

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE
1.990

PRIMERA PARTE

PRESIDENTE

REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

VICEPRESIDENTA

CONSUELO SARRIA OLCOS

SECRETARIA GENERAL

NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

PRESIDENTE

SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ

(Se retiró el 7 de noviembre de 1990.)

A partir del 8 de Noviembre se posesionó
el doctor José Padilla Villar)

LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
RODRIO VIEIRA PUERTA
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

SECRETARIO

VICTOR M. VILLAQUIRAN M.

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE

CLARA FORERO DE CASTRO
JOAQUIN BARRETO RUIZ
REYNALDO ARCINIEGAS BAEBDECKER
ALVARO LECOMPTE LUNA
DIEGO YOUNES MORENO
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

(Se posesionó el 8 de octubre de 1.990)

SECRETARIO

MIGUEL A. PERILLA PERILLA

SECCION TERCERA

PRESIDENTE

CARLOS BETANCUR JARAMILLO
GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

(Se retiró el 24 de octubre de 1.990.

A partir del 25 de octubre de 1.990 se posesionó
el doctor Carlos Ramírez Arcila)

JULIO CESAR URIBE ACOSTA
CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA

SECRETARIO

FELIX ARTURO MORA VILLATE

SECCION CUARTA

PRESIDENTE

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

JAIME ABELLA ZARATE

CARMELO MARTINEZ CONN

CONSUELO SARRIA OLCOS

SECRETARIO

JORGE A. TORRADO TORRADO

SECCION QUINTA

PRESIDENTE

MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

JORGE PENEN DELTIEURE

AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

EUCLIDES LONDOÑO CARDONA

(Se retiró el 23 de agosto de 1.990

**A partir del 24 de agosto de 1.990 se posesionó
el doctor JOSÉ JOAQUÍN CAMACHO PARDO)**

SECRETARIO

OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

PRESIDENTE

JAIME PAREDES TAMAYO

JAIME BETANCUR CUARTAS

JAVIER HENAO HIDRON

HUMBERTO MORA OSEJO

SECRETARIA

ELIZABETH CASTRO REYES

FISCALIAS

1º ALVARO LEON CAJIAO

2º EDNE COHEN DAZA

3º JAIME OSSA ARBELAEZ

4º RAFAEL BALLEEN MOLINA

5º MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ

6º DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

7º MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

8º JAIME MOSSOS GUARNIZO

9º INES HURTADO CUBIDES

10º FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

DANILO ROJAS BETANCOURTH

SALA PLENA



LEY PROCESAL-Objeto/ PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS/ ABOGADO-Función

El principio de la efectividad de los derechos sustantivos, que debe ser el ideal de todo régimen jurídico y de toda organización humana civilizada, se encuentra matizado por normas procesales, y será de una aplicación razonada del conjunto de esos principios de donde podrá resultar una aplicación armónica, coherente y justa del ordenamiento jurídico de un país. Y dentro de este contexto de aplicación del régimen jurídico, corresponde un especial papel a los abogados litigantes en la medida en que las normas que exigen su participación en ciertos procesos no tienen una finalidad simple de garantía gremial, sino que, además y de manera principal, buscan su colaboración en la aplicación armónica del derecho.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica

Las normas en relación con las cuales se hace alguna sustentación, son todas de carácter procesal o adjetivo que no pueden servir de fundamento de un recurso extraordinario de anulación, como se desprende del art. 197 del C.C.A. y como ha sido entendido reiteradamente por la jurisprudencia de esta corporación.

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

Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Referencia: Expediente No. A-031. Actor: Aurora Sabogal de Soto y Otros

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la actora contra la sentencia de única

instancia, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 19 de febrero de 1987.

I. LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la sentencia recurrida de anulación, la Sección Tercera puso fin al proceso que por responsabilidad civil (ordinario de indemnización) contra la Nación y el Municipio de Ibagué iniciaran, por intermedio de apoderado, la ciudadana Aurora Sabogal de Soto y sus menores hijos Octavio Enrique y Diana Marcela Soto Sabogal.

Dicha sentencia fue inhibitoria y para adoptarla la sección Tercera tuvo como fundamento las siguientes consideraciones principales, dadas "las irregularidades que presenta el libelo demandatario":

1a.) En el numeral 1 del petitum las pretensiones se dirigen contra "...el Estado Colombiano y el Municipio de Ibagué, en procura de la declaratoria de responsabilidad solidaria de ambos entes, por la totalidad de los daños y perjuicios causados con la muerte del señor JOSE OCTAVIO SOTO".

En lo atinente al Estado, "la sala interpreta que se demanda a la Nación, pero las pretensiones contra esta entidad de derecho público aparecen formuladas de una manera indeterminada, abstracta, sin definir el ente que debe comparecer al proceso, a asumir la posición de sujeto de la relación jurídico procesal". Al respecto la sentencia se respalda en jurisprudencia de la Corporación y transcribe apartes del fallo de 9 de agosto de 1984 recaído en el proceso No. 2252, actor : Olga Jaramillo de Trujillo, Consejero Ponente : Doctor José Alejandro Bonivento F.

2a.) También la actora demandó al municipio de Ibagué, "impetrando en su contra la mera declaratoria de responsabilidad, sin la condena consecuenencial, pero no como propietario o constructor del escenario deportivo, sino como coadministrador del mismo con Coldeportes, como se afirma en el hecho 5o. de la demanda (fl. 22 C.1), calidad que carece de respaldo probatorio en el plenario".

3a.) La actora no demandó a COLDEPORTES, "no obstante que el apoderado tenía poder para ello, pero sí se predicó en la *causa petendi* su condición de administrador del inmueble (hecho 5o.), condición que fue plenamente acreditada en el proceso", como consta a fls. 176 (oficio D.R..0277), 236-237 (Comunicado No. 7 Coldeportes) y 201 a 203 (oficio No. D.R. 0123).

4a.) Para la fecha del accidente, Coldeportes, Regional Tolima, era el administrador del estadio. En los hechos 5o., 6o., 7o, y 9o. de la demanda se reafirma tal circunstancia, pero la demanda no se dirigió contra Coldeportes.

5a.) Sintetizando "y con la sola finalidad de darle objetividad y fuerza de convicción al fallo, se observa que el apoderado de la parte actora incurrió en fallas

inexcusables en la presentación de la demanda. Así, no recibió poder para demandar al Municipio de Ibagué, pero lo demandó, sólo para obtener una declaratoria de responsabilidad, sin condenas; recibió poder para demandar a Coldeportes, y no lo enlista en las pretensiones, ni lo vincula al proceso, pero sí demostró que es administrador del estadio. Finalmente, demanda al Estado, en abstracto, olvidando, como ya se anotó enantes, que éste debe ser individualizado a través de las distintas entidades contra las cuales debe formularse la pretensión, pues cada uno de ellos es un centro de imputación jurídica". (Cfr.: fls. 276 a 294).

II. LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

En el escrito de interposición del recurso (fls 13 a 22 del Cuad. No. 3), el recurrente plantea un "CARGO UNICO" contra la sentencia acusada, en los siguientes términos :

"Acuso la sentencia recurrida de ser directamente violatoria de los artículos 2o., 16, 20, 26, 29 y 51 de la Constitución Nacional; 8o. de la Ley 153 de 1887; 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil; artículo 68 Ley 167 del 41; artículos 81, 82, 83, 86, 152, 153, 154, 156 y 97 del Código de Procedimiento Civil; artículos 137 y 165 del Decreto 1o. de 1984; artículo 4o. de la Ley 4a. de 1969; la Ley 47 y n 48 (sic) de 1967. Todos ellos por falta de aplicación"

A continuación el recurrente cita la frase : "Si el máximo del derecho, es el máximo de la injusticia; el máximo de la ritualidad, es la ausencia de la Justicia". Y agrega : "Esta es la razón primordial por la cual solicito, la ANULACION del fallo recurrido ya que, la Honorable Sección III, encontró efectivamente la falla administrativa como se deduce de su Sentencia, pero se inhibió de pronunciar Sentencia por ineptitud de la demanda, cuando su deber como Fallador era y es el de corregir los defectos procesales para resolver la materialidad del asunto planteado, tal como se lo impone el artículo 83 del Código de procedimiento Civil".

Una vez planteado el cargo en los términos anteriores, el recurrente expresa: "Evidentemente, el fallo recurrido carece de sostén lógico y convicción si examinamos sus fundamentos", y procede a desarrollar cuatro puntos o temas bajo los títulos que se indican a continuación y cuyo contenido la Sala resume en la siguiente forma:

a) *LA SUPUESTA INSUFICIENCIA DE PODER PARA DEMANDAR AL MUNICIPIO DE IBAGUE.*

En este punto el recurrente manifiesta que "la insuficiencia de poder debió ser legada por el Municipio de Ibagué, el cual fue notificado" y que "no corresponde al fallador declarar dicha insuficiencia, por cuanto el Municipio demandado no alegó excepción previa, ni nulidad, y saneó la misma con su conducta".

Cita el art. 156 del C. de P.C. para expresar que de acuerdo con esa norma cuando alguien actúa en un proceso sin alegar al excepción previa y la nulidad, esta queda saneada, por lo cual la Sección Tercera debió condenar al Municipio al comprobar materialmente que era el constructor y le correspondía la vigilancia e inspección del estadio.

b) *SUPUESTA INEPTITUD DE LA DEMANDA POR NO DIRIGIRLA CONTRA COLDEPORTES NACIONAL Y NO NOTIFICARSE AL MISMO.*

En relación con este aspecto el recurrente expresa que "el problema de la Sección III radica en una indebida interpretación de la demanda, pues dentro de los Hechos se encuentra claramente especificado que se dirige contra COLDEPORTES NACIONAL, no en una sola parte sino en textos tales como los siguientes" y procede a transcribir algunos apartes de la demanda en los cuales se hace referencia a esa entidad.

A continuación se refiere a "la notificación por conducta concluyente a Coldeportes Nacional" y manifiesta, refiriéndose al "Ponente y al Proyectista de la Demanda" (sic), que "no hay peor ciego que el que no quiere ver", pues debieron interpretar la demanda conforme al principio de "dame los Hechos y te daré la Demanda" (sic). Para sustentar lo anterior se refiere al art.86 del C. de P.C., en concordancia con el art. 68 de la Ley 167 de 1941, según los cuales la demanda debe interpretarse conforme a los hechos. afirma que la demanda fue admitida contra Coldeportes y que existió una notificación implícita o por conducta concluyente" en auto ejecutoriado que es Ley del proceso" (pero no lo identifica). A pesar de la afirmación anterior, agrega que la notificación implícita o por conducta concluyente se produjo "cuando dentro del proceso ejerciendo el derecho de defensa, COLDEPORTES NACIONAL mediante el Comunicado No. 7, incluido las (sic) páginas 15 y 16 del fallo recurrido se hace parte en el juicio, toma conocimiento del mismo y reconoce la responsabilidad den (sic) el mantenimiento del Estadio..." y procede a transcribir dicho comunicado.

Cita igualmente apartes del auto de la Sección Primera del 16 de mayo de 1984, Consejero Ponente : Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Exp. No. 4524, que se refiere a los poderes del juez para interpretar la demanda e identificar a la parte demandada.

Además, al referirse al "incumplimiento de la obligación de integrar el litis consorcio", afirma de manera temeraria que "el fallador en su deseo de no condenar a los responsables..., se olvidó cumplir con el deber de que trata el artículo 83 del C. de P.C., que obliga al juzgador e integrar el litis consorcio antes de dictar sentencia, si observa que alguno que los demandados no está debidamente notificado".

c) *LA SUPUESTA DEMANDA AL ESTADO EN ABSTRACTO SIN QUE FUERA INDIVIDUALIZADA*

A este respecto el recurrente se limita a expresar que "esta aseveración no está de acuerdo con la realidad, ya que si bien en el *petitum* se habla del estado, en el

curso de la demanda, se habla de los demandados COLDEPORTES NACIONAL Y EL MUNICIPIO DE IBAGUE..." y transcribe apartes de un salvamento de voto del ex-Consejero Jorge Valencia Arango, en el cual se aclara que cuando se demanda al "Estado" debe entenderse que se demanda a la "Nación". No se refiere en este punto a ninguna norma jurídica.

d) *RETROACTIVIDAD DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

En este punto el recurrente critica la sentencia por pretender aplicar las normas del Decreto 01 de 1984 a demandas presentadas y admitidas con anterioridad a la fecha de su vigencia, "violando la Constitución y las leyes" (sin que indique cuáles normas constitucionales o legales se habrían violado).

III. ALEGATOS DE LAS PARTES

En brevísimos escritos presentados dentro del término del traslado, el mandatario judicial de los actores reitera sus cargos contra el fallo recurrido (V. Cuad. 3, fls. 32-33). El mismo mandatario, pero ya extemporáneamente, presenta "unos hechos nuevos para que sean tenidos en cuenta" al fallar el recurso, consistentes en anexar copia de otro fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en relación con otro caso de la misma tragedia del estadio de Ibagué, y copia del recurso de anulación presentado por él mismo contra la sentencia proferida en el caso de Rosa Tulia Ortiz de Castro, "en el que se demuestra claramente la responsabilidad de COLDEPORTES NACIONAL y la falta de razón de la Sección Tercera: (V. Cuad. 3, fls. 36 y s.s.), recurso este último que fue fallado desfavorablemente por esta Sala Plena, mediante sentencia del 28 de septiembre de 1989, con ponencia del Consejero doctor Jorge Penén Deltieure, Exp. No. A-079.

No se presentaron alegatos de impugnación del recurso.

IV. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La Sala desea precisar, en primer lugar, que es plenamente consciente del principio consagrado en el art. 4o. del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contencioso administrativos en virtud de la remisión que hace el art. 267 del C.C.A., principio según el cual "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos en la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" y dentro de ese espíritu enmarca las decisiones que le corresponde tomar de acuerdo con su competencia, como en el presente caso.

Pero, además de lo anterior, la Sala se ve en la necesidad de precisar que el principio mencionado encuentra algunos matices o limitaciones consagrados en las mismas normas procesales, que también deben ser tenidos en cuenta por el juzgador al momento de tomar las decisiones, como los siguientes:

De una parte, el citado art. 4o. del estatuto procesal civil establece igualmente que "las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, **de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes**" (Subraya la Sala).

De otra parte, el art. 6o. del ya citado estatuto procesal advierte que "las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley".

