cargos públicos, pero con una limitación en cuanto al valor conjunto de sueldo y pensión, esta compatibilidad de percepción de sueldo y pensión fue eliminada por el legislador al prohibir el reintegro del pensionado al servicio público, según se desprende del art. 29 del Decreto 2400 de 1968, del art. 1o. del Decreto 3074 de 1968 del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, del artículo 121 del Decreto 1950 de 1973, del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, que limitaron el reintegro del pensionado a ciertos cargos como Presidente de la República, Ministro del Despacho, Viceministro, etc. Por lo tanto, el Tribunal del conocimiento al disponer el reintegro del demandante al servicio público, a cargo de los no previstos en dichas normas transgredió los citados preceptos legales.

- De otra parte, afirma la parte demandada que el reconocimiento de un derecho sólo procede cuando éste está amparado por una ley y "En el caso sub-judice, la pretensión del actor al reintegro al cargo del que fue declarado insubsistente, con todas las consecuencias que esto comporta, carece de

respaldo y fundamento legal. Más aún, es contrario a la ley y a la Constitución porque siendo pensionado, no puede desempeñar el cargo público de odontólogo de media jornada, al cual aspira, por no encontrarse dentro de las excepciones que como ya se analizó, consagra la ley" (fl. 10).

- En cuanto a la incompetencia del Gerente Seccional de los Seguros Sociales para declarar insubsistente el nombramiento del actor, observa la demandada que no se probó que éste carecía de dicha facultad y que el acto administrativo de insubsistencia está y continúa amparado por la presunción de legalidad que le es propio.

- Finalmente, señala la entidad demandada que, de conformidad con lo establecido en los arts. 6º. y 119 del D. 1651 de 1977, los cuales regulan el ingreso al servicio y a la carrera de funcionario de seguridad social, no puede condenar Instituto de Seguros Sociales que reintegre al demandante a un cargo de carrera, como lo es, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2o. y 3o. del decreto citado, el que él desempeñaba, por cuanto tal ingreso le está vedado al actor porque no puede inscribirse en la aludida carrera, en razón de estar disfrutando de pensión de jubilación.

Reconstruido el proceso, se dispuso correr traslado a la Agencia del Ministerio Público para que rindiera el respectivo concepto de fondo, en el cual se solicitó se revoque la sentencia apelada y en su lugar, se denieguen las súplicas del libelo, por cuanto en el *sub-lite*, se presenta la incompatibilidad entre la percepción de pensión de jubilación y sueldo como funcionario de la administración pública por parte del demandante y por ende "La Administración debía poner fin a tal situación y el Gerente Seccional del ISS declaró insubsistente al actor en el cargo de Odontólogo, medio tiempo, mediante la Resolución No. 1060 de 13 de Mayo de 1980."

Concluido el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar la legalidad de la Resolución No. 1060 de 1980, (fls, 158-159). por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Odontólogo del Instituto de Seguros Sociales, con jornada laboral de 4 horas diarias, por considerar incompatible la percepción simultánea de pensión de jubilación proveniente del Municipio de Medellín y al sueldo que le pagaba el citado Instituto como contraprestación por los servicios que prestaba como Odontólogo en esa entidad:

Leída la sentencia se observa que uno de los fundamentos que tuvo en cuenta el *a-quo* para declarar la nulidad de la citada Resolución, es la falta de

competencia que a su juicio afectaba el Gerente Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales para expedirle, puesto que el ISS no demostró la delegación que el aludido funcionario debía tener para el efecto.

La Sala examinará entonces, si realmente, tal circunstancia se presenta en el *sub-lite* y si ello genera nulidad del acto.

Sabido es, que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico los actos administrativos se hallan amparados por la presunción de legalidad. significa lo anterior que se consideran en un todo ajustados a derecho, presunción que solamente puede ser destruida mediante prueba fehaciente acreditada ante la jurisdicción contenciosa.

Revisado cuidadosamente el material probatorio, se establece que aunque al proceso sólo se allegaron fotocopias auténticas del acuerdo 605 de 1976 del Consejo Directivo de la entidad (fls. 91 a 99) y del Acta No. 20 del 29 de Marzo de 1979 de la Junta Administradora de la misma (fls. 100 a 138), mediante los cuales en su orden, el órgano primeramente mencionado autorizó al Director General del Instituto para delegar en los Gerentes Seccionales, entre otras funciones, la de declarar insubsistencias y terminaciones de relaciones legales y reglamentarlas (fl. 95), y el segundo autorizó también al Director para delegar en los Gerentes Seccionales la atribución de efectuar nombramientos del personal de conformidad con los acuerdos que fija la planta de personal de la entidad (fls. 116 y 117), ninguna de la piezas que lo conforman permite concluir que la Gerencia Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales para el 13 de Mayo de 1980, fecha de expedición de la Resolución 1060, carecía de facultad para separar del servicio a los funcionarios de esa seccional.

Por ende, mal podía el Tribunal del conocimiento, contrariando las normas reguladoras de la carga de la prueba, que informan al demandante el deber de probar los supuestos de hecho de las normas en que se basan sus pretensiones, sostener que como el Instituto de Seguros Sociales no aportó prueba alguna que acredite que su Gerente Seccional en Antioquia tenía delegación para dictar el acto impugnado, esa circunstancia "... permite entonces predicar la *falta de competencia* en el Gerente de la Caja de los Seguros Sociales de Antioquia para expedir la Resolución No. 1060 de 13 de Mayo de 1980, objeto del presente litigio y que consecuentemente muestra que adolece de NULIDAD."

Para la Sala pues, en el caso sub-examine, el accionante no acreditó, como le correspondía, que el funcionario que expidió el acto demandado, carecía de facultad para ello.

Por tanto, y en consideración a que los actos administrativos se hallan amparados por la presunción de legalidad, que permite tenerlos como ajustados

a derechos mientras no se pruebe lo contrario, no es procedente declarar, por ese concepto, la nulidad de la Resolución No. 1060 de 1980.

Esclarecido lo anterior, se establecerá si existe incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación oficial y la de sueldo por el desempeño de un cargo público.

La Sala entiende, con apoyo en la normatividad del artículo 1o. del decreto 1713 de 1960, que si un profesional con título universitario viene laborando simultáneamente en dos cargos de medio *tiempo cada uno*, cuando se pensiona con base en los servicios y la remuneración correspondiente a uno solo de ellos, la cuantía de la prestación es determinada con base en dicha remuneración; vale decir, es "media pensión", caso en el cual es compatible con el ejercicio del otro cargo de medio tiempo; pues si el literal b) de aquella disposición permite que los profesionales con título universitario desempeñan simultáneamente dos empleos de medio tiempo, resulta lógico que se acepta la compatibilidad entre la pensión causada en tales circunstancias y el desempeño del otro empleo de medio tiempo. Absurdo sería condenar a quien está en tal situación, a satisfacer sus necesidades personales y familiares con menos de la mitad de sus ingresos habituales, so pretexto de una aplicación literal y exegética de la norma.

Con apoyo en la anterior interpretación, resulta evidente que al demandante no lo podía remover de su empleo de medio tiempo la entidad demandada, lo cual determina la declaración de nulidad del acto acusado por tal razón, mas no por la incompetencia alegada, que como se vio, no se demostró.

El restablecimiento del derecho.

Para los efectos del restablecimiento del derecho, la Sala tiene en cuenta que con posterioridad a la desvinculación del actor, la demandada le reconoció pensión de jubilación a partir del 3 de Septiembre de 1980 (fl. 1 cuaderno 2), lo que hace improcedente el reintegro. Consecuentemente se ordenará el pago de los haberes dejados de percibir desde la fecha de su retiro dispuesto por la aludida Resolución 1060 de 1980, hasta el 2 de Septiembre del mismo año.

La Sala también advierte que por la desactualización monetaria de los valores de la compatibilidad de pensión y sueldo establecidos en el literal c) del decreto 1713 de 1960, ley 1a. de 1963, artículo 6o. y ley 57 de 1964, artículo 1o., su aplicación a situaciones de 1980 constituiría no sola una injusticia sino el desconocimiento de una garantía social, por lo cual la Corporación considera que para el efecto debe tenerse en cuenta la cuantía señalada en el literal c) del artículo 32 del decreto extraordinario 1042 de

1978, según el cual la compatibilidad entre sueldo y pensión no puede exceder la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho.

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:

MODIFICASE el numeral segundo de la sentencia, el cual quedará así:

A título de restablecimiento del derecho el Instituto de Seguros Sociales pagará al demandante todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 16 de Mayo de 1980 hasta el 2 de Septiembre del mismo año, descontándose los valores incompatibles de conformidad con el artículo 64 de la Constitución Política que hubiere percibido del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado durante el mismo lapso, diferentes a los correspondientes a la pensión decretada por el Municipio de Medellín. El valor del sueldo y la aludida pensión no podrá exceder de la remuneración correspondiente a los ministros del despacho durante el referido período.

Declárase para todos los efectos legales que durante el mismo tiempo el actor le prestó servicios a la entidad demandada.