De tal manera que el principio general de la efectividad de los derechos sustantivos, que debe ser el ideal de todo régimen jurídico y de toda organización humana civilizada, se encuentra matizado por las normas procesales, y será de una aplicación razonada del conjunto de esos principios de donde podrá resultar una aplicación armónica, coherente y justa del ordenamiento jurídico de un país.

Y dentro de ese contexto de aplicación del régimen jurídico corresponde un especial papel a los abogados litigantes en la medida en que las normas que exigen su participación en ciertos procesos no tiene una finalidad simple de garantía gremial, sino que, además y de manera principal, buscan su colaboración en la aplicación armónica del derecho.

Es así como el art. 1o. del estatuto del ejercicio de la abogacía (Decreto 196 de 1971), establece que esta profesión "tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia". A su vez, el art. 2o. de dicho estatuto expresa que "también es misión suya (de los abogados) asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas". Igualmente, el art. 47 del mismo estatuto manifiesta que "son deberes del abogado: ...2. Colaborar legalmente en la recta y cumplida administración de justicia:... 6. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales..".

Por lo anterior, la sala observa con preocupación que en el presente recurso extraordinario de anulación, el profesional del derecho que ha actuado como apoderado judicial de la parte actora, ha interpuesto y adelantado este recurso sobre la idea fundamental de que la Sección Tercera dictó la sentencia de instancia sin cumplir "su deber de corregir los defectos procesales", hasta llegar a presumir el "deseo " de la Sección "de no condenar a los responsables", sin reparar en que dicho deber del juez se enmarca dentro de los principios mencionados, que no le permiten la corrección en todos los casos y que los defectos procesales indicados por la Sección son esencialmente debidos a la actuación del mismo abogado que ahora se lamenta de que el Consejo no haya corregido sus fallas y errores.

La preocupación de la Sala se hace manifiesta cuando constata que ahora, con ocasión del presente recurso, el apoderado de los actores incurre una vez más en fallas procesales protuberantes, que le impiden a la Sala Plena entrar a analizar si

efectivamente las fallas del apoderado, en las cuales se basó la Sección Tercera para dictar la sentencia inhibitoria, eran "inexcusables", como ella misma las califica, y de tal entidad que no pudieran ser objeto de corrección o de ser subsanadas o interpretadas a fin de llegar a un pronunciamiento de mérito.

En efecto, el Capítulo III del Título XXIII del C.C.A., que consagraba y regulaba el recurso extraordinario de anulación, del cual hizo uso el apoderado de la parte actora, contenía entre sus normas las siguientes:

El art. 197, según la cual la única de anulación de una sentencia, es la "violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

El art. 199, de acuerdo con el cual el escrito del recurso deberá contener o reunir, entre otros, los siguientes requisitos:

" ...

"3. La formulación de los cargos contra la sentencia, expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutive".

Frente a tales normas, el recurso planteado por el apoderado de los actores no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

1a. Se impugna el fallo de la Sección Tercera con un "único cargo", consistente en la presunta "violación directa" por "falta de aplicación" de las normas ya citadas en esta providencia, que suman 26 disposiciones de todo orden, incluyendo normas constitucionales, leyes sustantivas y procesales, además de que se hace referencia a algunas leyes sin precisar cuales artículos de las mismas consideran violados.

2a. Al desarrollar el fundamento de la impugnación, el recurrente plantea cuatro puntos, que fueron identificados y resumidos en el acápite correspondiente de esta providencia, en los cuales solo se hace mención de las siguientes normas: arts. 156, 86 y 83 del Código de Procedimiento Civil, art. 68 de la Ley de 1941 y "las normas del Decreto 01 de 1984".

Como puede verse, las anteriores normas, en relación con las cuales se hace alguna sustentación, son todas de carácter procesal o adjetivo que no se pueden servir de fundamento de un recurso extraordinario de anulación, como se desprende del art. 197 del C.C.A. y como ha sido entendido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación.

3a. Como consecuencia de lo anterior, todas las demás normas citadas en el "cargo único" aparecen sin ninguna sustentación que pudiera permitir a la Sala examinar su posible violación por la sentencia recurrida y establecer la incidencia de esa posible violación en la parte resolutive.

A este respecto, como lo ha expresado esta misma Sala Plena en ocasión anterior:

"...es a la persona que hace uso del recurso extraordinario a quien corresponde indicar en forma clara y precisa cual es la incidencia de la violación de la norma constitucional o la ley sustantiva en la parte resolutive de la sentencia acusada y que no puede el fallador buscarla dentro de las argumentaciones del recurrente, porque es una carga procesal que la ley le impone a quien hace uso del recurso extraordinario en mención y su ausencia impide que se analicen los cargos formulados y, por lo tanto, la prosperidad del recurso.

"Es que el de anulación como reiteradamente se ha dicho no solo es un recurso especial y extraordinario, sino de carácter excepcional, ya que con él se ataca a una sentencia consagrada con la autoridad de la cosa juzgada que es lo que constituye su soporte de la seguridad y como, es bien sabido, es la más importante de las resoluciones judiciales que, como fin de la demanda y objeto del proceso, constituye el resumen y compendio de todo el procedimiento. La trascendencia del posible resultado de este recurso explica que la severidad que rige su tratamiento no obedezca a una simple capricho normativo, sino a la más estricta *sindéresis* a que debe someterse la conducta del fallador". (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 21 de septiembre de 1989, Consejero Ponente : Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, Exp. R-025).

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 de anulación interpuesto

Ref. : Expediente No. A-031

Actor : Aurora Sabogal de Soto

Contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Congreso de Estado el 19 de febrero de 1987, dentro del proceso adelantado por Aurora Sabogal de Soto y otros contra la Nación y el Municipio de Ibagué.

SEGUNDO. No hay condena en costas por no haberse causado. En consecuencia, devuélvase la caución prestada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA SE EL EXPEDIENTE A LA SECCION DE ORIGEN.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zarate, Carlos Gustavo Arrieta, Joaquín Barreto Ruiz, Jose Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chanin Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel Gonzalez Rodríguez , Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutierrez Velasquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Jorge Penén Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez , Simón Rodríguez Rodríguez , Rodrigo Vieira Puerta, Ausente; Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

LEY PROCESAL - Objeto/ PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS SENTENCIA INHIBITORIA- (Aclaración de Voto)

En la sentencia que decide la instancia y en la que resuelve el recurso extraordinario, se critica tan sólo al abogado que por olvido, error o ignorancia planteó mal su demanda y se guarda un prudente silencio respecto al Juez integrante de la Sala que dejó igualmente de cumplir con su deber de ejercer un debido control sobre la demanda y emplear los poderes que le da la Ley para evitar decisiones inhibitorias. No hay nada más frustrante y grave que la sentencia inhibitoria; son las que han venido llevando a las gentes de nuestro país al convencimiento de que así ahí están los jueces para plantear ante ellos el reconocimiento o el desconocimiento de un derecho, lo cierto es que no hay justicia en Colombia en un gran sinnúmero de casos.

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

Referencia: Expediente No. A-031. Actor: Aurora Sabogal de Soto.

Compartí la parte resolutive de la sentencia de primero de octubre del presente año, en cuanto por ella se declara la no prosperidad del recurso de anulación ejercitado por la parte actora contra la sentencia de la Sección tercera de la Corporación que desató la contención, por cuanto realmente el escrito por medio del cual se promovió el recurso extraordinario indicado no reunía los requisitos de ley.

Empero, como lo expresé en la reunión de la Sala en donde se discutió y aprobó la ponencia presentada por el doctor Libardo Rodríguez, considero que, a veces, conviene que los jueces hagamos, en las providencias que se dictan, una autocrítica de carácter constructivo sobre la forma como en ocasiones se administra justicia por nosotros, y no limitarnos a echarle toda la culpa o responsabilidad del fracaso de una acción contenciosa al abogado en quien confía el administrado la defensa de sus

eventuales derechos, abogado a quien el Estado ha habilitado para ejercer la profesión ante la presentación de un título expedido por Universidad oficial o privada legalmente autorizada para funcionar y expedir ese título de idoneidad en nombre del mismo, así en ocasiones, su preparación no sea la adecuada para cumplir con esa alta misión que corresponde a los profesionales del derecho.

Desde ese punto de vista, me parece que, correspondiendo al juez, de cualquier jurisdicción, ejercer un debido control sobre la demanda a través de la cual una persona busca el reconocimiento o el respeto a su derecho, en orden a que el escrito contentivo de ella - memoria como se denomina en el derecho francés - cumpla con los requisitos de forma previstos en la norma positiva, para lo cual ésta lo faculta para rechazar *in limine* la demanda cuando esos requisitos son insubsanables (caducidad de la acción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de jurisdicción, etc.), o para dictar auto inadmisorio en donde se le señalen a la parte actora los defectos que el mencionado escrito presenta y se le otorgue un término para que dentro del mismo los subsane o corrija, si lo son, en ese mismo juez, especialmente si se trata de uno que integra el máximo organismo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, por lo mismo, debe ser más cuidadoso en sus actuaciones y decisiones, pueda dictar providencia, como la que se dictó en este proceso con fecha 7 de octubre de 1983, en donde se exprese que "Por reunir los requisitos formales, se admite la anterior demanda...." y, en consecuencia se dispone: "...1. Notificar personalmente esta providencia al señor Alcalde de Ibagué (Tolima) ..." (Subrayado fuera de texto), sin percatarse que no existía autorización o poder para demandar al Municipio de Ibagué, conjuntamente con la Nación, y, que, por otra parte, al demandarse a la Nación y al municipio indicado, no se precisó o individualizó la entidad pública" contra la cual debe formularse la pretensión, pues cada uno (sic) de ellos es un centro de imputación jurídica", como se expresa en la sentencia recurrida de la Sección tercera.

Y, luego de dictada esa providencia que seguramente elaboró una secretaria-mecanógrafa o un sustanciador y firmó el magistrado sin revisar someramente la demanda para ver si se podía hacer la afirmación de que "por reunir los requisitos formales", cuando ya han transcurrido varios años de desgaste de la jurisdicción, en una sentencia se venga a declarar inhibido para decidir sobre el fondo del asunto, con fundamento en esa carencia de poder para accionar contra el municipio y por no haberse señalado el órgano de la administración nacional (Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, etc.), que constituye el centro de imputación jurídica, que solo es para efectos de la notificación de la demanda al funcionario respectivo, y que debió haberse observado en su oportunidad para que el apoderado del actor lo subsanara y no después cuando ya no quedaba nada por hacer en ese sentido. Pero lo más inadmisibles es que no sólo nadie será llamado a responder por ello, ni el abogado ni el juez, sino que en la sentencia que decide la instancia y en la que resuelve el recurso extraordinario, se critica tan sólo al abogado que por olvido, error o ignorancia planteó mal su demanda y se guarda un prudente silencio respecto al juez integrante de la sala que dejó igualmente de cumplir con su deber de ejercer un debido control sobre la demanda y emplear los poderes que le da la ley para evitar decisiones inhibitorias, como lo establece expresamente nuestra ley procesal civil,

que, en cuanto hace a esa disposición y a muchas otras que contiene, constituye letra muerta, o no son del conocimiento del administrador de justicia.

Y cosas como éstas, que por lo general no se presentan en países avanzados, desde todo punto de vista, en donde inclusive se asesora a los abogados para que planteen sus demandas ante el juez, en forma tal que le permita a éste tomar una decisión sobre el fondo del asunto, pues no hay nada más frustrante y grave que la sentencia inhibitoria, son las que han venido llevando a las gentes de nuestro país, de manera paulatina e incontrovertible, al convencimiento de que así ahí estén los jueces colombianos para plantear ante ellos el reconocimiento o el desconocimiento de un derecho, lo cierto es que no hay justicia en Colombia en un gran sinnúmero de casos.

En este caso, el padre y esposo de los reclamantes, sostén de ese núcleo familiar, falleció por causa de hechos imputables al municipio de Ibagué, constructor del estadio de esa ciudad, y a Coldeportes, entidad administradora del mismo coliseo, falla del servicio demostrada no solo en éste, sino en varios otros procesos, y aún en el que tramitaron los jueces penales competentes, Pero esa desprotección en que dejó a su familia, no se puede solucionar - como se ha hecho en otros relativos a los mismos hechos - porque, de un lado, el abogado no confeccionó el poder para comprender dentro del mismo la autorización para demandar la municipio de Ibagué - el que por cierto fue vinculado legalmente al proceso sin hacer objeción alguna en ese aspecto de la carencia del poder y que, por lo mismo, era el único autorizado para plantear la nulidad procesal -, ni señaló que el organismo nacional demandado era Coldeportes, centro de imputación jurídica, y por cuanto, de otro lado, el señor consejero conductor del proceso dejó de cumplir con el deber legal de ejercer el control sobre la demanda, en orden a evitar la sentencia inhibitoria, que efectivamente se produjo por lo anterior. En cuanto al primero se produce la censura; en cuanto al segundo como es de los nuestros, nada se dice. Ese es el motivo de mi aclaración de voto.

Fecha Ut supra.

Miguel Gonzalez Rodríguez, Consejero de Estado.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Si aparece que las autoridades administrativas del orden nacional en contienda no se han declarado expresamente competentes ni incompetentes para ejercer la función de vigilancia y control sobre los concursos de apuestas de la especie "Ganagol", no puede entonces hablarse de que entre ellas exista conflicto alguno, pues para que surja jurídicamente el mismo siempre se requerirá que cuando mínimo dos autoridades se disputen acerca de la facultad para conocer o no de cierto asunto. En el presente evento de manera alguna ha sido provocada la colisión de competencia por una autoridad a otra.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., primero (1o) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. C-146. Conflicto de competencia administrativa entre autoridades nacionales. Actor: Sociedad Ganagol S.A.

Mediante apoderado judicial, la sociedad Ganagol S.A., promueve "...conflicto de competencia..." ante esta Corporación, a fin de que me dirima a quien corresponde actualmente el control y vigilancia de los concursos de apuestas deportivas, hípicas y similares, asignado por el Decreto Ley 149 de 1976 a la superintendencia de Industria y Comercio.

Fundamentos de hecho.

1.- Que la sociedad comercial Ganagol S.A., constituida por escritura pública Nro. 1477 de 21 de Abril de 1988, corrida ante la Notaría 37 de Bogotá e inscrita en

su Cámara de Comercio el 27 del mismo mes y año bajo el Nro. 234511 del libro IX, con matrícula mercantil Nro. 326702, siendo su domicilio principal esta capital, comprende en su objeto social, entre sus múltiples actividades, la de realizar toda clase de inversiones en apuestas deportivas, culturales y educativas.

Así consta de calificación allegada, en fotocopia autenticada, que expidió la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 41 a 45).

2.- Que la empresa Ganagol S.A., actuando dentro del marco de su objeto social, solicitó de la superintendencia de Industria y Comercio licencia para efectuar un concurso de apuestas deportivas con base en los eventos futbolísticos organizados por la División Mayor de fútbol Colombiano y la Federación Colombiana de Fútbol, realizables en el país o fuera de él, y para sellar formularios o tarjetas de apuestas sobre dichos eventos expendibles al público con el nombre de "Ganagol".

De esa solicitud no se trajo copia al expediente.

3.- Que la sociedad Ganagol S.A. presentó los documentos de ley para sustento del concurso propuesto y constituyó la respectiva póliza de garantía de cumplimiento de obligaciones y contratos, concediéndosele entonces, por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución Nro. 2442 de 9 de diciembre de 1988, con vigencia de dos años, la licencia solicitada, obrando la entidad competente con sujeción a lo previsto en la Resolución Nro. 0366 de 22 de marzo de 1982, "Por la cual se actualiza la reglamentación del funcionamiento de los concursos de Apuestas sobre eventos Hípicos, Deportivos y Similares", emanada de la misma Superintendencia "en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el Decreto Ley 149 de 1976".

Obran en el expediente, en efecto, fotocopia simple de la Resolución Nro. 2442 (fls. 2 y 3), y fotocopia autenticada de la Resolución Nro. 0366 (fls. 13 a 22).

4.- Que la sociedad Ganagol S.A., con fundamento en la licencia recibida de la Superintendencia de Industria y Comercio, se dispuso a promocionar por los medios televisivos el concurso "Ganagol", ocurriendo que para la aprobación y codificación de su "Story Board" por parte de Inravisión, este Instituto solicitó además una autorización que debía expedir la División de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos del Distrito Especial de Bogotá, frente a los cual se adujo que en razón del "... Acuerdo 09/87..." (sic), la licencia que correspondía presentar era la otorgada por la Superintendencia de Industria y Comercio y no la reclamada, alegación que sin embargo no prosperó.

Sobre lo afirmado en este aparte no se allegó constancia alguna.

5.- Que Ganagol S.A. acudió, entonces, a la División de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos del Distrito, en procura de la certificación reclamada por Inravisión, sin que le fuera posible obtenerla, pues esa dependencia resolvió previamente pedir

el concepto de la División de Loterías de Ministerio de Salud, la que a su vez elevó consulta en el mismo sentido a la Oficina Jurídica de ese Ministerio, despacho en cuyo concepto el concurso "Ganagol", entendido como juego de suerte y azar diferente de las loterías y apuestas permanentes existentes, estaría comprendido entre los declarados como arbitrio rentístico de la Nación a través de la explotación monopólica en beneficio del sector salud, conforme a la previsión del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, por la que se reorganiza el Sistema Nacional de Salud; y que como la empresa Ganagol S.A. no hizo efectiva la autorización que le fuera concedida para la realización de dicho concurso, la mera expectativa que poseía respecto del mismo, porque no un derecho consolidado, la perdió cuando la referida ley por vía general estableció el monopolio, según lo normado por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Aunque no obran el expediente copias de las comunicaciones dirigidas por la sociedad actora a la División de Rifas, Juegos y Espectáculos del Distrito en solicitud de la advertida licencia, ni de las cursadas por esta dependencia a la División de Loterías del Ministerio de Salud pidiendo el previo concepto sobre la materia, sí se trajo fotocopia simple de ese concepto y de los oficios por medio de los cuales la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud lo remitió a la División de Loterías, y ésta, a su vez, a la División de Rifas, Juegos y Espectáculos del Distrito (fls. 4, 5, 6 y 12).

6.- Que una vez recibido por la División de Rifas, Juegos y Espectáculos Públicos del Distrito el concepto de la Oficina Jurídica del Ministerio de salud, era dependencia, mediante oficio DRJEP-194-90 calendado a 30 de abril del corriente año, comunicó a la sociedad Ganagol S.A. que se mantendría la orden impartida a los Alcaldes Menores, en el sentido de impedir el expendio de formularios del concurso "Ganagol" hasta tanto la empresa responsable allegara el permiso o paz y salvo expedido por el Ministerio de Salud para su realización, atendiendo el concepto rendido por la Oficina Jurídica a la División de Loterías de ese Ministerio.

No se trajo al expediente copia del citado oficio DRJEP-149-90.

7.- Que el 19 de abril del presente año, el Ministerio de Salud emitió un comunicado de prensa reiterando que no había autorizado a la empresa Ganagol S.A. para anunciar y realizar el concurso de apuestas deportivas denominado "Ganagol", el cual sería violatorio de la Ley 10 de 1990.

Fotocopia simple de ese comunicado, sin firma y sello de funcionario o dependencia responsable, se allegó al expediente (fl. 23).

8.- Que la sociedad Ganagol S.A., en vista de esa serie de actos y hechos tendientes a impedir por parte del Ministerio de Salud el normal funcionamiento del concurso "Ganagol", se dirigió, en ejercicio del derecho de petición, mediante comunicación datada a 23 de abril del año en curso, a la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitando que la aclarara formalmente a aquel Ministerio, al Distrito Especial y a Inravisión, como a la ciudadanía en general, de la legalidad y validez del

mencionado concurso y, también, que mantiene la facultad de vigilancia y control establecida en la Ley 149 de 1976 respecto de los concursos hípicos y similares.

Fotocopia simple de esa comunicación, como del oficio remisorio de la misma al Ministerio de Salud, obran en el expediente (fls. 7 a 11 y 24).

9.- Que pese a no haber dado respuesta la Superintendencia de Industria y Comercio a la petición contenida en el oficio de 23 de abril de 1990, se ha venido realizando hechos afirmatorios de su competencia sobre eventos como el que nos ocupa, pues ha enviado delegados a todos los escrutinios de los concursos de "Ganagol" efectuados hasta el momento.

En efecto, obran en el expediente fotocopias autenticadas de algunas actas de escrutinio y liquidación de dividendos del concurso "Ganagol" correspondiente a los meses de abril, mayo y junio del presente, todas con firma de una o dos personas de quienes se hace constar que obran como delegadas de la Superintendencia de Industria y Comercio, y las tres últimas con la firma de preténso delegado de la Contraloría General de la República (fls. 26 a 40).

10.- Concluye la parte actora afirmando que la Superintendencia de Industria y Comercio envió una comunicación al Ministerio de Salud, planteando su competencia exclusiva sobre el control y vigilancia de los concursos sobre eventos hípicos, deportivos y similares, "... sin que hasta el momento haya sido atendida, para lo cual el Ministerio debe pronunciarse dejando sin ningún efecto el concepto comentado...".

De esa comunicación, sin embargo, no existe constancia en el expediente.

Fundamentos de derecho.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 88 del C.C.A., subrogado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, promueve la parte actora conflicto de competencia, para que se dirima por esta Corporación a cuál entidad nacional corresponde actualmente el control y vigilancia de los concursos de apuestas sobre eventos hípicos, deportivos y similares, función asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio por el Decreto Ley 149 de 1976, pero hoy reclamada por el Ministerio de Salud con base en la Ley 10 de 1990.

Aduce el accionante que los concursos de puestas sobre eventos hípicos, deportivos y similares, modalidad dentro de la que se clasifica "Ganagol", concurso caracterizado por la concurrencia de los factores suerte y habilidad del participante, estén regulados en principio por el Decreto Ejecutivo 1986 de 1927, base de la Resolución 0366 de 1982 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo al que se le defiere de manera exclusiva la vigilancia y control de los mismos conforme a lo previsto en la Ley 149 de 1976.

Que dichos concursos no fueron objeto del monopolio creado por la Ley 10 de 1990, ya que ésta solo se refiere a los juegos de suerte y azar liberados de la prohibición legal general, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas tratándose, como en efecto se trata, de materia restrictiva de la libertad de empresa.

Que, en consecuencia, al rendir el concepto a que se ha venido haciendo alusión y emitir el comunicado de prensa premencionado, el Ministerio de Salud ha desconocido la vigencia del Decreto 1986 de 1927 y de la Ley 149 de 1976, excediéndose en sus funciones, en detrimento de la empresa responsable del concurso "Ganagol".

CONSIDERACIONES :

La competencia administrativa suele definirse como la atribución que por ministerio de la ley tienen algunas personas u órganos del Estado para conocer y decidir de determinado asunto de la administración pública. En veces, el competente puede escoger entre tomar o no una decisión, como quiera que incurren los presupuestos que los permiten, caso en el cual la decisión es discrecional, pero que en los términos del artículo 36 del C.C.A., "...debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa"; *contrario sensu*, cuando la ley fija y regula la actividad del funcionario señalándole la decisión que obligatoriamente debe tomar, la facultad discrecional es desplazada por la competencia reglada.

Pero aunque, por regla general, la actividad de las autoridades administrativas está delimitada en la ley, pueden presentarse en su ejercicio enfrentamientos entre ellas, bien porque consideran de su fuero el conocimiento de un asunto o porque estiman lo contrario; para dirimir esta clase de contenciones, el Decreto 01 de 1984 instituyó en su artículo 88 la denominada acción de definición de competencias administrativas, mediante la cual cualquier persona o entidad que demostrara interés directo podía pedir la suspensión o anulación de un acto de trámite o definitivo y la precisión de la autoridad competente para decirlo, siempre que, simultáneamente, diferentes autoridades administrativas expidieran providencias o decisiones contrarias en relación a la misma persona o materia.

De acuerdo con la disposición comentada, la finalidad de la acción de definición de competencias administrativas no era otra que conseguir se definiera "...el organismo o funcionario competente, con la consiguiente nulidad o la suspensión de lo hecho por el incompetente...", según concepto del tratadista y Consejero de Estado doctor Carlos Betancur Jaramillo, quien al respecto agregaba: "...desafortunadamente este conflicto quedó huérfano de procedimiento especial y tendrá que seguirse por la vía ordinaria, dispendiosa e inadecuada para el efecto..." ("Derecho Procesal Administrativo, pags. 33 y 34, 2a. edición, Señal Editora), no dejando de observar que, "...más que una acción el asunto debió ser tratado como un proceso especial o conflicto de competencias entre autoridades administrativas...".

Pero el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989 modificó el precepto citado.

Esta disposición señala un trámite preciso para esa clase de conflictos, en los que de todas maneras ha de existir manifestación declinatoria expresa del funcionario u organismo administrativo en relación con su competencia para conocer de determinado asunto, como igual debe suceder en el caso contrario, cuando uno o ambos funcionarios u organismos se consideren competentes, pues también habrán de manifestarlo expresamente. Procederán, entonces, a remitir la actuación a la Corporación contencioso administrativa a la que esté atribuido dirimir el conflicto.

Es que según expresión reiterada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el conflicto de competencia es fenómeno jurídico que en ninguno de sus aspectos se ha dejado el arbitrio de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, según el caso, y mucho menos de las partes; "...la ley en forma previa y precisa determina cómo se configura, cómo opera y cómo plantea..." (auto de 28 de noviembre de 1984, Consejero ponente doctor Samuel Hurtado, Exp. 11095).

En virtud de la modificación del artículo 88 del C.C.A. por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, ya se dijo, el conflicto se suscita por la contradicción respecto de cuál autoridad es competente para conocer de determinado asunto y, como reza el inciso primero de la norma, puede promoverse "...de oficio con solicitud de parte".

Las partes, sin duda, pueden discutir la competencia, bastándoles acudir a la autoridad que tenga la actuación para, en ejercicio del derecho de petición, solicitar que se declare incompetente o, a la inversa, a la autoridad que consideren debe conocer del asunto para que pida la actuación al despacho que la tiene.

Pues bien, precisamente en ejercicio del derecho de petición la firma Ganagol S.A. solicitó, mediante escrito dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio, comunicara al Ministerio de Salud que el control y vigilancia de los concursos de apuestas sobre eventos hípicas, deportivos y similares, como el denominado "Ganagol" corresponde de manera exclusiva a la primera de las entidades mencionadas, solicitud respecto de la cual el actor afirma que no ha obtenido respuesta en ningún sentido, y tal parece que el Ministerio de Salud tampoco ha contestado la comunicación que en ese sentido debió remitirle la Superintendencia aludida.

De conformidad con el artículo 40 del Decreto 01 de 1984, a cuya vigencia se regresa a mérito de fallo de 20 de junio del presente año por medio del cual la Corte Suprema de justicia declaró la inexecutable, entre otras normas, del artículo 1o. del Decreto 2304 de 1989, modificadorio de aquel, la ocurrencia del silencio administrativo negativo no excusará a las autoridades del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto presunto.

De la interposición de recurso de reposición por el interesado, no hay evidencia en el expediente.

Y como el asunto a que no refiere la petición formulada ante la Superintendencia de Industria y Comercio no corresponde a ninguno de los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, no cabe presumir que el silencio guardado equivale a decisión positiva, conforme se desprende de la previsión del artículo 41 de C.C.A.

En consecuencia, mal podría admitirse que por la parte actora se ha ejercido la actividad propia tendiente al agotamiento de la vía gubernativa en aras de la satisfacción de su petición, la dirigida a la Superintendencia de Industria y Comercio, en el sentido de que esta entidad reclame la competencia exclusiva sobre el control y vigilancia de los concursos de apuestas de las características del denominado "Ganagol".

Y si de lo manifestado por ella, como de lo acreditado documentalmente en el expediente, aparece que las autoridades administrativas del orden nacional que se señalan como contendientes no se han declarado expresamente competentes ni incompetentes para ejercer la función de vigilancia y control sobre los premencionados concursos de apuestas de la especie de "Ganagol", no puede hablarse entonces, de que entre ellas exista conflicto alguno, pues, como se colige de los textos legales y lo ha reiterado la jurisprudencia, para que surja jurídicamente el mismo siempre se requerirá que cuando mínimo dos autoridades se disputen acerca de la facultad para conocer o no de cierto asunto. Solo entonces emerge el conflicto y se concreta la facultad, para quien debe dirimirlo, de intervenir en su dilucidación.

En el presente evento de manera alguna ha sido provocada la colisión de competencia por una autoridad a otra, y no obstante que la sociedad actora ha afirmado insistentemente la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para la vigilancia y control de los concursos como el tantas veces mencionado, pidiéndole incluso que planteara el conflicto al Ministerio de Salud, lo cierto es que ninguna de esas dos entidades ha hecho hasta el momento manifestación razonada que traduzca el inequívoco propósito de discutir la competencia del asunto.