CONFIRMASE en los demás el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada del día 24 de Agosto de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedeker; Joaquín Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna; Ignacio Reyes Posada, conjuez ausente.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites. NOTARIOS

La Sala reafirma su criterio según el cual el reglamento adicionó, por decirlo así, el artículo 182 del Decreto 960 de 1970, con una excepción a su aplicación en un caso determinado, excepción no contemplada por tal norma, lo cual no está permitido cuando el Presidente de la República hace uso de la potestad reglamentaria pero que en cambio sí podría ser establecida por la ley. El hecho de haberse producido sentencia sobre norma similar a la acusada, no implica de antemano la legalidad de ésta ni la imposibilidad de juzgarla a la luz de otras disposiciones superiores, distintas a las examinadas en el primer proceso.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la siguiente frase contenida en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3047 de 1989: "Salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., veintinueve de Agosto (29) de mil novecientos noventa (1990)

Referencia: Expediente N°. 4889 Decretos del Gobierno Actor :
Manuel Ignacio Gálvis Esteban

Procede la Sala a decidir los recursos de reposición interpuestos por el Doctor Bernardo Ortiz Amaya, en su calidad de impugnador, y por la Superintendencia de Notariado y Registro, contra el auto de 30 de Abril de

1990, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de la siguiente frase contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3047 de 1989:

"Salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso."

Los argumentos expuestos por el Doctor Bernardo Ortiz Amaya para sustentar el recurso pueden resumirse así:

1º. Es impropia la palabra "excepción", utilizada en la providencia recurrida para calificar la adecuada aplicación que el decreto le da al retiro forzoso de los Notarios por razón del cumplimiento de la edad de 65 años, pues si se examinan los términos utilizados por el Decreto-ley 960 de 1970, para determinar las circunstancias que motivan el retiro forzoso de los Notarios, se puede comprobar que están señaladas en el artículo 185 y ni en ese texto ni en ningún otro habla la ley de la edad para que se considere que el Notario se encuentra en circunstancia de retiro forzoso y a esa condición solo se hace referencia en el artículo 137 para disponer que no podrán ser designados quienes se encuentren en esa situación, lo que a contrario sensu indica que quienes no lo estén y reúnan las demás condiciones legales, pueden ser nombrados con la plenitud de los efectos, entre los cuales está el período de 5 años a que se refiere el artículo 5º del Decreto 2163 de 1970, en concordancia con el artículo 180 del Decreto-ley 960 de 1970.

Al hablar el artículo 182 del Decreto 960 de 1970 de las circunstancias de retiro forzoso, tiene necesariamente que referirse a aquellas que el mismo estatuto señala y que están indicadas en el artículo 185 siguiente.

Por esa razón hay que entender que el decreto reglamentario 3074 de 1989 en su artículo 1º contiene una proposición normativa completa al disponer o ratificar que la edad de 65 años determina el retiro forzoso del Notario y regula la forma y oportunidad de su aplicación.

Es decir, que la parte final del artículo 1º, suspendida, no está creando una "excepción" a la regla general sino regulando la forma y oportunidad de dicha regla ante las circunstancias jurídicas especiales derivadas del nombramiento en propiedad y para un período fijo.

En otras palabras, está ejerciéndose en debida forma la facultad reglamentaria para hacer aplicable la ley, en concordancia con las situaciones legales que amparan la estabilidad de los Notarios designados en propiedad para el ejercicio de su cargo durante el respectivo período.

Por eso los términos del artículo acusado parcialmente no se pueden juzgar separadamente pues su texto comprende una proposición jurídica completa sobre un fenómeno no contemplado expresamente en la ley.

2°. Solo en sentencia de mérito que contenga decisión de fondo puede establecerse si le es dado al reglamento determinar las condiciones o los eventos en que hay retiro forzoso, según lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

La disposición acusada contempla un caso específico, cual es el del retiro forzoso de los Notarios por el hecho de cumplir la edad de 65 años en frente del derecho adquirido a ejercer el cargo por un período de 5 años, derecho que surge del nombramiento en propiedad. Por vía reglamentaria se está determinando la forma de aplicación de ese evento sin contrariar el espíritu del estatuto de garantizarle al Notario designado en propiedad la estabilidad en su cargo durante el período para el cual fue nombrado.

3°. En memorial complementario el recurrente argumenta que la Sección Segunda en sentencia de 30 de Abril de 1990 contrarió la jurisprudencia de la Corporación al afirmar que un decreto reglamentario no puede "prolongar o extender mas allá de dicha edad el tiempo de retiro, en el caso de que sobrevenga durante el período para el cual fue designado", ya que en sentencia de 22 de Octubre de 1981 la Sala Plena sostuvo que una disposición de ese tenor está ajustada al adecuado ejercicio de la facultad reglamentaria.

Que el Decreto 3047 en su artículo 1°. no hizo cosa distinta a ratificar lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto-ley 2400 de 1968 y la reglamentación para hacer aplicable la norma a quienes se hallen desempeñando el cargo en propiedad dentro del período legal está ajustada a las facultades reglamentarias del presidente de la República consagradas en el artículo 120 numeral 3° de la constitución.

Para resolver se

CONSIDERA

Es necesario recordar, - y en esto coincide el criterio de la Sala con el del distinguido recurrente - que para decidir acerca de la suspensión provisional de un acto administrativo no es dable al juzgador adentrarse en consideraciones de fondo ni en análisis de situaciones particulares que son propias de la sentencia.

Para que proceda la suspensión provisional, la transgresión de la norma superior invocada debe ser flagrante y surgir de la sola comparación del acto administrativo con tal norma. Aplicando dicho criterio, se analizan los argumentos expuestos así:

a) Glosa el recurrente el término "excepción" utilizado por la Sala para calificar la aplicación que la norma acusada le da al retiro forzoso de los

Notarios por razón del cumplimiento de la edad de los 65 años, pues el Decreto 960 de 1970 en ninguno de sus artículos habla de la edad para que se configure una circunstancia de retiro forzoso.

Lo cierto es, que el Decreto 960 de 1970, como bien lo anota el recurrente, se refiere al retiro forzoso de los Notarios tanto en el artículo 137 como en el 182, norma ésta última que sí fue invocada por el demandante en su libelo. Y que hasta el momento, una de las causales de retiro forzoso, señalada por las normas generales para los empleados públicos y en la primera parte del artículo 1º del Decreto Reglamentario 3047 de 1989 - no acusada en este proceso-, para los Notarios, es el cumplimiento de la edad de los 65 años.

El artículo 182 del Decreto 960 de 1970 dispone:

"El Notario que llegue a encontrarse en circunstancias de retiro forzoso deberá manifestarla al funcionario que lo haya designado, tan pronto como ello ocurra.

El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público o de la vigilancia notarial, o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal."

El artículo 1º. del Decreto 3047 de 1989, luego de señalar como edad de retiro forzoso para los Notarios la edad de los 65 años, repite textualmente el inciso 2º del artículo 182 y agrega:

"...Salvo que se trate de un Notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso."

El artículo 182 trata del retiro de los Notarios cuando se encuentren en circunstancias de retiro forzoso, es decir, en cualquier circunstancia, y dice que el retiro debe producirse, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal.

En esos mismos términos se expresa el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989, pero respecto a la causal de retiro forzoso por edad hace una salvedad para el caso de los Notarios en propiedad, a fin de que puedan determinar el período en curso.

La salvedad en este caso equivale a una excepción a la aplicación de la norma general, que de no mencionarse expresamente, surtiría sus efectos tal como está concebida.

Entre las acepciones de la palabra "excepción" trae el diccionario de la Real Academia esta: "cosa que se aparta de la regla o condición general..." y entre los sinónimos de "salvedad" se encuentra la palabra "excepción".

En resumen, de la simple comparación de los dos textos puede apreciarse que la parte final del artículo 1º. del Decreto Reglamentario 3047 de 1989 establece una salvedad a la aplicación pura y simple de la norma sobre retiro de los Notarios que se encuentren en circunstancias de retiro forzoso - artículo 182 del Decreto 960 de 1970 - salvedad no prevista en esta norma.

Independientemente de si el Decreto reglamentario podía o no señalar edad de retiro forzoso a los Notarios, cuestión no controvertida en este proceso, la Sala reafirma su criterio según el cual el reglamento adicionó, por decirlo así, el artículo 182 del Decreto 960 de 1970, con una excepción a su aplicación en un caso determinado, excepción no contemplada por tal norma, lo cual no está permitido cuando el Presidente de la República hace uso de la potestad reglamentaria, pero que en cambio sí podría ser establecida por la ley, que sería la llamada a contener la proposición jurídica completa a que hace alusión al recurrente.

b) En cuanto al segundo argumento planteado la Sala anota lo siguiente:

Ciertamente se ha sostenido por la Sección Segunda que solo en la sentencia puede establecerse si le es dado al reglamento determinar las condiciones o los eventos en que hay retiro forzoso.

Pero no es ese el punto controvertido en este proceso; lo es el que tiene que ver con el momento en que debe producirse el retiro del servicio cuando se configure una causal de retiro forzoso, cuestión regulada expresamente por la ley en el artículo 182 tantas veces citado.