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 el asunto por sustracción de materia.

Por lo expuesto, al Consejo de Estado, en Sala de Contencioso Administrativo.

RESUELVE:

ABSTENERSE DE CONOCER, por improcedencia, del conflicto a que hace referencia el libelo de la parte interesada Ganagol S.A.

Cópiese y notifíquese.-

Esta decisión fué discutida y aprobada por la Sala de sesión verificada el veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa (1990).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; Jaime Abella Zárate, Myriam Guerrero de Escobar, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Clara Forero de Castro, Gustavo de Greiff Restrepo, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Jose Joaquín Camacho Pardo, Ausente; Alvaro Lecompte Luna, Jorge Penén Deltieure, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Simon Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente; Joaquín Barreto Ruiz.

Nubia Gonzalez Cerón, Secretaria General.

CONFLICTO DE COMPETENCIA- (Salvamento de Voto)

Conforme al artículo 88 del C.C.A., el conflicto de competencias administrativas puede ser promovido de oficio o a solicitud de parte. Vale decir, que al momento de promover el conflicto, éste aún no existe; que el conflicto surge cuando la entidad que se considera competente o incompetente "de oficio o a solicitud de parte" lo promueve a la otra entidad y ésta se declara igualmente competente o incompetente. Sólo ante esta declaración de la segunda entidad, es que surge el conflicto. Luego debe distinguirse entre la "promoción" del conflicto y la iniciación de la acción de definición de competencias administrativas.

Nota de Relatoría. A este Salvamento de Voto se adhieren los doctores Guillermo Chahín y Consuelo Sarria Olcos.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-Bogotá, D.E., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Salvamento de voto.

Referencia: Expediente No. C-146. Actor: Sociedad Ganagol S.A.

En mi sentir debieron ser diferentes el tratamiento y la decisión dados al "conflicto de competencia" planteado a esta Corporación por la sociedad "GANAGOL S.A.": se debió rechazar por improcedente el conflicto planteado y en consecuencia abstenerse de ordenar el traslado para alegar, previsto en el inciso 3o. del artículo 88 del C.C.A., modificado por el D.E. 2304 de 1989.

Fundamento mi aserto en las modificaciones que al original artículo 88 del C.C.A., le introdujo el artículo 18 del precitado decreto 2304. El texto original decía:

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

El texto actual preceptúa:

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

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

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

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

Fluye de la simple confrontación de los dos textos:

1. Que la norma original se circunscribía a consagrar la titularidad y la finalidad de la acción, sin establecer procedimiento especial para su trámite.

Respecto a la titularidad, la misma norma facultó tanto a cualquier "persona que demuestre interés directo" como al cualquiera de las autoridades que estén realizando actos que se opongan entre sí, para acudir ante la jurisdicción contenciosa. En cuando a la finalidad, señaló que se podrá pedir a la jurisdicción "que se suspendan o anulen los actos producidos y que defina cuál es la autoridad a quien corresponde la decisión, y el alcance de su competencia".

2. Por su parte, el actual artículo 88 del C.C.A. además de restringir la finalidad de la acción a la definición de la entidad o autoridad competente y de señalar el trámite que debe observarse para el efecto, en su inciso primero estableció que el conflicto de competencias administrativas puede ser promovido de oficio o a solicitud de parte. Vale decir, que al momento de promover el conflicto, éste aún no existe;

qué el conflicto surge cuando la entidad que se considera competente o incompetente "de oficio o a solicitud de parte" lo promueve a la otra entidad y ésta se declara igualmente competente o incompetente. Solo ante esta declaración de la segunda entidad, es que surge el conflicto.

Luego debe distinguirse entre la "promoción" del conflicto que es una actuación que se surte en la administración y en la cual puede tener iniciativa el particular según el inciso 1o. del citado artículo 88, y la iniciación de la acción de definición de competencias administrativas que ocurre con el envío oficioso de las actuaciones al tribunal o al Consejo por parte de la administración, una vez ha surgido el conflicto.

Es por lo anterior, que si bien es cierto comparto la opinión mayoritaria de la Sala en el sentido de que en el caso de autos aún no hay conflicto de competencias que deba ser dirimido, me aparto de ella en cuanto no hizo reparo alguno a su formulación ante el contencioso por un particular.

Joaquín Barreto Ruiz.

CONFLICTO DE COMPETENCIA- (Salvamento de Voto)

Por la forma como está redactada la nueva disposición subrogatoria del artículo 88 del C.C.A. el llamado conflicto de competencias administrativas no puede ser planteado ante esta jurisdicción por parte interesada en la actuación administrativa, como acontecía durante la vigencia del primitivo artículo 88. La cuestión sólo puede llegar al juez Administrativo por envío de la documentación correspondiente hecha por las dos autoridades que simultáneamente están conociendo de esa actuación idéntica en cuanto a su objeto o materia y eventualmente en la que tiene interés las mismas personas, o por el envío de la documentación correspondiente por el funcionario o autoridad a quien se le remitió por otro u otra que se declaró incompetente para conocer y decidir en los términos del artículo 33 ibídem, y que igualmente se declaró sin competencia para ello por no encontrar válidas las razones expuestas por la autoridad o funcionario que conocía primero de la misma actuación.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Salvamento de voto.

Referencia: Expediente No. C-146. Actor: Sociedad Ganagol S.A.

Por haber considerado - como tuve oportunidad de expresarlo durante la discusión del proyecto de decisión que finalmente acogió la Sala por mayoría - que, según lo dispuesto en el artículo 88 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el artículo 18 del decreto-ley 2304 de 1989, el denominado "conflicto de competencias administrativas" no puede ser planteado ante esta jurisdicción por parte interesada en la actuación administrativa, como acontecía durante la vigencia del primitivo artículo 88 del C.C.A., sino que el mismo surge de la incompetencia declara-

da por funcionario u órgano en ejercicio de función administrativa al momento de recibir la documentación correspondiente que le remite otro funcionario u órgano que previamente ha hecho idéntico pronunciamiento de incompetencia, en ejercicio o aplicación de lo dispuesto en el artículo 33 de C.C.A. (colisión de competencias negativas), o de la actuación en relación con el mismo objeto y con las mismas personas interesadas, adelantan de manera simultánea dos funcionarios u órganos en ejercicio de la misma función administrativa (colisión de competencias positivas), ante lo cual el interesado o interesados en la actuación o los mismos funcionarios o autoridades en conflicto promueven el conflicto: el interesado le pide a una autoridad pública en la cual considera que está radicada la competencia, que le provoque la colisión a la otra autoridad - como acontece en materia de procesos judiciales -, y así se hace, pero ésta última no acepta los planteamientos que hacen para demostrar que la competencia corresponde a la autoridad que provoca la colisión; ante ello, el asunto debe ser enviado al Consejo de Estado o al tribunal administrativo correspondiente, según las reglas de la competencia. O, una autoridad que adelanta una actuación administrativa, tiene conocimiento por cualquier medio que otra autoridad está adelantando otra actuación administrativa en relación con la misma materia y objeto, y, entonces, de oficio, es decir, sin intervención de parte interesada, le provoca a esa otra autoridad la colisión de competencia, que no es aceptada por ésta, ante lo cual, igualmente, deben proceder a someter al juez administrativo el conflicto de competencias administrativa positiva.

En síntesis, que por la forma como está redactada la nueva disposición subrogatoria del artículo 88 del C.C.A. -que no debía estar allí ya que no se trata realmente de una acción contenciosa sino de un incidente planteado o que se presenta en la actuación administrativa que alguien debe resolver- la cuestión sólo puede llegar al juez administrativo por envío de la documentación correspondiente hecha por las dos autoridades que simultáneamente están conociendo de esa actuación idéntica en cuanto a su objeto o materia y eventualmente en la que tienen interés las mismas personas, o por el envío de la documentación correspondiente por el funcionario o autoridad a quien se le remitió por otra u otra que se declaró incompetente para conocer y decidir en los términos del precitado art. 33 del Estatuto Administrativo, y que igualmente se declaró sin competencia para ello por no encontrar válidas las razones expuestas por la autoridad o funcionario que conocía primero de la misma actuación.

Si no fuera por esas consideraciones, habría compartido la ponencia en cuanto allí se llegó a la conclusión de que, en el caso de autos, no hay conflicto de competencias, ni positivo, ni negativo, en consideración a que ninguna de las dos entidades se ha pronunciado expresamente sobre si la tienen en relación con la materia administrativa que constituye el objeto o razón social de la firma que planteó el incidente, o no la tienen.

Fecha Ut supra

Miguel Gonzalez Rodríguez

CONFLICTO DE COMPETENCIA- (Salvamento de Voto)

El conflicto de competencias administrativas, a voces del artículo 88 del C.C.A. se "promoverá a solicitud de parte", lo que significa que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa ante los entes administrativos tendientes a que el conflicto se suscite por éstos a su vez ante la presente jurisdicción y quienes observarán el procedimiento previsto en el susodicho artículo 88, incisos 2º, 3º y 4º.

Salvamento de Voto del Doctor Simon Rodríguez Rodríguez .- Bogotá D.E., doce (12) de octubre de 1990.

Referencia: Proceso No. C-146. ACTOR: Sociedad Ganagol S.A.

Consejero Ponente: Doctor Amado Gutierrez Velasquez

La Sociedad Ganagol S.A., persona jurídica de derecho privado, promueve ante esta Corporación en escrito presentado el 24 de julio de 1990, conflicto de competencia, con fundamento en el artículo 88 del C.C.A. y como quedó después de haber sido subrogado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, con el fin de que se determine a qué entidad administrativa corresponde el control y vigilancia de los concursos de apuestas permanentes sobre eventos hípicas, deportivos y similares, si a la Superintendencia de Industria y Comercio o al Ministerio de Salud.

Disiento de la decisión tomada mediante providencia del 1º de octubre de 1990 porque estimo que la Sociedad Ganagol S.A. carece de titularidad para haber suscitado el conflicto en cuestión, ya que ésta corresponde a los entes administrativos antes mencionados y esto último no sucedió en el caso sub-lite.

En efecto:

El artículo 88 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) es del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Que dicho conflicto se "promoverá a solicitud de parte" como expresa el artículo 88 del Decreto 2304 de 1989 tiene el significado de que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa ante los entes administrativos tendientes a que el conflicto se suscite por éstos a su

vez ante la presente jurisdicción y quienes observarán el procedimiento previsto en el susodicho artículo 88, incisos 2º, 3º y 4º. "Promover", según el Diccionario de la Lengua Española tiene la acepción de "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", "resolver" equivale a "hallar la solución a un problema" y "dirimir" denota "componer una controversia". Así que utilizando la misma terminología del artículo 88 las personas privadas pueden gestionar ante la administración que someta ante la jurisdicción administrativa el conflicto de competencia presentado en su seno para que sean los juzgadores administrativos quienes los resuelvan.

Atentamente,

Simon Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado

PROCESO DISCIPLINARIO/ CADUCIDAD/ INSUBSISTENCIA/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL

Las resoluciones de la Procuraduría hacen parte de un procedimiento disciplinario autónomo. A la administración le corresponde no producir un acto de ejecución de la solicitud de aquélla sino darle cumplimiento, con la consecuencia que si la administración no lo hace el funcionario correspondiente incurre en causal de mala conducta pero nada más. Puede declararse la caducidad respecto de las resoluciones de la Procuraduría y entrar a estudiar el fondo del asunto en relación con el decreto de insubsistencia.

Nota de Relatoría: El Salvamento de voto del señor Consejero Doctor Gustavo de Greiff Restrepo al cual se adhieren los doctores Julio César Uribe Acosta (Salvamento) y Carmelo Martínez Conn (Aclaración), considera que debió prosperar el recurso extraordinario de Súplica, pues "el Decreto disfrazó con una declaratoria de insubsistencia lo que era solamente la aplicación de la falta disciplinaria deducida por la Procuraduría".

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E. cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero de Estado: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. S-092. Demandante: Gilberto Cardona Restrepo.

Se decide el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto por el señor GILBERTO CARDONA RESTREPO mediante procurador judicial contra la sentencia de 17 de febrero de 1989 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación y a través de la cual se declaró la caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

1. GILBERTO CARDONA RESTREPO en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho presentó demanda ante la Sección Segunda del Consejo de Estado con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos:

a) De las Resoluciones números 103 y 125 de 25 de febrero y 11 de marzo de 1981, en su orden y del auto de 2 de abril de 1981, expedidos por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y por las cuales se decidió solicitar su destitución como Juez 45 de Instrucción Penal Militar de la Tercera Brigada (las Resoluciones) y se negó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 125 citada (el auto).

b) Del Decreto N° 1127 de 4 de mayo de 1981 emitido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento como Juez 45 de Instrucción Penal Militar.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad pide que se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, aparejado ello al pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

2. La Sección Segunda de esta Corporación desató la litis del siguiente modo:

a) Declaró "la caducidad de la acción ejercitada para demandar la nulidad, con restablecimiento del derecho, de las Resoluciones 103 y 125 de 25 de febrero y 11 de marzo de 1981, respectivamente, expedidas por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares".

b) Denegó "las demás peticiones de la demanda".

Para ello se fundó en las siguientes consideraciones:

I.

Las Resoluciones 103 y 125 conforman un acto administrativo perfecto que contiene una decisión sancionatoria como culminación de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares en uso de sus facultades y competencias provenientes de los Decretos 250 de 1970, 1660 y la Ley 25 de 1974. Dichos actos quedaron en firme y adquirieron ejecutoria al notificarse el último que resolvió el recurso de reposición interpuesto "debido a que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del auto de dos de abril que negó el recurso de apelación por improcedente".

Dichas resoluciones que constituyen "una decisión autónoma e independiente" podían ser impugnadas a través de la acción de plena jurisdicción (ahora acción de restablecimiento del derecho). Mas ésta sólo podía ejercitarse dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses contemplado en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 (hoy art. 136 del Decreto 01 de 1984), período que empezó a correr cuando le fue notificada al actor de la Resolución 125 que desató el recurso de reposición, el único precedente, esto es, el 25 de marzo de 1981 y terminaba el 25 de julio siguiente, con todo la demanda se presentó el 31 de agosto inmediato (fl. 19 del cdno. principal) extemporáneamente.

II.