Por tanto mal puede aplicarse una conclusión extraída del análisis de un determinado aspecto de la litis planteado en otro expediente y hecho a la luz de disposiciones diferentes al artículo 182, a controversias que versan sobre situaciones distintas.

En verdad, en este proceso no se discute el señalamiento de la edad de retiro forzoso por un decreto reglamentario, sino la oportunidad para que se produzca el retiro del servicio cuando se presenta una causal de retiro forzoso.

Siendo diferentes los dos puntos analizados y diferentes las normas con las cuales se confrontan las decisiones administrativas, nada tiene de extraño que en un caso se aprecie en forma evidente la extralimitación de la potestad reglamentaria y en el otro no.

Por otra parte, el análisis del uso de la mencionada potestad reglamentaria se hace confrontado disposiciones de carácter general, independientemente de situaciones particulares y derechos adquiridos que aleguen determinadas personas.

c) Finalmente, respecto a las acotaciones hechas en el llamado memorial complementario, dirá la Sala que, las supuestas contradicciones entre lo afirmado en sentencia de 14 de Mayo de 1990, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que declaró nulos algunos de los apartes del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983, y entre esos el que contiene una frase exactamente igual a la acusada en este proceso y que fue objeto de suspensión, con lo manifestado por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 22 de Octubre de 1981, no tiene incidencia en la decisión que se adopte para resolver este recurso.

Si existe o no tal contradicción jurisprudencial es materia que correspondería a recurso que se interpusiera contra la mencionada sentencia de 14 de Mayo de 1990.

Del recurso interpuesto por la Superintendencia de Notariado y Registro, la Sala hace el siguiente análisis:

Se fundamenta únicamente en que el Consejo de Estado en Sala Plena decidió mediante sentencia de 22 de Octubre de 1981 sobre la legalidad de un artículo del Decreto 717 de 1974 que prescribía lo mismo que dice la frase suspendida provisionalmente, y en dicha sentencia esa frase no fue anulada.

De lo anterior concluye que no existe la manifiesta violación de la ley, que se requiere para decretar la suspensión provisional.

Este argumento, a juicio de la Sala, no es suficiente para infirmar la medida provisoria atacada, puesto que aún tratándose de un mismo acto administrativo podrían darse varios juzgamientos si no ha sido anulado, confrontándolo con normas diferentes cada vez.

El hecho de haberse producido sentencia sobre norma similar a la acusada, no implica de antemano la legalidad de ésta ni la imposibilidad de juzgarla a la luz de otras disposiciones superiores, distintas a las examinadas en el primer proceso.

La parte final del artículo 1º. del Decreto 3047 de 1989, no ha sido objeto de juzgamiento anterior y si está en flagrante contradicción con normas superiores de derecho citadas en esta demanda, como efectivamente lo está, debe suspenderse provisionalmente a pesar de la existencia de fallos anteriores recaídos sobre otros actos administrativos, que ni siquiera obran en este proceso.

En resumen, la Sala no encuentra razones jurídicas que conduzcan a revocar la decisión adoptada en auto de 30 de abril de 1990, en cuanto a la suspensión provisional solicitada en la demanda.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda

RESUELVE :

No prosperan los recursos de reposición interpuesto por el Doctor Bernardo Ortiz Amaya en su calidad de parte impugnadora, y por la Superintendencia de Notariado y Registro, contra el auto de 30 de abril de 1990, proferido por la Sección Segunda, en cuanto decretó la suspensión provisional de la siguiente frase, contenida en el artículo 1º. del Decreto Reglamentario 3047 de 1989:

"Salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso."

En consecuencia, confirmase el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 24 de Agosto de 1990.

Clara Forero de Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker; Joaquin Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna.

CARRERA ADMINISTRATIVA - Escalafonamiento. PLANTA DE PERSONAL - Incorporación

El acto administrativo de escalafonamiento en la carrera administrativa que en tales circunstancias debe proferir el Departamento Administrativo del Servicio Civil, no es constitutivo sino declarativo de un derecho que se ha consolidado en virtud de haberse satisfecho el conjunto de exigencias legales señaladas para que dicho organismo proceda a "efectuar el escalafonamiento", como categóricamente lo ordena el artículo 218 del Decreto 1950 de 1973.

Al cumplir la actora la sanción disciplinaria impuesta, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debió incorporarla en un cargo equivalente en la planta de personal, de acuerdo con la garantía que a favor de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera administrativa establecen el artículo 48 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y el numeral 4 del artículo 244 de su Reglamentario 1950 de 1973.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., Septiembre doce (12) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente N°. 750 Decretos del Gobierno Actora: *Isabel Avendaño de Méndez.-*

Conoce la Sala de la consulta relacionada con la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 24 de febrero de 1984, en virtud de la cual se decretó la nulidad de la Resolución 2421 del 16 de junio de 1980 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto en dicho acto administrativo se omitió incorporar a la funcionaria Isabel Avendaño de Méndez en un cargo de la nueva planta de personal en ese organismo. A título de restablecimiento del derecho la providencia ordenó el reintegro de la mencionada funcionaria al empleo que venía desempeñando en el citado Ministerio, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como a reconocer y pagar los haberes dejados de percibir; además, que no existe solución de continuidad en la prestación de los servicios de la señora de Méndez.

El fundamento fáctico de la acción se hizo consistir en que la no incorporación de la demandante a un nuevo cargo de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecida mediante decreto 677 de marzo 21 de 1980, fue consecuencia de la expedición de la Resolución 2421 de junio 16 de 1980 originaria de ese organismo y de un oficio fechado el 24 de septiembre del mismo año, por el cual se le comunicó que el referido decreto había suprimido el empleo de profesional universitario que la actora venía desempeñando en la Sección de Bienestar Social de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos. La demanda invoca como normas constitucionales violadas los artículos 2, 16, 17, 20, 26, 62 y 121; Ley 167 de 1941, artículos 62 a 66; decreto extraordinario 2400 de 1968, artículos 5, 7, 15, 25, 26, 40 y 48; decreto reglamentario 1950 de 1973, artículos 244 a 246. (fl. 5).

La demanda se refiere, en cuanto al concepto de la violación, a la condición de funcionaria de carrera de la demandante, ya que la señora de Méndez había sido nombrada en período de prueba y calificados sus servicios satisfactoriamente. Debido a la equivocada interpretación jurídica del Departamento Administrativo del Servicio Civil sobre los alcances del decreto legislativo 2132 de 1976, fue suspendido el trámite de inscripción en la carrera de la señora de Méndez, quien tenía derecho preferencial a ser incorporada en un cargo de la nueva planta de personal del Ministerio que había sido estatuida por decreto 677 de 1980. (fls. 5 a 13).

Las consideraciones hechas en la sentencia consultada son las siguientes:

"Los hechos que se describen en la demanda tienen pleno respaldo en los documentos traídos al proceso. Efectivamente, la demandante desempeñaba un cargo de carrera administrativa para el cual había concursado y había sido designada en período de prueba y gracias a una desacertada interpretación del Decreto 2132 de 1976 por parte de los organismos encargados del trámite del proceso de escalafonamiento éste fue suspendido. Según el Decreto 0677 del 21 de marzo de 1980 la

planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la Sección de Bienestar Social de la Dirección de Servicios Administrativos, dependencia donde laboraba la demandante, prevé dos cargos de profesionales universitarios 3020-04. Es decir que, comparando con la planta de personal anterior, se redujo la nómina en dos de esos cargos, uno de los cuales correspondía a la demandante. Es cierto también que mediante Resolución 2421 del 16 de junio de 1980 fueron incorporados a la nueva planta de personal de la Dirección General de Servicios Administrativos, Sección de Bienestar Social, en los cargos de Profesional Universitario 3020-4 dos antiguos funcionarios de la entidad, uno de los cuales sin vinculación a la carrera administrativa (folios 283 y 284 del expediente.).

De acuerdo con las normas de carrera la administración ha debido en el acto de incorporación a la nueva planta, preferir a la demandante que sí había sido vinculada a la carrera administrativa en período de prueba. Así lo establece el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968 en los siguientes términos:

"...Cuando por motivo de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquier otra causa se supriman cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal o en los existentes o que creen en la entidad a la cual se trasladen las funciones..."

Como la Resolución 2421 del 16 de junio de 1980 se emitió con desconocimiento de las normas anteriormente transcritas procede su anulación.

El acto anulable es entonces la Resolución 2421 del 16 de junio de 1980 que dispuso la reincorporación a la planta y omitió incluir en ella a la demandante y no el Decreto por el cual se estableció la nueva planta de personal de la entidad."

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, motivo por el cual hubo de reconstruirse. Llegado el momento de resolver la consulta, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La demanda impugna el decreto 677 de marzo 21 de 1980 y la resolución 2421 de junio 16 del mismo año expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; asimismo, el oficio 6405 de noviembre 6 de 1980 emanado

de la Jefatura del Departamento Administrativo del Servicio Civil. (fls. 1 y 2).

Respecto del decreto 677 de 1980, por el cual se determina la planta de personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es de anotar que el tenor de lo dispuesto en el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución Política, corresponde como atribución propia del Presidente de la República crear, suprimir y fusionar los empleos de los Ministerios, acorde con lo establecido en el artículo 74 del decreto extraordinario 1042 de 1978.