Acerca de la nulidad deprecada del Decreto Ejecutivo No. 1127 de 4 de marzo de 1981 expedido por el Presidente de la República y por el cual se declaró insubsistente a GILBERTO CARDONA RESTREPO del cargo de Juez 45 de Instrucción Criminal, se hacen las siguientes consideraciones:

Según la demanda el actor como Juez Penal Militar no pertenece a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público ni estaba amparado por la carrera judicial, luego era de libre nombramiento y remoción, planteamiento que no aparece contradicho en el proceso y es consecuente con los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978.

De ahí que dicho Decreto fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el artículo 120 ordinal 5° de la Constitución Nacional. Y es de naturaleza diferente a las Resoluciones acusadas proferidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares en virtud de la vigilancia disciplinaria establecida en el artículo 143 de la Carta Política.

El actor incurre en contradicción así: se acusa el Decreto 1127 por no haber expresado los motivos de la decisión, las faltas que dieron lugar a la investigación disciplinaria y sin embargo se afirma que tales funcionarios son de libre nombramiento y remoción en cuyo caso no es menester expresar los motivos que determinan la decisión.

Por último, apareciendo comprobada la mala conducta del demandante, previa y adecuadamente por la Procuraduría ¿qué impedía a la Administración separar del servicio al empleado responsable a través de un mecanismo legalmente autorizado?.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Se formulan dos cargos contra la sentencia de 17 de febrero de 1989 de la Sección Segunda de esta Corporación, a saber:

PRIMER CARGO:

Se acusa la sentencia de introducir doctrina contraria a la establecida por la Sala Plena de la Corporación "en cuanto se refiere al momento desde el cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho", así: sentencia de 7 de abril de 1960 (actores: Baudilio Bernal Guzmán y otros. Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta) y sentencia de 21 de septiembre de 1988 (actor: Luis Ramón Castañeda Contreras. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez).

El recurrente explica el desconocimiento de tales proveídos así:

"En el caso propuesto por mi representado dos resoluciones y un oficio de la procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares pidieron al Ministerio de Defensa Nacional, la destitución del demandante, actos administrativos que solamente vinieron a ser ejecutados con la expedición del Decreto No. 1127 de 4 de mayo de 1981, que dispuso la insubsistencia del nombramiento del actor como Juez 45 de Instrucción Penal Militar. Existe una vinculación muy estrecha entre aquéllos y éste de modo que cada uno solamente es parte de un todo, por lo cual la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho ha de contarse a partir de la ejecución del último de ellos, esto es, del que dispuso la desvinculación del actor del servicio, como lo dice la Sala Plena en su sentencia del 21 de septiembre de 1988, citada arriba, cuando expresó: "(Se transcribe más adelante en la parte considerativa de este fallo).

SEGUNDO CARGO:

Se impugna la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado por haber contrariado el fallo de la Sala Plena de esta Corporación de 7 de marzo de 1988 (Proceso No. R-018. Actor: Luis Bernardo Uribe. Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo) en el sentido de contener la primera de estas providencias dos decisiones contradictorias entre sí a saber: haber declarado la caducidad de la acción y su consecuente inhibición respecto de las peticiones de la demanda, para luego entrar a "denegar las mismas peticiones después de hacer el estudio correspondiente".

Discurrir la sentencia de 7 de marzo de 1988 así:

"C. La norma legal que se dice mal interpretada preceptúa:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares, prescribe, salvo disposición legal encontrarlo, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

"Se observa entonces, que la disposición tiene contenido sustancial como quiera que ella sanciona el supuesto fáctico con la imposibilidad de buscar la efectividad judicial de los derechos sustantivos que hubiere en cabeza del actor. Es decir, extingue la posibilidad de su reclamación judicial y, por lo tanto, afecta el derecho sustancial en la medida en que se hace imposible su tutela por la jurisdicción, impidiendo un pronunciamiento de los jueces sobre su existencia o validez".

La contradicción planteada de la sentencia recurrida con la acabada de transcribir se explica del siguiente modo:

"El proceder reprochado en este segundo cargo consiste en haber entrado a estudiar el fondo del asunto, luego de dejar sentado que se había producido *la caducidad de la acción*, circunstancia que, como dice la Sala Plena, *impide al juzgador hacer un pronunciamiento distinto del inhibitorio* (subrayo). La sentencia atacada es incongruente, porque declaró la caducidad de la acción y a la vez estudió en fondo del asunto y negó las peticiones, sin reparar en que podía pronunciarse sobre ellas mediando su previa declaratoria de caducidad, ya que ésta inevitablemente conduce a la decisión inhibitoria, como lo sostiene en forma muy clara e incuestionable la Sentencia de la Sala Plena que se citó como contrariada en este Segundo Cargo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del régimen del Recurso Extraordinario de Súplica la jurisprudencia ha establecido que procede cuando la sentencia ha sido dictada por una Sección de la sala Contenciosa-administrativa disponiendo en forma contraria a jurisprudencia de las anteriores Salas Contencioso Administrativa y de Negocios Generales y de la actual Contencioso Administrativa del Consejo. De acuerdo con lo anterior, el recurrente ha señalado dos cargos en contra de la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación.

En la formulación del primero, el recurrente afirma que la sentencia de cuyo recurso se trata decidió en contradicción con lo resuelto por el Consejo de Estado, primero en la sentencia de 7 de abril de 1960 y segundo en la sentencia del 21 de septiembre de 1988.

Previamente a la consideración y decisión del recurso, se estima conveniente recordar que el recurso es una institución que debe su existencia al principio de *revocabilidad* de las decisiones jurisdiccionales y cuya finalidad es constituir remedio jurídico contra una decisión judicial, por contrariar una precisa jurisprudencia anterior.

1. El primer cargo el recurrente lo fundamenta en los siguientes términos:

"...dos resoluciones y un oficio de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares pidieron al Ministro de Defensa Nacional la destitución del demandante, actos administrativos que solamente vinieron a ser ejecutados con la expedición del decreto 1127 del 4 de mayo de 1981, que dispuso la insubsistencia del nombramiento del actor como Juez 45 de Instrucción Penal Militar. Existe una vinculación muy estrecha entre aquellos y éste, de modo que cada uno solamente es parte de un todo por lo cual la caducidad de acción de restablecimiento del derecho ha de contarse a partir de la ejecución del último de ellos, esto es, del que dispuso la desvinculación del actor del servicio, como lo dice, la Sala Plena..." (fl. 137, cuaderno 1).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia de abril 7 de 1960:

"CONSIDERACIONES DE LA SALA

Prescribe el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo que la acción encaminada a obtener la reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de los cuatro meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia por medio de las cuales fueron reemplazados los demandantes de los cargos de magistrados de los tribunales superiores que venían desempeñando no requerían notificación, ni estaban sometidas al requisito de la publicación en la forma que lo exige el Código Contencioso Administrativo. De acuerdo con este planteamiento, el término de caducidad de la acción se inicia con la ejecución del acto, es decir, con la posesión de las personas que hayan sustituido a los actores".

Anales del Consejo de Estado, 1er. sem., 1960 Pág. 7.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia de septiembre 21 de 1988:

"...el término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral-administrativo debe contarse a partir de la ejecución del acto, y no de la fecha de su comunicación, cuando quiera que el funcionario público separado del servicio continúa en él con la aquiescencia de la administración pública en donde presta sus servicios y por ello se le cancelan salarios y se le reconoce dicho lapso para efectos prestacionales, como en el caso que nos ocupa, pues en ese momento en que hace dejación del empleo y deja de percibir salarios y prestaciones sociales, es cuando realmente sufre el perjuicio cuyo resarcimiento busca a través de la acción contenciosa pertinente.

En otras palabras, la ejecución del acto no sólo juega el papel para efectos del término de caducidad de la acción, cuando la administración no dió oportunidad de ejercer los recursos existentes y ejecuta respecto del administrado el acto sin

haberlo notificado, ni comunicado, ni publicado, según el caso, sino igualmente cuando el acto administrativo, comunicado, notificado o no, sólo es ejecutado por la Administración tiempo después de haberlo puesto en conocimiento del empleado público separado del servicio por declaratoria de insubsistencia, revocación del nombramiento, destitución, etc., y hasta entonces reconoce al servidor público sus salarios y las prestaciones sociales que corresponda, pues, se repite, es esa ejecución la que determina el perjuicio que se busca restablecer con la acción judicial".

De acuerdo con el recurrente, la caducidad de la acción debe contarse desde el momento de la ejecución del acto administrativo que implica la desvinculación del interesado, "al paso que la sentencia atacada dice que la caducidad se debe contar desde la notificación de la Resolución de la Procuraduría que negó el recurso de reposición, sin tener en cuenta que el retiro solamente se produjo mediante el Decreto 1127 del 4 de mayo de 1981, por lo que es apenas obvio que si por cualquier motivo el Gobierno no lo dicta, el actor hubiera seguido ejerciendo normalmente las funciones de empleo".

Para resolver se considera:

Para la Sala resulta indiscutible que las dos jurisprudencias relacionadas no tienen que ver precisamente con el caso de autos. Ciertamente el Consejo de Estado ha sentado reiterada jurisprudencia en el sentido de que no sólo la notificación de un acto administrativo es el único factor determinante para el conteo del término de caducidad de la acción; en este sentido ha sostenido que en otros casos lo será la fecha de ejecución del acto administrativo expedido. No es éste el presente caso. El proceso adelantado no es precisamente laboral-administrativo sino disciplinario y, de acuerdo con lo sostenido por la Sección Segunda, en su sentencia, que acoge la presente Sala, las resoluciones proferidas por la Procuraduría General de la Nación tienen autonomía e independencia respecto del último acto declaratorio de insubsistencia proferido por la Administración ante la cual actuaba el recurrente.

Por las anteriores consideraciones el cargo no está llamado a prosperar.

2. El recurrente fundamenta el segundo cargo así:

La sentencia suplicada contraría la jurisprudencia de la Sala Plena por haber tomado dos decisiones contradictorias entre sí como fueron la caducidad de la acción respecto de los actos proferidos por la Procuraduría y la denegación de las pretensiones respecto del decreto del gobierno mediante el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del recurrente.

A este respecto arguye el recurrente que la Sala Plena, en sentencia del día 7 de marzo de 1988, consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, en proceso R-18, expresó que si declara probada la excepción de caducidad, la decisión sólo puede ser inhibitoria pues la declaración de caducidad de la acción impide un

pronunciamento de fondo, favorable o desfavorable a las pretensiones de la demanda.

Se observa:

La consideración de los actos acusados fue diversa, según el actor en el proceso de instancia y según el fallador.

Para el primero, hubo un procedimiento administrativo que se concretó en las dos resoluciones de la Procuraduría y culminó con el decreto del Presidente de la República y mediante el cual se llevó a cabo la insubsistencia del nombramiento del actor, acto aparente porque en el fondo se trataba de la sanción de destitución solicitada por la Procuraduría.

Para el segundo, las dos resoluciones de la Procuraduría hacen parte de un procedimiento disciplinario autónomo que culminó con la segunda, procedimiento perfeccionado pues el acuerdo con la Ley 25 de 1974 a la Procuraduría corresponde únicamente hacer el pronunciamiento de los resultados de la investigación disciplinaria. En este estado de cosas, a la administración le corresponde no producir un acto de ejecución de la solicitud de aquélla sino darle cumplimiento, con la consecuencia que la administración no lo hace el funcionario correspondiente incurre en causal de mala conducta pero nada más.

La sentencia entonces de la Sección Segunda es consecuente con las dos situaciones atrás descritas, esto es, declarar la caducidad respecto de las dos Resoluciones de la Procuraduría y entrar a estudiar el fondo del asunto en relación con el Decreto del Presidente de la República para negar las pretensiones.

En tales circunstancias, se ve que desde el punto de vista de la naturaleza del recurso extraordinario de súplica, la jurisprudencia estimada como desconocida contempla situación diferente a la de autos y por ello mal puede haber sido contrariada.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 17 de febrero 1989, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de dos (2) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Simon Rodríguez Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Ausente; Carlos Betancurt Jaramillo, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Jose Joaquín Camacho Pardo, con Aclaración de voto; Gustavo de Greiff Restrepo, con salvamento de voto; Miguel Gonzalez Rodríguez, con Aclaración de voto; Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Aclara Voto, Jorge Penén Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio Cesar Uribe Acosta, con salvamento de voto; Rodrigo Vieira Puerta.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PROCESO DISCIPLINARIO/ INSUBSISTENCIA/ ACTO COMPLEJO - (Aclaración de voto)

La competencia del Ministerio Público no solamente se reduce a adelantar la investigación disciplinaria, sino que, al no pertenecer el funcionario acusado, a la Procuraduría, debe solicitar que la sanción de destitución la imponga el nominador, en este caso el Presidente de la República. Se trata de procedimientos administrativos relacionados, en el entendimiento de que la investigación administrativa de la Procuraduría debe tenerse como un acto preparatorio que conduce a un acto definitivo que es el que desvincula legalmente al sancionado. No puede predicarse absoluta independencia y autonomía entre uno y otro acto de la administración.

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

Aclaración de voto del Consejero de Estado Doctor Jose Joaquín Camacho P.

Referencia: Expediente No. S-092. Recurso de Súplica Extraordinaria.

Actor: Gilberto Cardona Restrepo.

No obstante que el suscrito Consejero de Estado comparte la parte resolutive del fallo que precede, se siente obligado a hacer la siguiente aclaración de su voto:

Los jueces de Instrucción Penal Militar, si bien es cierto que son nombrados mediante decisión administrativa del señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional, también lo es que administran justicia en la jurisdicción Penal Militar, por lo que gozan de la prerrogativa de relativa estabilidad en el ejercicio de su cargo, garantizada por el artículo 160 de la Constitución Nacional, aunque, de otra parte, están sujetos, según la misma norma citada a las sanciones disciplinarias, "im-

puestas por el respectivo superior, las cuales pueden consistir en multas, suspensión o destitución, en la forma que determine la ley".

En el caso como el que se contempla en este proceso, La Ley 25 de 1.974, que desarrolla la función de vigilancia administrativa, a cargo del Procurador General de la Nación (art. 143 de la Constitución Nacional), la competencia del Ministerio Público no solamente se reduce a adelantar la investigación disciplinaria, sino que, al no pertenecer el funcionario acusado, a la Procuraduría, debe solicitar que la sanción de destitución la imponga el nominador, en este caso, como ya se dijo, el señor Presidente de la República, por acto administrativo que firma con su Ministro de Defensa.

En este orden de ideas, la efectividad de la sanción, exige de la verdadera decisión ejecutoria que es, en este caso, la del señor Presidente de la República, quien en ejercicio de sus funciones, al separar del servicio oficial al Juez Militar, afecta gravemente su situación jurídica.

Por lo que, bien se advierte que se trata de procedimientos administrativos claramente relacionados, en el entendimiento de que la investigación administrativa de la Procuraduría, debe tenerse como un acto preparatorio que conduce al acto definitivo que es el que desvincula legalmente al sancionado.

Del anterior planteamiento surgen numerosas consecuencias de orden jurídico, pero para los fines de este escrito, me permito precisar que no puede predicarse, como se hace en el fallo, la absoluta independencia y autonomía que supuestamente existen entre uno y otro acto de la administración.

Con todo respeto,

Jose Joaquín Camacho Pardo.

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de 1990.

**SALVAMENTO DE VOTO DE CONSEJERO DR. GUSTAVO DE GREIFF
RESTREPO**

Referencia: Expediente No. S-092. Actor: Gilberto Cardona Restrepo.

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez R.*

En mi concepto, contrario a lo que se dice en el fallo, las dos jurisprudencias relacionadas sí tienen que ver con el caso de autos pues lo que sucede es que existió una conexidad evidente entre las resoluciones de la Procuraduría y el Decreto No. 1127 de 4 de mayo de 1981 dictado por el Presidente de la República.

A quien examine desprevenidamente esos actos, no puede caberle duda que el Decreto *disfrazó* con una declaratoria de insubsistencia lo que era solamente la aplicación de la falta disciplinaria deducida por la Procuraduría.

Ha debido pues abrirse campo el recurso de súplica y estudiarse el caso para proferir sentencia de mérito.

Gustavo de Greiff Restrepo.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Bogotá, D.E., noviembre siete (7) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-092. Actor: Gilberto Cardona Restrepo.

Para quien suscribe no hay espacio para la duda al afirmar que el recurso de súplica ha debido prosperar por las razones que se exponen en el salvamento de voto del Dr. Gustavo de GREIFF RESTREPO, que hago mías, y que se avalan con lo expuesto por el Consejero Dr. Joaquín Camacho, cuando predica que la efectividad de la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación exige la decisión ejecutoria, esto es, la del señor Presidente de la República, que en el *sub-lite* se DISFRAZO con una declaratoria de insubsistencia.

Atentamente,

Julio Cesar Uribe Acosta.

**PROCESO DISCIPLINARIO/ PROCESO LABORAL/ ADMINISTRATIVO/
INSUBSISTENCIA/ DESTITUCION/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO LABORAL/ ACTO COMPLEJO - (Aclaración de voto)**

Es inadmisibile hacer distinción entre proceso laboral administrativo y proceso disciplinario, para como consecuencia de ello, decir que las resoluciones de la Procuraduría General de la Nación tienen autonomía e independencia respecto de una acto administrativo que dicte la autoridad nominadora para dar cumplimiento a aquéllas, y que, por ello, deban demandarse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la notificación de las providencias sancionatorias, y no a partir de la expedición del acto de la autoridad nominadora que da cumplimiento a la providencia sancionatoria. La acción de nulidad con restablecimiento de derecho laboral no proveniente de contrato de trabajo, puede tener por finalidad u objeto entre otros, el de controvertir el acto administrativo sancionatorio de la Procuraduría General de la Nación y el acto administrativo del nominador que le da cumplimiento y ejecución a aquél, que integran un todo, o sólo el sancionatorio de la Procuraduría General, en el evento de que la autoridad nominadora no haya dado cumplimiento al sancionatorio de la Procuraduría, si es que ese evento llegare a presentarse.

Aclaración de voto Doctor Miguel Gonzalez Rodríguez.

Referencia: Expediente No. S-092. Actor: *Gilberto Cardona Restrepo.*

Compartí la parte resolutive de la sentencia dictada dentro del proceso de la referencia por la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, para resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la decisión de la Sección segunda de la Corporación, por cuanto realmente se trata de aspectos jurídicos diferentes. En efecto, mientras en las sentencias de abril 7 de 1960 y de septiembre 21 de 1988, se define lo relativo al término de caducidad de la acción contenciosa de restableci-

miento del derecho -antes de plena jurisdicción - cuando se demanda un acto administrativo de separación del servicio resultante del nombramiento o elección en el mismo cargo o empleo de otras personas diferentes a aquellas que lo han venido ejerciendo, o el acto administrativo de retiro, comunicado o notificado, pero ejecutado con posterioridad a ese momento - caso del empleado de manejo que sólo se retira después de transcurrido un tiempo desde la expedición y comunicación o notificación del acto -, y en la de 7 de marzo de 1988, se define que la norma o normas sobre caducidad de la acción contenciosa es de carácter sustancial, que permitía, en ese entonces, fundar en su desconocimiento o quebrantamiento el extinguido recurso extraordinario de anulación, en la sentencia de 17 de febrero de 1989, recurrida, lo que se dijo era que la acción contenciosa estaba caducada en cuanto a las resoluciones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación, razón por la cual la Sección se declaraba inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo, y que, en cuanto a la providencia de insubsistencia del empleado público, dictada por el Ejecutivo, había que denegar las pretensiones de la demanda, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Pero consideré conveniente aclarar mi voto, por las siguientes consideraciones:

1a. Por cuanto es inadmisibile, que, tanto la Sección segunda como la Sala Plena de lo Contencioso, hagan distinción entre proceso laboral-administrativo y proceso disciplinario, para como consecuencia de ello, decir que las resoluciones de la Procuraduría general de la Nación tienen autonomía e independencia respecto de un acto administrativo que dicte la autoridad nominadora para dar cumplimiento a aquellas, y que, por ello, deban demandarse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la notificación de las providencias sancionatorias, y no a partir de la expedición del acto de la autoridad nominadora que da cumplimiento a la providencia sancionatoria.

Y, es que, en mi sentir, la acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo - como la denomina la ley en los artículos 131 y 132 del C.C.A. -, - que origina el proceso laboral - administrativo a que se refieren las sentencias tanto de la Sección segunda como de la Sala Plena, tiene o puede tener por finalidad u objeto: a) controvertir la validez de un acto administrativo relativo a un derecho salarial -sueldo, prima, subsidio, complemento salarial - de un empleado o ex-empleado público; b) controvertir la validez de un acto administrativo relativo a un derecho prestacional - pensión, vacaciones, seguro de vida, etc. - de un empleado o ex-empleado público; c) controvertir la validez de un acto administrativo - relativo al derecho a permanecer en el empleo o cargo - por razón de un período o de una estabilidad proveniente de una carrera administrativa - que alega un empleado o ex-empleado público; d) controvertir la validez de un acto administrativo que desconoce el derecho al ascenso de un empleado público de alguna carrera administrativa; e) controvertir el acto administrativo de insubsistencia o de revocatoria de un nombramiento hecho a un empleado público, cuando existe incompetencia en el funcionario que profirió el acto, se configura una desviación de poder o se quebranta la ley positiva por falta de aplicación, interpretación, errónea o aplicación indebida; f) controvertir el acto administrativo sancionatorio de la

Procuraduría General de la Nación y el acto administrativo del nominador que le da cumplimiento y ejecución a aquél, que integran un todo, o solo el sancionatorio de la Procuraduría General, en el evento de que la autoridad nominadora no haya dado cumplimiento al sancionatorio de la Procuraduría, si es que ese evento llegare a presentarse: etc.

De modo que no puede hacerse esa distinción entre proceso laboral administrativo y proceso disciplinario, por cuanto este último también es de naturaleza laboral-administrativa.

2a. Por cuanto el acto de declaratoria de insubsistencia que se dictó por el Ejecutivo, no cabe duda que debía considerarse por la Sección segunda como un acto de destitución que se disfrazó, para que eventual o realmente el juez administrativo aceptara el planteamiento de ninguna relación entre una y otra medida o decisión, y, como consecuencia de ello, llegara a la conclusión de que no podía acceder a las pretensiones de la demanda por estarse en presencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Es indubitable que si la Sección segunda hubiera llegado a la conclusión - a la que, a mi modo de ver, debió haber llegado - de que se estaba en presencia de un acto de destitución disfrazado, que integraban un todo con el acto o actos de la Procuraduría, cuya demanda debía instaurarse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación o comunicación del acto de la autoridad nominadora, como se hizo, no podía declarar la caducidad de la acción respecto de aquellos, sino entrar a decidir el fondo del asunto, es decir, si la falta disciplinaria existió, si el responsable de ella era el funcionario, y si la graduación de la pena o sanción se hizo siguiendo el ordenamiento jurídico.

De manera que, sólo alegándose la falta de conexidad entre las dos manifestaciones de voluntad administrativa, la de la Procuraduría General de la Nación y la de la autoridad nominadora, lo que, repito, es inadmisibile, pudo llegar la Sección segunda a la decisión de declarar la caducidad de la acción - respecto de los actos de la autoridad investigadora y sancionadora, y de negar las pretensiones de la demanda en relación con el de la autoridad nominadora, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Como el suscrito consejero de Estado no puede, en manera alguna, contribuir con su voto a dejar vigente un pronunciamiento que considera equivocado, sin al menos, hacer una salvedad, ese es el motivo de mi aclaración de voto.

Fecha ut. supra.

Miguel Gonzalez Rodríguez

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA/ PERSONAL DOCENTE/
CARGO ADMINISTRATIVO/ RENUNCIA- Inexistencia/ ESCALAFON DO-
CENTE/ DESVIACION DE PODER**

El actor no sólo no presentó renuncia del cargo de profesor escalafonado, sino que expresamente manifestó que no lo hacía. Por esas razones y por el amparo de estabilidad relativa que le brindaba el estatuto de escalafón, la administración no podía interpretar que la renuncia cobijaba hasta lo expresamente excluido, como si los cargos de Director y de profesor escalafonado fueran uno solo. La conducta de la entidad demandada al fingir una renuncia no presentada para desvincular al actor-docente, conforma una clara desviación de poder y le produjo perjuicios a éste, ya que le desconoció los derechos sociales que por virtud del escalafón adquirió.

Nota de Relatoría: El salvamento de voto de la Consejera doctora Consuelo Sarria Olcos no considera desconocida la jurisprudencia invocada (oct. 8/51), "en cuanto dicha sentencia se refiere a la aceptación de una renuncia que no fue presentada. Y en el caso que ocupa la atención de la Sala se cuestiona si la renuncia presentada por un docente a un cargo administrativo implica la renuncia a su cargo docente".

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá,
D.E. Octubre cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Actor: Carlos Alberto Marin Ramirez.

Referencia: Expediente No. S-095.

Se procede a decidir el recurso de súplica extraordinario propuesto por el señor apoderado del actor contra la sentencia proferida por la sección segunda de la Corpo-

ración el día siete (7) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), mediante la cual se dispuso:

"Confírmese los ordinales 1o, 2o, 3o, y 6o. de la sentencia de nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986) del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"Revócase los numerales 4o, 5o, y 7o, de la citada providencia y en su lugar, deniésgase las peticiones de la demanda. " (fl. 389 C. 1).

El fallo modificado, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenó:

"1.- Decláranse no probadas las excepciones de caducidad e ineptitud formal de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

"2.- Decláranse la inhibición parcial para pronunciarse con relación a las comunicaciones DP-010 y DP-011 de 20 y 21 de enero de 1983, respectivamente, por lo expuesto en la parte motiva.

"3.- Declárase producido el fenómeno jurídico del silencio administrativo en que incurrió la administración -Universidad Distrital "Francisco José de Caldas"- al no dar respuesta oportuna a las reclamaciones formuladas por el demandante con fechas 27 y 31 de enero de 1983 y 4 de febrero del mismo año.

"4.- Como restablecimiento del derecho, ordénase a la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas", pagar al doctor Carlos Alberto Marín Ramírez, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 17'078.863 de Bogotá, los salarios correspondientes al cargo de Profesor Catedrático I que desempeñaba en tal Universidad, teniendo en cuenta los aumentos que hubiese tendido el cargo entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se le vencía el período docente en la Universidad, ordenándose la cancelación y pago de las prestaciones sociales y de todos los haberes causados y dejados de percibir hasta el 31 de diciembre de 1985.

"5.- Declárase para todos los efectos legales que no existió solución de continuidad entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se extendía el período docente del demandante, conforme a lo mencionado en la parte motiva.

"6.- Niégase el Ascenso en el Escalafón Docente, conforme a los expuesto en la parte motiva.

"7.- A la anterior sentencia se dará cumplimiento en el término establecido en el artículo 176 del C.C.A.". (C. 1, fol. 254 - 255).

Los hechos narrados en la demanda de sintetizan así:

1.- Mediante resolución No. 7 del 21 de julio de 1981, el Consejo Superior de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, nombró al doctor Carlos Alberto Marín Ramírez como director en propiedad del Centro de Formación y Especialización docente de la citada universidad, cargo de administración académica equivalente en nivel y funciones a una decanatura, de acuerdo al parágrafo del artículo 7 del acuerdo 07 de 1981, del Consejo Superior del mencionado centro docente.

2.- Además de la función administrativa propia del cargo el doctor Carlos Alberto Marín Ramírez, adquirió por virtud de su nombramiento la calidad de docente de tiempo completo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60. del acuerdo 003 del 14 de diciembre de 1973, 3o. del acuerdo 022 del 13 de julio de 1981 y la de la resolución 09 de 16 de agosto de 1981, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Distrital. Como consecuencia de lo anterior el doctor Marín Ramírez adquirió funciones académicas como profesor por fuera del escalafón docente hasta el 1o. de enero de 1982 y dentro del mismo a partir de tal fecha.

3.- Mediante resolución 1293 del 29 de noviembre de 1982 el rector de la Universidad Distrital dispuso escalafonar a partir del 1o. de enero de 1982 al doctor Carlos Alberto Marín Ramírez en la categoría de profesor catedrático I con 107.75 puntos, adscrito al Centro de Formación y Especialización Docente. Con esta inscripción el doctor Marín Ramírez adquirió la estabilidad propia del personal docente de acuerdo a las normas citadas anteriormente.

4.- Mediante comunicación radicada con el número 08025 de 2 de diciembre de 1982, dirigida al Consejo Superior de la Universidad Distrital, el doctor Marín Ramírez presentó renuncia a su cargo de Director del Centro de Formación y Especialización Docente, advirtiendo que dicha renuncia se refería exclusivamente al cargo administrativo de director del citado Centro y en ningún momento al cargo docente de profesor de tiempo completo escalafonado y adscrito al Centro.