En parte alguna de la Constitución o de la ley se prohíbe al Jefe del Estado la supresión de tales empleos por el hecho de quienes los ocupan se encuentren inscritos en la carrera administrativa.

El artículo 48 del decreto extraordinario 2400 de 1968 lo que consagra es un derecho preferencial del funcionario inscrito en la carrera a ser nombrado en un puesto equivalente de la nueva planta de personal.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta el carácter general, impersonal y abstracto del decreto 677 de 1980, que por el solo hecho de su expedición no lesiona ningún derecho de la actora, la Sala considera procedente confirmar la decisión adoptada al respecto por el Tribunal del conocimiento.

En lo atinente a la solicitud de nulidad de la Resolución 2421 de junio 6 de 1980, en cuanto omitió incorporar a la señora Isabel Avendaño de Méndez en un cargo de la nueva planta de personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, teniendo en cuenta que la demandante era funcionaria de carrera y la amparaba el derecho preferencial a que se refiere el artículo 48 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, para la decisión que sobre el particular ha de adoptar la Sala es necesario hacer las siguientes observaciones:

Consta en el expediente que como resultado de un concurso o proceso de selección por el sistema de mérito; la señora de Méndez fue nombrada en período de prueba dentro de la carrera administrativa en el cargo de Trabajador Social 11-19 de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que el 20 de enero de 1976 tomó posesión del referido empleo para el cual había sido designada por Resolución No. 15574 de diciembre 16 de 1975; que sus servicios fueron calificados satisfactoriamente durante el período comprendido entre el 20 de enero y el 20 de agosto de 1976 y que solicitó su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, cumpliendo así con las exigencias legales a su cargo, necesarias para obtener dicha inscripción (fols. 155, 156, 162, 163, 171, 172, 173).

Aparece igualmente, que según lo expresado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, no fue inscrita "en el escalafón de la carrera administrativa, ya que dicho proceso quedó suspendido por razón de la expedición del Decreto Legislativo No. 2132 de octubre 7 de 1976". (fol. 151); que con carácter de incorporación fue nombrada por resolución No. 08770 de julio 10. de ese año en el cargo de Trabajadora Social 111-21 de la Sección de Bienestar Social de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del citado Ministerio y del cual tomó posesión según Acta No. 662; que con igual carácter fue nombrada por Resolución No. 06253 de julio 14 de 1978 en el empleo de Profesional Universitario 3020-04 de aquella dependencia, del cual tomó posesión según Acta No. 01791; que por Resolución No. 07084 de septiembre 24 de 1979 y en virtud del decreto legislativo 2132 de 1976 fue suspendida del cargo que ocupaba por el término de doce (12) meses; que en el transcurso del período de la suspensión disciplinaria se expidieron el decreto 677 de marzo 21 de 1980 y la Resolución 02421 de junio 16 del mismo año de incorporación de personal, en la cual no aparece incorporada la demandante.

Es claro, pues, que la señora de Méndez participó en un concurso, fue nombrada en período de prueba en un cargo de carrera administrativa; que sus servicios se calificaron satisfactoriamente; que ella solicitó su inscripción en el escalafón; que el trámite de su escalafonamiento quedó suspendido en razón a la expedición del decreto legislativo 2132 de octubre 7 de 1976; que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se abstuvo de incorporarla a la planta de personal establecida por el decreto 677 de 1980 no obstante aparecer dos empleos de Profesional Universitario 3020-04 en la misma dependencia a la cual ella se encontraba vinculada; que a uno de tales cargos fue vinculada una persona que no pertenecía a la carrera administrativa (el señor Eduardo Sarmiento C. fol. 234) y en su lugar se dejó por fuera del servicio a la actora que sí estaba vinculada a dicha carrera.

Ahora bien, sobre los alcances que tuvo el aludido decreto legislativo 2132 de 1976, ha sido reiterada la posición de la Sala, en el sentido de que tal disposición de carácter excepcional y transitoria no dispuso una suspensión absoluta o general de las normas de carrera y particularmente de los derechos derivados de ella, pues dicha suspensión se produjo solo respecto de los empleados que incurrieran en las faltas tipificadas en su artículo 2o. y para los efectos allí previstos; vale decir, sancionarlos con suspensión hasta por un término mayor al señalado en las normas de vigencia indefinida (12 meses) y sin agotar el procedimiento establecido en el régimen disciplinario ordinario.

Es obvio que de acuerdo con lo expresado, el Departamento Administrativo del Servicio Civil debió dar trámite a la solicitud de escalafonamiento formulada por la actora, quien igualmente hubiera podido obtener la actualización de su escalafón en los cargos de Trabajadora Social 111-21 y de profesional universitario 3020-04 a los cuales fue luego

incorporada; en el primero de ello, en virtud de la modificación de la planta de personal completada en el decreto 1296 de junio 30 de 1976; en el segundo, como consecuencia del nuevo sistema de nomenclatura y clasificación de cargos que entró a regir para mediados del año de 1978 en los Ministerios y demás organismos de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.

Establecido lo anterior, es preciso anotar que el artículo 45 del decreto extraordinario 2400 de 1968, establece que vencido el período de prueba el funcionario debe solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción, con el fin de que se agote el trámite señalado en dicha norma para definir su situación jurídica frente a la carrera administrativa. Y el artículo 217 del decreto reglamentario 1950 de 1973, determina un plazo de treinta (30) días para que el empleado presente la respectiva solicitud, y si no lo hace, "su situación se definirá de oficio". Señalan igualmente que el DASC procederá a solicitar al Secretario General del organismo donde labora el funcionario un concepto sobre su conducta y eficiencia, concepto que de no ser emitido dentro de los 15 días siguientes "se presume favorable y el Departamento Administrativo del Servicio Civil, dentro de los quince (15) días siguientes procederá a efectuar el escalafonamiento". (art. 218).

Fluye de lo anterior, que el artículo 45 del decreto 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 establecieron en relación con los funcionarios que han sido nombrados en período de prueba con base en el sistema de selección por mérito, la obligación de que una vez superado satisfactoriamente dicho período sean escalafonados en la carrera, aún oficiosamente y presumiendo que el concepto del Secretario General sobre conducta y eficiencia es favorable, cuando no es emitido dentro del término legal; o cuando la administración injustificadamente se ha abstenido de solicitarlo, como ocurrió en el caso sub-judice. Así las cosas, es de claridad meridiana que si la actora superó satisfactoriamente el período de prueba y solicitó su inscripción en el escalafón de la carrera, el DASC debió proseguir el trámite para definirle su situación; si así no lo hizo, la omisión de la administración no tenía por que irrogarle perjuicio a la funcionaria.

f) Concepto favorable, expreso o tácito, del Secretario General del organismo respectivo sobre conducta y eficiencia del funcionario, y

g) Vencimiento del término de quince días (hábiles) de que dispone el DASC para "efectuar el escalafonamiento".

Cumplido lo anterior, debe entenderse jurídicamente escalafonado el funcionario y por ende amparado por todos los beneficios que de tal carácter se derivan.

De lo anterior se infiere que al cumplir la actora la sanción disciplinaria de suspensión impuesta por Resolución No. 07084 de septiembre 24 de 1979,

el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debió incorporarla en un cargo equivalente de la planta de personal contemplada en el decreto 677 de marzo 21 de 1980, de acuerdo con la garantía que a favor de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera administrativa establecen el artículo 48 del decreto extraordinario 2400 de 1968 y el numeral 4 del artículo 244 de su reglamentario 1950 de 1973. En efecto, se observa en dicho decreto 677 que en la Sección de Bienestar Social de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio y en la cual prestaba sus servicios la demandante, se crearon dos cargos de profesional universitario 3020-04 similares al que la señora de Méndez ocupaba por la época en que fue sancionada disciplinariamente. En uno de tales cargos ha debido ser incorporada la actora, o en otro equivalente de la planta de personal del Ministerio, con el fin de dar cumplimiento al mandato legal.

Las anteriores consideraciones jurídicas, referidas a la situación fáctica enunciada, llevan a la Sala a concluir que el acto administrativo de escalafonamiento en la carrera administrativa que en tales circunstancias debe proferir el Departamento Administrativo del Servicio Civil, no es constitutivo sino declarativo de un derecho que se ha consolidado en virtud de haberse satisfecho el conjunto de exigencias legales señaladas para que dicho organismo proceda a "efectuar el escalafonamiento", como categóricamente lo ordena el artículo 218 del decreto 1950 de 1973. Exigencias que pueden sintetizarse así:

- a) Aprobación de un concurso de méritos convocado y realizado en legal forma para la provisión de empleos de carrera administrativa.
- b) Figuración del aspirante en uno de los cinco primeros lugares de la lista de elegibles conformada con base en los resultados del concurso .
- c) Nombramiento en período de prueba y consiguiente posesión del empleo.
- d) Obtención de calificación satisfactoria de servicios durante el referido período.
- e) Solicitud de inscripción en el escalafón de la carrera formulada por el empleado.

Por consiguiente, es también procedente confirmar la decisión del a quo de declarar nula la Resolución No. 2421 del 16 de junio de 1980 originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto no incorporó a la actora a la planta de personal establecida por el decreto 677 de marzo 21 de 1980 y respecto al restablecimiento del derecho dispuesto en el punto segundo del fallo consultado, se precisará que el pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir deberá hacerse desde la fecha en que se

presento a reasumir sus funciones al término de la sanción de suspensión que le fue impuesta por la Resolución 07084 de 1979, dando además cumplimiento a lo ordenado por el artículo 64 de la Constitución Política.

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:

CONFIRMASE la sentencia consultada con la precisión de que el pago de los sueldos y demás emolumentos a que se refiere el punto segundo de la aludida providencia, se hará desde la fecha en que la actora se presentó a reasumir sus funciones al término de la suspensión que le fue impuesta mediante la Resolución 07084 de 1979, debiéndose descontar, según el artículo 64 de la Constitución Política, las sumas que haya percibido del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, desde tal fecha hasta cuando sea reintegrada al servicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 24 de agosto de 1990.

Clara Forero de Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker; Ausente; Joaquín Barreto Ruiz; Alvaro Lecompte Luna.

PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION. COMPETENCIA

De acuerdo con el ordenamiento jurídico regulador del régimen disciplinario aplicable a los funcionarios y empleados judiciales, la sanción de destitución sólo puede imponerse previo agotamiento del proceso disciplinario consagrado en los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978. Dichas normas disponen que al Ministerio Público le corresponde realizar las averiguaciones por presunta comisión de faltas disciplinarias por parte de ellos, a solicitud o por información de funcionario, por queja presentada por cualquier persona, con ocasión de la práctica de una visita, o de oficio. Al proferir la autoridad nominadora el acto por el cual destituyó a la demandante del cargo que desempeñaba, extralimitó las facultades que le atribuyen las normas que regulan el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados judiciales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Bogotá, D.E., doce (12) de Septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente N°. 1032 Actora : Concha Ortega de Velasco.-

CONCHA ORTEGA DE VELASCO, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 27 de agosto de 1982, proferida

por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (fls. 14 a 25).

Reconstruido el expediente se determinó por auto de 5 de diciembre de 1986 (fls. 50 a 52), que una vez se aportaran los documentos a que alude el numeral III de la misma providencia, el proceso quedaba para elaboración del proyecto de fallo de segunda instancia.

Con la demanda se pretende la declaración de nulidad de la Resolución No. 01 de 12 de marzo de 1980 y del Decreto 002 de 9 de junio del mismo año, expedidos por el Juez Segundo Penal Municipal de Zipaquirá mediante los cuales, en su orden, se suspendió a la actora en el ejercicio del cargo de Escribiente grado 04 de ese Juzgado, sin derecho a remuneración, por el término de 90 días contados a partir del 10 de marzo de 1980 (fl.39) y se destituyó a la misma del mencionado cargo (fls. 3,4,39 y 40).

Así mismo y como consecuencia de esa nulidad se pidió el reintegro de la actora a ese cargo o a otro de superior categoría y el pago de todos los emolumentos dejados de devengar y que se declare la no solución de continuidad de la accionante en el citado cargo.

Esas pretensiones se fundamentaron en los hechos siguientes:

1.- La demandante fue nombrada en el cargo de Escribiente grado 04 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá por Decreto No. 91 de 1979 (fl. 37), del cual tomó posesión el 18 de octubre de ese mismo año (fl. 38).

2. - Mediante Resolución No. 01 de 12 de marzo de 1980, el titular mencionado Juzgado suspendió a la actora de sus funciones, por el término de 90 días contados a partir del 10 de los citados mes y año, "por faltas graves que afectan el servicio y mientras se adelanta la investigación disciplinaria para determinar la clase de sanción que debe imponérsele en definitiva", y por medio del Decreto 002 de 1980 la destituyó del cargo antes señalado.

3.- Los cargos imputados a la demandante son inexactos e infundados y no fueron debidamente investigados. Sin embargo, se afirma que "La investigación promovida dio como resultado la absolución de cualquier cargo formulado a la empleada señora Concha Ortega de Velasco, según dictamen de la Procuraduría General de la Nación Seccional de Zipaquirá, de fecha septiembre 8 de 1980."

4. La accionante durante varios días de los meses de febrero y marzo de 1980, sufrió varias incapacidades médicas.

Se afirma en la demanda que con los actos acusados se violaron el art. 26 de la Constitución Política, el Título VIII del Decreto 1660 de 1978, del cual destaca los arts. 114, 179 y 199.

Estas violaciones se causaron, según la accionante porque "en el caso demandado o actos acusados" no se contemplaron las características y demás aspectos del régimen disciplinario para los empleados judiciales consagrado en el título citado del Decreto 1660 de 1978, pues el retiro del servicio por destitución según voces del art. 114, sólo es procedente como sanción disciplinaria, con la plena observancia del procedimiento señalado en dicho estatuto.

En efecto, si las faltas que el Juez consideró graves para ordenar la suspensión de la actora, hubieran sido ciertas, el resultado de la investigación adelantada por el Ministerio Público no hubiera sido el absolver a la inculpada de los cargos que se le formularon. Por tanto, "al invocar el funcionario motivos que a la postre fueron invalidados se incurre en una falsa motivación del acto, lo cual constituye una irregularidad, que acarrea la nulidad del mismo, a la luz de la doctrina de los artículos 66 y 67 del C.C.A., con el consecuente restablecimiento de los derechos conculcados." (fls. 7 y 8). Se tacha también la Resolución No. 01 de 1980, porque fijó la suspensión de la actora en el cargo que era titular retroactivamente, violando el principio general de que los actos administrativos producen afectos *ex-tunc* o hacia el futuro.

De otra parte, se afirma que el acto de destitución se expidió cuando ya había culminado el término de 90 días de que trata el art. 199 del D. 1660 de 1978, lo cual constituye una clara extralimitación de funciones, puesto que vencido ese plazo sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse a su cargo y al reconocimiento y el pago de la remuneración correspondiente al período de suspensión.

Además, la demandante considera que se le vulneró su derecho a la defensa, pues las averiguaciones sobre comisión de faltas disciplinarias corresponde al Ministerio Público, en lo términos del art. 179 del D. 1660 de 1978.

En la sentencia apelada, el Tribunal se declaró inhibido para pronunciarse sobre la solicitud de nulidad de la Resolución No. 01 de 12 de marzo de 1980, mediante la cual se suspendió a la actora por el término de 90 días, por cuanto tal decisión se consideró como una medida provisional con efectos temporales, los cuales por ministerio de la ley, cesaron al vencimiento del término expresado en la misma resolución y declaró la nulidad del Decreto 002 de 9 de junio de 1980, por el cual se destituyó a la demandante del cargo de Escribiente grado 04, en virtud de que, en concepto *de la-quo*, para expedir

ese acto "el nominador debió esperar las resultas de la investigación a cargo de Ministerio Público, pues, ya se había cumplido con el requisito de poner en sus manos la investigación con todas las consecuencias, hasta el punto de que fuera cual fuere, la decisión a su cargo, resulta (sic) dentro de los términos legales o no, el Juez no podía interferir el derecho que asistía a la actora a reincorporarse a su cargo y al pago de la asignación por el término de la suspensión, dictando una medida sancionatoria para la cual no había adquirido competencia por falta de iniciativa previa del Ministerio Público; medida que frente a la absolución de que fue objeto la actora, respecto de los mismos cargos, por la Procuraduría, resultó aún más arbitraria, por el desconocimiento de inalienables derechos como el de defensa y el debido proceso" (fl. 21 y 22).

De igual manera y al título de restablecimiento del derecho, se ordenó a la Nación - Ministerio de Justicia - reconocer y pagar a la accionante los sueldos, prestaciones y demás haberes dejados de percibir correspondientes al cargo de Escribiente grado 04 del mencionado Juzgado, desde el 12 de marzo de 1980 hasta el 31 de agosto de 1981, fecha en que venció el período judicial, entendiéndose que no ha habido solución de continuidad para todos los efectos legales.

Llegado el momento de dictar sentencia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Situación fáctica.-

- Con el documento del folio 37 se establece que a la demandante se la nombró, a partir del 18 de octubre de 1979, como Escribiente Grado 04 del Juzgado Penal Municipal de Zipaquirá, cargo del cual tomó posesión, en los términos del acta correspondiente que obra a folio 38.

- El cargo lo desempeñó hasta el 10 de marzo de 1980, debido a que por Resolución No. 01 de 12 de marzo de ese año fue suspendida en el mismo, por el término de 90 días, contados a partir de la primera fecha señalada pues, desde ese día (10 de marzo), la accionante había dejado de asistir al trabajo sin causa justificada y "en virtud de haber incurrido en diversas faltas de suma gravedad" que atentaban contra "la dignidad del empleo y afectaban notoriamente la prestación del servicio" (fl. 39).