5.- El Consejo Superior de la Universidad Distrital, en su sesión del 6 de diciembre de 1982, aceptó la renuncia del doctor Marín Ramírez al cargo de Director del Centro de Formación y Especialización Docente, con efectos a partir del 14 de enero de 1983, decisión que le fué comunicada con oficio SG-105 de 10 de enero de 1983, suscrito por el secretario general encargado.

6.- Mediante comunicación DP-010 del Jefe de la División de Personal I de la Universidad, se ordenó al Jefe de la Oficina Centro de Cómputo excluir de la nómina al doctor Marín Ramírez a partir del 14 de enero de 1983, por haberle sido aceptada la renuncia presentada como Director del Centro de Formación y Especialización Docente. Mediante comunicación DP-011 del 21 de enero de 1983 suscrito por el mismo funcionario, dirigida al jefe de Sistematización y Computo se aclaró la comunicación DP-010 en el sentido que se debía excluir de la nómina al doctor Marín Ramírez como director del Centro de Formación y Especialización Docente y como

Catedrático I. Al momento de producirse la orden descrita el doctor Marín Ramírez se encontraba en vacaciones como director del Centro de Formación y Especialización Docente.

7.- Desde el mes de enero de 1983 la Universidad Distrital se ha negado a pagar al demandante sus asignaciones mensuales, lo mismo que a darle carga académica como profesor.

8.- La autoridad competente para separar a un profesor de su empleo es el rector de la entidad y debe hacerlo mediante resolución tal como lo consagra el acuerdo 09 de 1980.

LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Como normas violadas se citan las siguientes:

1) El acuerdo número 003 del 14 de diciembre de 1973, mediante el cual el Consejo Superior de la Universidad Distrital profirió el estatuto de profesores de la citada institución.

Específicamente se alega el quebrantamiento de los artículos 19 que consagra la estabilidad en el empleo de los profesores escalafonados en la carrera docente y aquellos clasificados en la categoría de catedráticos, 33 y 34 que determinan las causales de vacancia de los cargos de profesores de carrera y el procedimiento que debe seguirse para declararla.

2) De la decisión adoptada el 6 de diciembre de 1982 por el Consejo Superior de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en relación con la aceptación de renuncia al director del Centro de Formación y Especialización Docente.

3) La resolución 0049 expedida el 18 de enero de 1983 por el rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, relacionada con los términos de iniciación y expiración de las vacaciones concedidas al director del Centro de Formación y Especialización Docente.

4) El decreto 1030 de 1981 proferido por el Ministerio de Educación Nacional mediante el cual se aprobó de acuerdo No. 009 de 1980 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Distrital y que contiene los estatutos de dicho centro académico.

5) El artículo 240 del C. de R.P.M.; el inciso 2o. del artículo 66 de la ley 167 de 1941; el artículo 23 del decreto 2733 de 1959; los artículos 2, 10, 16, 20, 30 y 201 de la C.N.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a-quo accede parcialmente a las súplicas de la demanda con el argumento central que: "Conforme a los reseñado, no existe la menor duda para la Corporación que el doctor Marín Ramírez era Docente de Carrera y que por lo tanto al haber sido escalafonado como profesor catedrático I y conforme al *artículo 19 del Acuerdo 003 de 1973*, tenía estabilidad en el cargo por un período de 4 años... "(folio 249 C. 1).

EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La sección segunda de la Corporación confirma el fallo de primera instancia en cuanto a la decisión inhibitoria de la solicitud de declarar la nulidad de las comunicaciones DP-010 y DP-011 del 20 y 21 de enero de 1983, la declaración sobre producción del silencio administrativo negativo, el rechazo de las excepciones de caducidad e ineptitud formal de la demanda y la negativa al ascenso en el escalafón docente, y lo revoca en cuanto a lo demás, denegando las súplicas de la demanda con fundamento en que: "En efecto, el señor Marín Ramírez no fué nombrado como profesor catedrático I, ni se posesionó como tal ni devengó salario a ese título; así se establece con la lectura de las piezas obrantes en el expediente, de manera especial en las que figuran a folios 40 a 41 y 273. Si fué escalafonado, como también lo precisan los autos, ello se derivó de que, por desempeñar el cargo de Director del Centro de Formación y especialización Docente, debía tener también carga académica. En otras palabras, la carga académica le fué asignada y por ello se le escalafonó, por desempeñar, debido a su nombramiento y posesión, el cargo administrativo indicado".

"Por esto entonces, no habrá de accederse al reintegro que solicita el apelante, dado que el renunciar como en verdad renunció Marín Ramírez del empleo de Director del Centro de Formación, lo hizo igualmente a todo lo que le era anexo. Y por eso también habrá de renovarse el numeral 4o. de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa". (folio 388 C. 1).

EL RECURSO DE SUPLICA

El recurrente estima como contrariada la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias:

1.- Septiembre 23 de 1954; Sala de lo Contencioso Administrativo; Actor: Jorge Enrique Castillo P.

2. Febrero 7 de 1955; Sala de lo Contencioso Administrativo; Expediente 1167; Actor: David Aponte G.

3. Octubre 8 de 1951; Sala de lo Contencioso Administrativo; Expediente 1191; Actor: Oscar Duque.

Estima el señor apoderado del actor que según las jurisprudencias enumeradas esta Corporación ha sostenido que "los cargos directivos (administrativos) son distintos de los de docente (académicos) y por lo tanto, la persona que los ejerce, detenta DOS CARGOS DISTINTOS, con las consecuencias que de estos se derivan y que explicaremos más adelante." (folio 394 C. 1).

Además "la sentencia de la sección segunda ha desconocido y contrariado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado en materia de aceptación de renunciaciones no presentadas, como causal de anulación de los actos administrativos." (folio 394 C. 1).

Para resolver se considera:

Procede la Sala a estudiar la última de las sentencias (octubre 8 de 1951) por referirse más concretamente al punto jurisprudencial materia de la súplica, ya que para el recurrente la aceptación de la renuncia no presentada como docente de la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas", contraría el pensamiento desarrollado en el mencionado fallo.

Ciertamente al confrontar la jurisprudencia allí contenida con la decisión de la Sección II de la Corporación, la Sala observa que ésta sostiene doctrina contraria a la que ella expone. Para corroborar este aserto, se anota:

Mientras en la demanda se narran como hechos que el Doctor Marín Ramírez presentó renuncia del cargo de Director del Centro de Formación y Especialización Docente, *con expresa advertencia* de que dicha renuncia no se refería al cargo de profesor escalafonado de tiempo completo adscrito al mencionado Centro (a folio 40) y que la Universidad le aceptó dicha renuncia sin salvedades, en los términos propuestos (a folio 51), la sentencia de la Sección II estimó que al renunciar del cargo de Director, se entendió también que estaba renunciando a todo lo que le era anexo, puesto que dicho señor "no fué nombrado como profesor catedrático I, no se posesionó como tal ni devengó salario en ese título (.....) si fué escalafonado, como también lo precisan los autos, ello se derivó de que, por desempeñar el cargo de Director (.....) debía tener carga académica".

En otros términos, la Sección II aceptó que el Doctor Marín *no renunció al cargo de docente escalafonado*, pero que la renuncia presentada como Director comprendía todo lo que le fuera anexo a esa Dirección. La sentencia que se dice contrariada por el fallo recurrido desato el litigio planteado por el Dr. Oscar Duque Pérez contra el municipio de Medellín, en demanda dentro de la cual se narró como hecho central el siguiente: "el señor alcalde de Medellín, superior jerárquico del gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales, y por lo tanto del Dr. Duque Pérez cuando desempeñaba el cargo aludido, resolvió prescindir de los servicios de

mi mandante, para lo cual desde luego estaba facultado legalmente para ello, pero optó, para disimular, la destitución, a invocar un hecho falso, como es el de que el Doctor Oscar Duque Pérez había presentado renuncia del cargo que estaba desempeñando."

En dicho fallo el Consejo analiza la teoría de la falsa motivación y la de los motivos determinantes en derecho público. De ese proveído se destaca el siguiente aparte que compendia la tesis jurisprudencial que fué contrariada en el fallo recurrido:

"De manera que aparece claramente establecido que el motivo determinante del acto acusado fué el interés y mejor servicio público, el pago de los trabajadores municipales en época especialísima del año, Navidad, cuya demora hubiera producido un funesto malestar social y cuyas consecuencias de orden público eran difíciles de prever, pues podía dar lugar a desórdenes graves; y que no había otra manera de solucionar el problema que la de tomar los fondos de empréstito de Acueducto que se encontraban inactivos en los bancos. No puede ponerse en duda tampoco, después de lo que se deja expuesto, que lejos de pretender causarle un perjuicio al doctor Oscar Duque, con la ficción o fórmula de la renuncia, lo que se quiso fue "disimular la verdadera realidad", proceder de una manera "suave y decorosa", para no hacerlo aparecer como destituido, y que debe irse a la verdadera naturaleza del acto acusado, dictado en interés del buen servicio, a pesar de las apariencias, disimulaciones, y los términos impropios empleados en él.

"La ficción de la renuncia indudablemente acarrea la nulidad del acto, cuando de ser cierta produciría perjuicios a aquel a quien se hace aparecer como renunciado. *Tal sucede en los casos en que el empleado está amparado por el privilegio de inamovilidad relativa, como cuando está dentro del escalafón de la carrera administrativa o en otro de igual clase como en el del magisterio, porque entonces, el empleado pierde ese estatuto de inamovilidad condicionada por virtud de la renuncia*".

"Pero no sucede lo mismo cuando el empleado es de libre nombramiento y remoción, pues en este caso no se le acarrea perjuicio, y en ocasiones se le beneficia haciendo aparecer el acto como acto unilateral provocado por el funcionario, no como una determinación de la Administración que frecuentemente es mirada como sanción".

Lo transcrito tiene plena aplicación en el presente asunto, ya que el Doctor Marín R. no sólo no presentó renuncia del cargo de profesor escalafonado, sino que expresamente manifestó que no lo hacía. Por esas razones y por el amparo de estabilidad relativa que le brindaba el estatuto del escalafón, la administración no podía interpretar que la renuncia cobijaba hasta lo expresamente excluido, como si los cargos de Director y de profesor escalafonado fueran uno solo.

No es forzada la aplicación de la jurisprudencia que se deja transcrita; y antes,

por el contrario, su aplicación al presente asunto es todavía más clara por la referencia que hace la sentencia en el párrafo destacado y porque es claro el perjuicio que la conducta de la administración le produjo al administrado al interpretar extensivamente un documento por fuera de su alcance real. Por lo demás, la tesis jurisprudencial conserva su vigencia hoy.

Lo expuesto permite concluir que como la sentencia recurrida desconoció la jurisprudencia de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, contenida en el fallo de octubre 8 de 1951, deberá infirmarse. Estima la Sala que sobra analizar las otras sentencias que se alegan también como contrariadas, ante la prosperidad del recurso en la forma indicada.

EL FALLO DE INSTANCIA

Ya como tribunal de instancia esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo entra a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de *mayo 9 de 1986*, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca en los términos señalados a folios 1 y 2 de este proveído.

Los hechos narrados en el libelo y sintetizados a folios 3 y siguientes de este proveído, fueron probados en forma plena o suficiente y de ellos se desprende:

a) El nombramiento del Doctor Carlos Alberto Marín R. como Director, en propiedad, del Centro de Formación y Especialización docente de la Universidad Francisco José de Caldas (ver resolución #7 de 21 de julio de 1981 dictada por el Consejo Superior, a folios 23).

b) La calidad de docente de carrera que adquirió el Dr. Marín R., sometido al estatuto docente de la Universidad Distrital, en los términos del acuerdo #003 de 1973 "por medio del cual se reforma el estatuto profesoral" de dicha Universidad. (a folios 106 y siguientes).

c) El escalafonamiento del Dr. Marín como profesor catedrático I de la Universidad, adscrito al Centro de Formación y Especialización Docente, mediante resolución 1293 de 29 de noviembre de 1982 dictada por su Rector (a folio 167).

d) La renuncia del Dr. Marín como Director de dicho Centro Docente, con la expresa salvedad "y no de mi cargo docente que tengo en calidad de profesor de tiempo completo, adscrito al Departamento de Ciencias Sociales del Centro de Formación y Especialización Docente". (a folio 169).

e) La aceptación de la renuncia por parte del Consejo Superior de la Universidad, concebida en los siguientes términos: "acepto la renuncia irrevocable presentada por Usted, *al cargo de Director del Centro de Formación y Especialización Docente*, a partir del 14 de enero de 1983". (ver oficio SG-015-83, a folio 52 y acta del Consejo Superior de 6 de diciembre de 1982).

f) La exclusión de la nómina del Doctor Marín como director del Centro (ver comunicación DP-010 de 20 de enero de 1983) a partir del 14 del mismo mes y año.

g) La exclusión de la nómina como catedrático I, a partir de la misma fecha, mediante oficio aclaratorio DP-011 de 21 de enero dirigido al Doctor Gabriel Chavez Plata, jefe de sistematización y cómputo, por el jefe de la División de Personal, Doctor Miguel Angel Contreras Durán.

h) Desde enero de 1983 la Universidad no le paga al Dr. Marín las asignaciones que le corresponden como docente, pese a las peticiones formuladas en varias oportunidades, en especial en escritos de 27 y 31 de enero de 1983.

La Sala comparte parcialmente las conclusiones del Tribunal, como pasa a explicarse:

El actor pidió en su demanda tanto la nulidad de los actos administrativos contenidos en las comunicaciones DP-10 y DP-11, de 20 y 21 de enero de 1983, como la del acto administrativo ficto o presunto de silencio administrativo producido por la no respuesta del rector de la Universidad a la petición de reintegro hecha por aquél.

El tribunal declaró la inhibición para pronunciarse sobre los dos primeros, por considerar que constituían actos de mero trámite y aceptó la ocurrencia del silencio administrativo. En consecuencia, y a título de restablecimiento, ordenó pagar al Dr. Marín los salarios correspondientes al cargo de profesor catedrático I, sus aumentos salariales en el lapso corrido entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha en la cual se le vencía el período docente de en la Universidad; y las prestaciones sociales y los haberes causados y dejados de percibir hasta la última fecha citada. Declaró, además, que para todos los efectos legales no se había presentado solución de continuidad durante su vinculación profesional.

La Sala comparte la condena impuesta, pero no la inhibición total para pronunciarse sobre los oficios aludidos ni la declaratoria de la operancia del silencio.