- Mediante Decreto No. 002 de 9 de junio de 1980 (fls. 40 y 41), se destituyó a la demandante del aludido cargo, según el nominador, en razón de la necesidad de tomar esa medida para evitar el reintegro al servicio de la inculpada y el pago de los sueldos por el tiempo no laborado en virtud de la

suspensión, habida cuenta que a tal fecha la Procuraduría Seccional no había comunicado el resultado de la investigación iniciada a solicitud formulada por el juzgado en la resolución mediante la cual se suspendió a la actora del ejercicio del cargo que desempeñaba.

Para el nominador era preciso separar del servicio a la accionante, con fundamento en el art. 175 del Decreto 1660 de 1978, dada la convicción que tenía de su responsabilidad, entre otros cargos, por los de ineptitud en el desempeño del empleo, abusos comprobados de incapacidades médicas, abierta y continua intervención en política y abandono del cargo.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico regulador del régimen disciplinario aplicable a los funcionarios y empleados judiciales, la sanción de destitución solo puede imponerse previo agotamiento del proceso disciplinario consagrado en los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978. Dichas normas disponen que al Ministerio Público le corresponde realizar las averiguaciones por presunta comisión de faltas disciplinarias por parte de ellos, a solicitud o por información de funcionario, por queja presentada por cualquier persona, con ocasión de la práctica de una visita, o de oficio (art. 178 D. 1660 de 1978).

Según lo estatuido en el art. 199 del Decreto 1660 de 1978, en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia o de perjuicio grave para el servicio, cuando la falta pudiere dar lugar a destitución, el superior inmediato del inculpado puede relevarlo de sus funciones suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a remuneración, mientras se surte el proceso disciplinario pero sin exceder de 90 días, vencidos los cuales sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse a su cargo y al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente a ese período.

Según se afirma en la sentencia, con base en la prueba documental aportada al proceso en la primera instancia (fl. 20), la Procuraduría Regional de Cundinamarca - Seccional Zipaquirá-, mediante la Resolución No. 004 de 8 de septiembre de 1980, expedida con posterioridad a la fecha en que se produjo la destitución de la actora (9 de junio de 1980), la absolvió de los cargos a los cuales se ha hecho referencia y ordenó el archivo de la correspondiente diligencias.

De lo expuesto se deduce lo siguiente:

Al proferir la autoridad nominadora el Decreto 02 de 1980 por el cual destituyó a la demandante del cargo de Escribiente 04 del Juzgado 2o. Penal Municipal de Zipaquirá, extralimitó las facultades que le atribuyen las normas que regulan el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados judiciales.

En efecto, así en su criterio la reincorporación al servicio de la demandante al vencimiento del término de la suspensión y el reconocimiento y pago del salario correspondiente al período en que estuvo suspendida, implicara premiarla con 90 días de vacancia remunerada, además de una afrenta a la dignidad de los empleados cumplidores de sus deberes (fl. 40) , al Juez no le era dable disponer su destitución, por cuanto la investigación adelantada a su iniciativa por la Procuraduría, no había culminado y menos aún, había encontrado responsable a la actora de los hechos que se le imputaban.

Por ello la Sala considera acertados los siguientes planteamientos del Tribunal: "...si bien el procedimiento inicial adoptado por el Juez se puede tener en principio como ajustado a la legalidad, porque en sus facultades estaba suspender a la actora, como lo hizo, sin embargo, debió esperar el pronunciamiento de la Procuraduría, a la que precisamente se le había solicitado la iniciación del disciplinario, etapa que sin agotarse previamente con solicitud de sanción, al nominador le estaba vedado tomar cualquier decisión, sin violar la ley." (fl. 21).

A la irregularidad anterior se agrega la carencia de justificación de la destitución de la demanda evidenciada en el pronunciamiento de la Procuraduría contenido en la Resolución No. 04 de 8 de septiembre de 1980, que absolvió a la inculpada de los cargos que se le imputaron y ordenó el archivo de las correspondientes diligencias averiguatorias.

Por las circunstancias anotadas, la Sala comparte la declaración de nulidad del Decreto 02 de 1984, por medio del cual se aplicó a la accionante la sanción de destitución.

No obstante lo anterior, para la Corporación no es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 01 de 1980 , por la cual se le suspendió en el ejercicio de sus funciones, toda vez que no es un acto que ponga fin a una actuación administrativa, pues tiene el carácter de acto de trámite cuyas consecuencias jurídicas dependen del vencimiento del término máximo de suspensión señalado en el artículo 199 del D. 1660 de 1987, o de las resultas de la investigación disciplinaria.

Por tanto, debe declararse la inhibición para hacer un pronunciamiento respecto de la pretensión formulada en la demanda en ese sentido, como lo hizo el *a-quo*.

El restablecimiento del derecho

Como ya se dijo, el Tribunal de primera instancia ordenó el pago de los haberes dejados de percibir desde el 12 de marzo de 1980 hasta el 31 de agosto de 1981, fecha en que según su afirmación venció el respectivo período judicial.

A su vez la parte apelante considera que dicho reconocimiento debe llegar hasta el 1o. de julio de 1982, en razón de que el período judicial de los jueces se prolongó como consecuencia del acto legislativo No. 1 de 1979 y del decreto legislativo 1950 de 1981, habiéndose posesionado aquellos el 30 de junio de 1982 y nombrado su personal el día siguiente. Luego, según la misma apelante, solo hasta el 1o. de julio de 1982 ella pudo haber sido legalmente reemplazada.

La Sala reiteradamente ha sostenido que ciertamente el período judicial de los jueces que habría vencido el 31 de agosto de 1981 se prolongó como consecuencia de las previsiones del decreto legislativo 1950 de ese año, cuya vigencia llegó hasta el 4 de noviembre siguiente, como consecuencia de la inexequibilidad del acto legislativo No. 1 de 1979 que le servía de soporte. A partir de allí se inició el nombramiento de los Magistrados de los Tribunales Superiores los cuales una vez posesionados iniciaron el nombramiento de los jueces, para el resto del período, que se vencería el 31 de agosto de 1983. Concretamente, respecto del Juzgado donde la demandante prestaba sus servicios el Juez nombrado tomó posesión el 30 de junio de 1982 (fl. 32). Luego, es evidente, como lo plantea la parte apelante, que solo a partir del 1o. de julio siguiente podría haberse nombrado legalmente a otra persona en el empleo que desempeñaba la accionante.

De ahí, que amerite la modificación del fallo apelado para que el pago de los haberes dejados de percibir se extienda hasta el 30 de junio de 1982, por no ser posible el reintegro ante el vencimiento del respectivo período judicial.

Se ordenarán los eventuales descuentos con arreglo al artículo 64 de la Constitución Política.

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:

1) Modifícase el numeral 3o.) de la parte resolutive de la sentencia apelada de tal manera que los derechos allí reconocidos llegan hasta el 30 de junio de 1982, debiendo descontarse los valores incompatibles de conformidad con el artículo 64 de la Constitución Política, que la demandante hubiera percibido del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, durante el mismo lapso.

2). Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 1990

*Clara Forero de Castro; Reynaldo Arciniegas Baedeker, Ausente;
Joaquín Barrero Ruiz; Alvaro Lecompte Luna.*

**CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1990**

A

ALBERTO MOTOYA MONTOYA	579
ALVARO TAFUR GALVIS	552
AMADO AGUDELO CUARTAS	654
AMPARO CONCEPCION CARATT OSPINA	636
ANA JOAQUINA PEREZ UMAÑA	114
ANTONIO AGUDELO LEDESMA	674, 678
ARMANDO DIAZ GARCIA Y S. EN C.	443
ARNULFO SANCHEZ	686
ASEGURADORA COLSEGUROS	137, 163, 167

C

CARLOS E. CAMPILLO P.	492, 504
CESAR CASTRO PERDOMO	591
CESAR ENRIQUE RIASCOS	10, 21, 23
CESAR ROLANDO MERCUCCI VERA	486
CONCHA ORTEGA DE VELASCO	768
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	563

D

DAMASIANO MURILLO MARIN	647, 651
DARIO PATIÑO GUTIERREZ	746

E

EMP. DE TRANSP. MASIVO DEL VALLLE DE ABURRA LTDA. 508

F

FONDO VIAL NACIONAL	76,99,170
FELIPE MOISES DAZA	71

G

GLORIA MARIA BORRERO RESTREPO	384
GOBERNADOR DEL ATLANTICO	422
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO	457
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO Y OTRA	531

H

HELENA HERRAN DE MONTOYA	440
HERMILA ORTEGA DE NARVAEZ	670

I

ISABEL AVENDAÑO DE MENDEZ	760

J

JAIME AGUSTO PEÑUELA QUIROGA	665
JAIME MUÑOZ MOLANO	133
JARDINES "EL APOGEO LTDA."	611
JAVIER SERNA BARBOSA	435
JESUS M. CARRILLO BALLESTEROS	351
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY	570
JOSE GUILLERMO PINILLA PINILLA	120,124
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA	618,622
JOSE MARIA DEL CASTILLOABELLA	546
JOSE PIOQUINTO BRAND ECHEVERRY	26
JOSE RAFAEL BAUTISTA ORTIZ	629
JOSE VICENTE NEIRA NUÑEZ	702
JULIO CESAR PATIÑO MONTAÑA	207,215
JULIO CESAR RICO URREGO	711,723

L

LA NACION-Aclaración de Voto	181, 183
LAUREANO ROSERO RUALES	467
LEONEL OLIVAR BONILLA	362
LUIS ANDRADE RIOS	708
LUIS EDUARDO OCHOA NIÑO	396
LUIS FELIPE GUERRA B.	690
LUIS FERNANDO GIRALDO GARCIA	600
LUIS FRANCISCO ROSERO Y OTROS	186,196
LUIS J. POLANCO MORENO	369

M

MANUEL IGNACIO GALVIS ESTEBAN	607,753
MARIA EUGENIA HERRAN CARREÑO	694,699
MARIANO LOPEZ MARTINEZ	624
MARTHA LUISA SANCHEZ SANCHEZ	725

N

NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ	376

O

OSCAR JAIME ALVARADO CHAVES Y OTROS	129
OSWALDO CETINA VARGAS	408

P

PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES	356
PROCURAD. DELEGADA PARA LA VIGILANCIA JUDICIAL	341
PROPAL	516

S

SOC. TRANSP. LA VELOZ, MOISES PINILLA E HIJOS S.C.A.	380
SOCIEDAD MELENDRO Y LOPEZ LTDA.	199, 204
SINTRATEXTIL	733

T

TEJIDOS «EL CONDOR S.A.»	733

INDICE TEMATICO

SALA PLENA

A

APLICACION INDEBIDA-Inexistencia	9
APLICACION INDEBIDA (Salvamento de Voto)	21
ACCION DE REPARACION DIRECTA	71
ACCION DE REPARACION DIRECTA-Salvamento de Voto	196

C

CADUCIDAD-Salvamento de Voto	196
CERTIFICADO DE SEGURO	137
CREDITO ADICIONAL	35
CREDITO ADICIONAL - Aclaración de Voto	49,51
CREDITO ADICIONAL - Salvamento de Voto	55,67,69
CONFLICTO DE COMPETENCIA	71,133
COMPETENCIA TERRITORIAL	71
CONTRATO A PRECIO UNITARIO	75
CONTRATO A PRECIO UNITARIO-Aclaración de Voto	110
CONTRATO DE OBRA PUBLICA	75,239
CONTRATO ADICIONAL	75
CONTRATO ADICIONAL-Aclaración de Voto	110
CONTRATO ADICIONAL-Salvamento de Voto	99,104
CONTRATO A PRECIO UNITARIO	75
CONTRATO A PRECIO UNITARIO-Salvamento de Voto	99,102

CONTRATO DE OBRA PUBLICA -Salvamento de Voto	99,102,104
CONTRATO DE OBRA PUBLICA-Aclaración de Voto	110
COMPETENCIA - Factores	114
CONSEJO DE ESTADO	133
CONTRATO DE SEGURO	137
COLPUERTOS-Naturaleza de sus actos-Salvamento de Voto	163,167

D

DAÑO EVENTUAL	199
DAÑO EVENTUAL Aclaración de Voto	204
DEPOSITO FRANCO	9
DEPOSITO FRANCO-Salvamento de Voto	21
DEPOSITO FRANCO-Inexistencia-Salvamento de Voto	23

E

EXCEPCIONES	170
EXCEPCIONES-Aclaración de Voto	183

I

INDEBIDA APLICACION-Salvamento de Voto	23
INTERPRETACION ERRONEA-Salvamento de Voto	23

J

JURISDICCION COACTIVA	170
JUICIO EJECUTIVO	170
JURISDICCION COACTIVA-Aclaración de Voto	183
JUICIO EJECUTIVO-Aclaración de Voto	183
JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA-Facultades	186

L

LICITACION-Inhabilidades	199
LICITACION-Inhabilidades-Aclaración de Voto	204

N

NECESIDAD DEL GASTO	35
NECESIDAD DEL GASTO-Aclaración de Voto	49,51

NECESIDAD DEL GASTO-Salvamento de Voto	55,67,69
NORMA SUSTANTIVA-Inexistencia	75
NORMA SUSTANTIVA-Salvamento de Voto	104
NORMA DESCRIPTIVA-Aclaración de Voto	110

O

OBLIGACION CIVIL	75
OBLIGACION CIVIL-Salvamento de Voto	104

P

POLIZA DE SEGURO	137
POLIZA AUTOMATICA	137
PRESCRIPCION	170
PRESCRIPCION-Aclaración de Voto	183
PERJUICIOS MORALES A MENORES	186
PERSONAL DOCENTE	207
PERSONAL DOCENTE-Aclaración de Voto	215

R

RECURSO DE SUPLICA-Salvamento de Voto	129
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	9
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica	9,199,120
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Improcedencia	
Aclaración de Voto	181
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Procedencia	
Salvamento de Voto	21
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	
Salvamento de Voto	23, 124
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica	75
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica	
Salvamento de Voto	104
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica	
Aclaración de Voto	110
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Improcedencia	
Aclaración de Voto	181
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA	26
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia	120,207
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia	
Aclaración de Voto	181

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Salvamento de Voto	124
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Salvamento de Voto	129
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Naturaleza	
Salvamento de Voto	129
RESPONSABILIDADES POR ALMACENAJE	137
RESPONSABILIDADES POR ALMACENAJE-Improcedencia-	
Salvamento de Voto	163,167
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia	
Aclaración de Voto	181
REINTEGRO	207
REINTEGRO-Aclaración de Voto	215

S

SUPRESION DEL CARGO	26

T

TRASLADO	207
TRASLADO-Aclaración de Voto	215

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ABOGACIA-Ejercicio	266
ADOPCION	270
ADOPCION-Salvamento de Voto	273
ADOPCION-Aclaración de Voto	276

C

CAJA DE CREDITO AGRARIO	250
CONSULTORIO JURIDICO	221
COMPETENCIA DISCIPLINARIA	224
CONSEJO DE ESTADO	230
CONTRATO DE EMPRESTITO-Régimen aplicable	239
CONTRATO DE OBRA PUBLICA	239

CONTOL FISCAL	244
CERTIFICACION DE DESARROLLO TURISTICO	261
COMISARIA	261
CONGRESISTA	312
CONTRATO DE EMPRESTITO	333

D

DIPUTADO	312

E

EMPLEADOS RAMA JURISDICCIONAL-Incompatibilidades	221
EXTRANJEROS-Derechos	255
ECOMINAS	291
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	
MUNICIPALES-Régimen Contractual	333

F

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA	307

H

HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS-Naturaleza Jurídica	295
HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS-Naturaleza Jurídica	
Salvamento de Voto	303

I

IMPUESTO PREDIAL	329
INCORA	235
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	250
INTENDENCIA	261
ISS	291
INCAPACIDAD LABORAL-Pago	291
IMPUESTO DE COMBUSTIBLES	307
IMPUESTO AL CARBON	316
INDUSTRIA MILITAR-Naturaleza Jurídica	329
IMPUESTO A INMUEBLES-Exención	329
INCOMEX-Facultades	333

L

LICENCIA DE MATERNIDAD	270
LICENCIA DE MATERNIDAD-Salvamento de Voto	273
LICENCIA DE MATERNIDAD-Aclaración de Voto	276

M

MINISTERIO DE DEFENSA	266

P

PRESTACIONES SOCIALES	324
PERSONAL DOCENTE	324
PROEXPO	239
PERSONAL CIVIL	266
PERSONAL MILITAR	266
PROCULTURA-Naturaleza Jurídica	277
PROCULTURA-Régimen Aplicable	277
PENSION DE JUBILACION	312
PROTECCION A LA INDUSTRIA Y AL TRABAJO NACIONALES	333

R

RECURSOS	255
REGALIAS	316

S

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL-Funciones	230
SUBSIDIO DE ALIMENTACION	235
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	244
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA	277

T

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA	224
TASA DE CONTRIBUCION	329

V

VISA	255
VIA GUBERNATIVA	255

SALA DISCIPLINARIA

F

FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	341

M

MORA	341

SECCION PRIMERA

A

AREA METROPOLITANA	508
ACUERDO METROPOLITANO	508
AVALUO CATASTRAL	516
AUTORIDADES DE TRANSITO	530
ASAMBLEA DE ACCIONISTAS-Reuniones	569
ACCION DE LESIVIDAD	407
ACTO DE REGISTRO-Improcedencia	443
ACUERDO SUBREGIONAL ANDINO	457

B

BIEN INMUEBLE	516
BIEN DE USO PUBLICO	396

C

CONTRIBUCION	485
CONGRESO-Facultades	492

CONTRATO COFINANCIADO	562
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO	407
CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO	407
COADYUVANCIA	376
CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION	384

D

DEMANDA	485
DECRETO METROPOLITANO	508
DEMANDA-Ineptitud	356
DEMANDA-Sustitución	380

E

EDUCACION SUPERIOR	545

F

FUNCIONES	530
FONDO NACIONAL DE AHORRO-Régimen Contractual	562
FONDO NACIONAL DE AHORRO-Funciones	356

J

JUNTA NACIONAL DE TARIFAS-Facultades	492
JUNTA DE SOCIOS	569
JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES	578
JUEGOS DE AZAR	421

I

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN-Vigilancia	552
INTRA-Funciones	530
IMPUESTO PREDIAL	516
IMPUESTO	485
IMPUESTO-Salvamento de Voto	503
IMPUESTO-Diferencias	492
INMUEBLE INDUSTRIAL	516
IMPORTACIONES	457
IDEMA	457
INTERVENCION ADHESIVA	376

L

LEGITIMACION POR PASIVA	485
LEGITIMACION PROCESAL	369
LEGITIMACION EN LA CAUSA	369
LOTERIA	351
LOTERIA DE LOS TERRITORIOS NACIONALES-Sorteos	351

M

MONOPOLIO	421
MONOPOLIO SERVICIO PUBLICO DE INCINERACION	435
MEDIDAS CAUTELARES-Inscripción	443

P

POTESTAD REGLAMENTARIA	362,384
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	351
POTESTAD REGLAMENTARIA-Limitaciones	467
PLACAS	530
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO-Representación 3	56
PERSONAS JURIDICAS-Régimen	545
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades	552
PRINCIPIO DE INALIENABILIDAD	396
PROYECTO DE ORDENANZA	421

Q

QUORUM	384

R

RECURSO DE REVISION-Requisitos	440
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	421
REGLAMENTACION DE CODIGOS	362
REPRODUCCION DEL ACTO	578

S

SERVICIO PUBLICO	492
SERVICIO PUBLICO-Salvamento de Voto	503
SUSPENSION PROVIASIONAL-Improcedencia	562,578

SUSPENSION PROVIASIONAL-Improcedencia	
Salvamento de Voto	503
SUSTRACCION DE MATERIA-Improcedencia	530
SOCIEDADES COMERCIALES	569
SERVICIO PUBLICO DE PLAZA DE MERCADO	396

T

TERAPIA OCUPACIONAL	467
TASA	485,492
TASA-Salvamento de Voto	503
TARIFA	492
TARIFA-Salvamento de Voto	503
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS	407

SECCION SEGUNDA

A

AUTO DE DETENCION	654
ACTO DE TRAMITE	665
ACCION DE NULIDAD	682
ACCION DE NULIDAD-Salvamento de Voto	707
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	
Salvamento de Voto	682
ACTO PARTICULAR	707
ABANDONO DEL CARGO	711

C

CALIFICACION DE SERVICIOS	665
CONTRATO DE TRABAJO	611
CESANTIA-Reconocimiento	670
COMPETENCIA	674,707,768
CARRERA ADMINISTRATIVA	690, 702
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	690
CONGRESO	707
CARGO PUBLICO-Compatibilidad	745
CARRERA ADMINISTRATIVA-Escalafonamiento	760

D

DESTITUCION	647, 694, 768
DESTITUCION-Aclaración de Voto	699
DEROGACION DEL ACTO	711
DEROGACION DEL ACTO-Salvamento de Voto	723
DESPIDO-Nulidad	725

E

EMPLEO-Clasificación	591
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	591
ESTATUTOS	591
EMPLEADO MUNICIPAL	600
EMPLEO-Remuneración	707

F

FERROCARRILES NACIONALES	591

G

GOBERNADOR	618

I

INSUBSISTENCIA-Procedencia	647
INSUBSISTENCIA-Causales	636
INSUBSISTENCIA	629,651,654,694,702,745
INSUBSISTENCIA-Salvamento de Voto	651
INSUBSISTENCIA-Aclaración de Voto	699
INDEXACION	745
ISS REGIONAL-Funciones	745

J

JUNTA DIRECTIVA NACIONAL-Elecciones	674

L

LICENCIA POR MATERNIDAD	725

M

MINISTERIO DEL TRABAJO-Funciones	611
MINISTERIO DEL TRABAJO	674

N

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL	702
NOMBRAMIENTO PROVISIONAL-Término	690
NOTARIOS	753

P

POTESTAD REGLAMENTARIA	725
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	686,753
PLANTA DE PERSONAL-Congelación	618
PLANTA DE PERSONAL-Congelación-Salvamento de Voto	622
PRESTACIONES SOCIALES	624
PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD	624
PROCESO DISCIPLINARIO	694
PROCESO DISCIPLINARIO-Aclaración de Voto	699,768
PROCESO DISCIPLINARIO-Salvamento de Voto	651
PERSONAL DOCENTE	686
PENSION DE INVALIDEZ	600
PENSION DE JUBILACION	745
PLANTA DE PERSONAL-Incorporación	760

R

RENUNCIA	711
RENUNCIA-Salvamento de Voto	723
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO	711
RECURSOS-Término	607

S

SUSPENSION PROVISIONAL	607
SENTENCIA	670
SINDICATO	674
SALARIO-Fijación	686
SINDICATOS	733
SUSPENSION COLECTIVA DEL TRABAJO-Legalidad	733

U

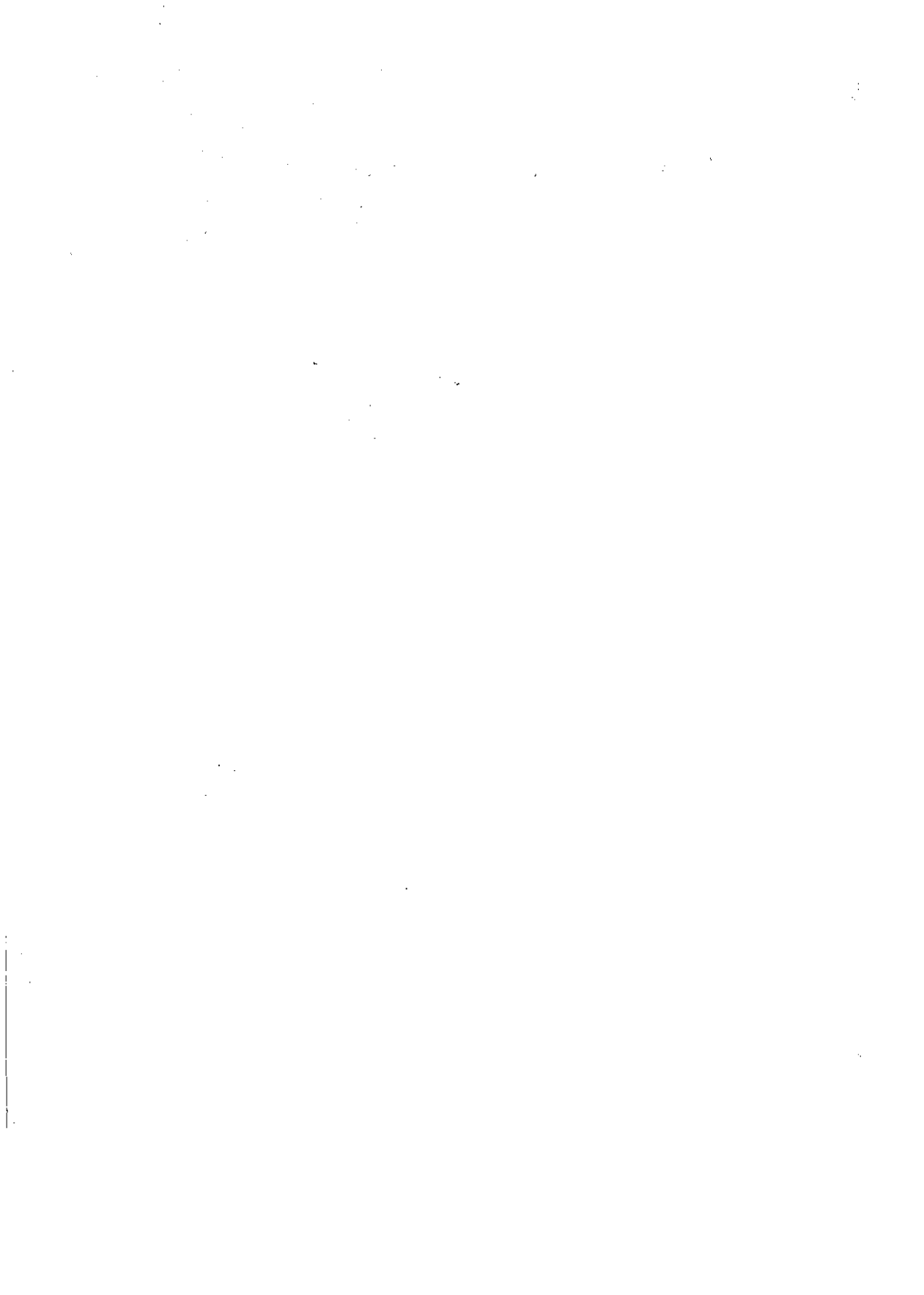
UNIVERSIDAD DEL CAUCA-Naturaleza Jurídica

707

T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS-Salvamento de Voto

682



LA EMPRESA EDITORIAL
UNIVERSIDAD NACIONAL
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE ESTE LIBRO
ANALE DEL CONSEJO DE ESTADO
TERCER TRIMESTRE DE 1992 I TOMO
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN
EN DICIEMBRE DE 1995