Lo primero, porque si bien el oficio DP-10 de 20 de enero de 1983 no es más que un acto de ejecución del acto administrativo de aceptación de la renuncia dictado por el Consejo Superior de la Universidad, con el cual ninguna modificación se le introdujo a esa decisión, sino que simplemente se ajustó a ella, el DP-011 de 21 de enero de ese mismo año, sí constituye acto administrativo por cuanto le adicionó a la aceptación de la renuncia como Director del Centro, la del cargo de docente escalafonado que ostentaba. Al proceder así el jefe de personal no sólo usurpó la competencia del Consejo Superior, sino que contrarió su voluntad, cual era la de la aceptación de la renuncia del cargo directivo. La ilegalidad del acto es manifiesta y su expedición fué la que conculcó en forma definitiva los derechos del demandante.

Tampoco acepta la Sala la apreciación del tribunal en cuanto a la operancia del silencio. Si bien es cierto el Dr. Marín insistió en que se le diera carga académica y se

le respetara su status mediante los escritos de 27 y 31 de enero de 1983, no es menos cierto que el desconocimiento de sus derechos no se produjo por el silencio de la administración, sino por el acto expreso dictado el 21 de ese mismo mes (oficio DP-011) que extendió, como se dijo, los términos de aceptación de una renuncia a un extremo no contemplado.

No obstante lo dicho y en gracia de discusión, podría aceptarse que el escrito de 27 de enero de 1983 dirigido al rector de la Universidad, superior jerárquico del jefe de personal que expidió el acto DP-011, equivale a la interposición del recurso de apelación; y puede aceptarse también que se presentó en oportunidad porque al instaurarlo en esa fecha se dio por conocedor del acto administrativo cuestionado, por conducta concluyente. Conducta que le daba la oportunidad o de interponer los recursos de vía gubernativa o de acudir directamente a la vía jurisdiccional. Opciones éstas que se infieren de la sentencia de Sala Plena de Septiembre 7 de 1988 (proceso A-060 Sociedad Angelita Ltda. ponente Carlos Betancur J.), mediante la armonización del artículo 48 del c.a.a. con el numeral 2 del artículo 135 del mismo estatuto.

Con este enfoque, y ante la no respuesta dada por el rector, se produjo el fenómeno del silencio, por el transcurso de los dos meses señalado en la ley (art. 60 del C.C.A.).

Pero, sea de ello lo que fuere, con una u otra tesis (la del acto expreso o la del presunto silencio) la solución restablecedora sería la misma, porque con la adopción de la última tampoco cabría hablar de caducidad.

Si el acto administrativo que realmente lesionó los intereses del demandante está contenido en esa comunicación del 21 de enero, la demanda que pretende su nulidad fué formulada en tiempo. Obsérvese que según constancia secretarial que obra a folios 19 vuelto la demanda se presentó el 21 de mayo siguiente, o sea dentro del término de los cuatro meses que para la acción de plena jurisdicción de aquél entonces (hoy, nulidad y restablecimiento) establecía el artículo 83 de la ley 167 de 1941.

Visto el acervo probatorio, se anota:

Resultó bien probado que el Doctor Marín fué nombrado como Director del Centro Docente; que como tal adquirió el carácter de Director del Centro Docente; que como tal adquirió el carácter de docente de tiempo completo; que gracias al estatuto de la Universidad se escalafonó como catedrático I; que renunció al cargo del Director, pero no del de profesor escalafonado; y que la Universidad le aceptó la renuncia como Director, pero internamente la hizo extensiva al cargo de docente, tal como lo da a entender el acto impugnado.

La conducta de la entidad demandada al fingir una renuncia no presenta para desvincular al Dr. Marín de la docencia, conforma una clara desviación de poder y le

produjo perjuicios a éste, ya que le desconoció los derechos sociales que por virtud del escalafón adquirió. Desviación de poder que como causal de impugnación del acto administrativo está contemplada en el artículo 84 del C.C.A.

La Sala prohíja parcialmente la argumentación expuesta en el fallo de primera instancia para confirmar lo allí decidido. Para el efecto, se destaca:

"Se señala que con fundamento en el Acuerdo No. 7 de 1981 del Consejo Superior, artículo 7o. párrafo, el Centro de Formación y Especialización Docente tendrá un Director con las mismas funciones y calidades de los Decanos.

"Que conforme al artículo 6o. del Acuerdo No. 003 de 1973 los Decanos o Directores de las Unidades Docentes o Investigativas de la Universidad, serán miembros del personal docente de carrera.

"Que además de sus funciones como Director del Centro, al Doctor Marín se le asignó una carga académica lectiva, que es la que se relacionó anteriormente (folio 181).

"Que mediante resolución No. 09 de 1981 del Consejo Superior de la Universidad, se le redujo a los Decanos y al Director del Centro de Formación y Especialización Docente la carga académica exigida a los docentes de tiempo completo.

"Que aparece escalafonado como Docente de tiempo completo, adscrito al Centro de Formación, con fundamento en el artículo 3o. del Acuerdo No. 022/81 del Consejo Superior aprobado en reunión del Comité de Personal Docente del 19 de agosto de 1982, Acta No. 13 en la categoría de Catedrático I.

"Que por su escalafonamiento, adquirió el derecho a la estabilidad en los términos estipulados en el párrafo transitorio del artículo 20 y en el artículo 19 del Acuerdo Nro. 003 de 1973, que especifica que los profesores de dedicación exclusiva y/o de tiempo completo que están trabajando actualmente en la Universidad no necesitarán de nuevo nombramiento y *la duración de su contrato corresponderá a la de su categoría* como está estipulado en el artículo 19 de dicho acuerdo (folio 106).

"Conforme al artículo 19 del Acuerdo 003 de 1973 los nombramientos de los profesores de carrera, *que no han recibido la titularidad*, se efectuarán, para el caso del profesor catedrático, por un período de cuatro años (folio 112).

"Conforme a lo reseñado, no existe la menor duda para la Corporación que el doctor Marín Ramírez era Docente de Carrera y que por lo tanto al haber sido escalafonado como profesor catedrático I, conforme *al artículo 19 del acuerdo 003 1973*, tenía estabilidad en el cargo por un período de cuatro años, *ya que*

no ostentaba la TITULARIDAD (folio 113), la que sólo podría adquirir conforme al artículo 23 del mismo Acuerdo, después de que labora para la Universidad por más de cuatro años y presentara además una memoria o trabajo de carácter científico que fuera aceptado para ese efecto por el Comité de Personal Docente. Conforme al Parágrafo 2 de este mismo artículo, tampoco aparece la Resolución del Consejo Directivo, con la que se le haya concedido la titularidad; tenía por lo tanto la inamovilidad a que se refiere el artículo 19 literal e) (cuatro años) y no inamovilidad absoluta en el respectivo cargo docente, por no haber alcanzado la titularidad que se concede únicamente a los profesores asociados y a los profesores catedráticos en los términos estipulados en los artículos 21 y ss. del Acuerdo 003 de 1973.

"Consecuente con lo anterior y en los términos de la Resolución 1293 de noviembre 22 de 1982 (folio 167), como al demandante se le escalafonó a partir de 1o. de enero de 1982, en la categoría de profesor CATEDRÁTICO I, ha de contarse a partir de esa fecha el término de estabilidad de cuatro años a que hace referencia el literal e) del artículo 19 del Acuerdo tantas veces mencionado No. 003 de 1973, razón ésta por la cual la Sala ordenará el pago al demandante de los sueldos desde el 14 de enero de 1983, fecha en que fué excluído de la nómina y por el término de la estabilidad de cuatro años, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1985, conforme a las normas relacionadas, y considerándose para todos los efectos legales que entre la fecha de separación del cargo (14 de enero de 1983) y el 31 de diciembre de 1985, no existió solución de continuidad, por lo que se le deberán reconocer todos los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones y, en general cancelársele todos los emolumentos correspondientes al cargo y que no haya percibido entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, teniéndose en cuenta los reajustes de remuneración que haya tenido el cargo durante el tiempo transcurrido entre las fechas a que se hizo referencia.

"Se solicitó asimismo en la petición 2.3, se ordenara el ascenso en el escalafón docente al demandante, de acuerdo a las normas administrativas de la Universidad demandada y con base en el puntaje obtenido por razón del tiempo de servicio comprendido entre su desvinculación y su reintegro. Con ningún medio probatorio se estableció que el demandante tuviera derecho al ascenso impetrado, razón por la cual se negará la petición". (folio 248-251).

En tales condiciones, la sentencia de primera instancia deberá revocarse declarando la nulidad del acto contenido en el oficio DP-011 de 21 de enero de 1983 y como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del citado fallo.

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:

Infirmase la sentencia de siete (7) de marzo de 1989, dictada por la sección segunda. En su lugar:

Confírmase parcialmente la sentencia de mayo 9 de 1986 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, en lo que se relaciona con los numerales 1, 4, 5, 6, y 7. Revócanse los numerales 2 y 3 del fallo. En lo demás, se dispone:

Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DP-011 de 21 de enero de 1983, y la inhibición para declarar la nulidad del acto de trámite distinguido como oficio DP-010 de 20 del mismo mes y año.

Declárase que no se produjo el silencio administrativo alegado en la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, Salvamento de voto; Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zarate, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, con salvamento de voto, Guillermo Chahin Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Myriam Guerrero de Escobar, Miguel Gonzalez Rodriguez, con salvamento de voto, Amado Gutierrez Velasquez, Carmelo Martinez Conn, Joaquín Camacho Pardo, Jorge Penen Deltieure, Simon Rodriguez Rodriguez, Libardo Rodriguez Rodriguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta.

Nubia Gonzalez Ceron, Secretaria.

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 18 de Septiembre de 1.990.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia/ PERSONAL
DOCENTE/ RENUNCIA/ CARGO ADMINISTRATIVO- (Salvamento de voto)**

Considero que la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación de marzo 7/89 no contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de octubre 8/51. No son iguales, y generan efectos jurídicos diferentes, los hechos en los cuales se basaron las dos decisiones mencionadas, puesto que no puede asimilarse una situación en la cual era indudable que un funcionario no había renunciado y la decisión administrativa impugnada sostenía que sí lo había hecho, con otra bien distinta en la cual se debate el alcance e implicaciones jurídicas sobre si la renuncia aun cargo administrativo implica o no la renuncia a cargos docentes.

Salvamento de Voto del Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla

Referencia: Expediente No. S-095. Actor: Carlos Alberto Marin Ramirez

Con todo el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito manifestar mi inconformidad con la decisión tomada en el caso sub-judice, por cuanto considero que la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación de 7 de marzo de 1989 no contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de octubre 8 de 1951.

En efecto, no son iguales, y generan efectos jurídicos diferentes, los hechos en los cuales se basaron las dos decisiones mencionadas, puesto que no puede asimilarse una situación en la cual era indudable que un funcionario no había renunciado y la decisión administrativa impugnada sostenía que sí lo había hecho, con otra bien distinta en la cual se debate el alcance e implicaciones jurídicas sobre si la renuncia a un cargo administrativo implica o no la renuncia a cargos docentes. Y la distinción no es tan simple como a primera vista pudiese pensarse, pues mientras en la jurisprudencia de 1951 se analizaron los efectos de la falsa motivación en los actos administrativos,

y se llegó a la conclusión de que ellos no conducían necesariamente a la anulación del acto impugnado si por ellos no se causaba un perjuicio o una lesión a los derechos del funcionario, en la jurisprudencia recurrida en súplica se afirmó algo bien diferente, cual fue la tesis de que la renuncia del demandante al empleo de Director del Centro de Formación implicaba la de todo lo que le era anexo. Era, en consecuencia, improcedente la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso de infirmar la sentencia de la Sección Segunda por contradecir la jurisprudencia de 1951, pues esta última sienta doctrina distinta a la aplicable al caso sub-judice.

En tal decisión, el Consejo de Estado había dicho que aún a pesar de la falsa motivación del acto impugnado, no procedía su anulación por cuanto "no se lesiona el derecho del funcionario" y porque éste había sido expedido por razones de interés público. En la decisión de la cual me permito disentir, se afirma que "es claro el perjuicio que la conducta de la administración le produjo al administrado, *al interpretar un documento por fuera de su alcance real*" (pag. 11), lo cual implica dar a la jurisprudencia de 1951 un alcance que nunca tuvo ni pretendió tener, pues allí no se debatió nunca el real alcance de una renuncia (o una destitución), o su extensión hasta puntos no queridos por el renunciante, sino los efectos eventuales de la falsa motivación o de los motivos determinantes de la decisión en los actos administrativos. En la primera, se analiza la relación y los efectos de la motivación de un acto, su contenido y el perjuicio a un interesado; en la segunda el problema giraba alrededor de la sujeción de una decisión administrativa a una norma superior de derecho. es decir, se aplicó al caso sub-judice una sentencia cuyos hechos y fundamento jurídico nada tenían que ver, desconociéndose así la real naturaleza del recurso de súplica.

No se trata, aclaro, de afirmar que dicho recurso extraordinario solamente procede cuando se enfrentan hechos idénticos y doctrinas contrarias, pues tal interpretación convertiría a la súplica en un recurso prácticamente inaplicable. Pero tampoco puede extenderse, como en el presente caso lo ha hecho la Sala, a situaciones que en el fondo son distintas, que implican el análisis de problemas jurídicos de naturaleza diferente, y que llegan a conclusiones en derecho que no están relacionadas. El recurso de súplica fue concebido para aquellos eventos en que se sentaran en las decisiones tesis jurídicas de fondo contradictorias, y no para unificar meros aspectos incidentales de las sentencias. De lo contrario, el recurso de súplica se convertiría en una tercera instancia en lo contencioso administrativo que no está prevista en la ley.

Fecha ut. supra.

Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia/ PERSONAL
DOCENTE/ CARGO ADMINISTRATIVO/ RENUNCIA- (Salvamento de voto)**

La sentencia no contradijo la jurisprudencia adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de octubre 8/51. Una cosa es lo que allí se discutió y decidió -la aceptación de una renuncia no presentada- y otra muy diferente lo que se discutía en el proceso en donde se dictó la sentencia recurrida en súplica: si la renuncia de un cargo administrativo que implicaba alguna carga académica, implica o no la renuncia a ésta última.

Salvamento de Voto del Doctor Miguel Gonzalez Rodríguez .

Referencia: Expediente No. S-095.

Actor: Carlos Alberto Marin Ramirez.

Las razones que recoge mi apreciado colega, doctor Carlos Gustavo Arrieta P., en su salvamento de voto precedente, son las mismas que tuve oportunidad de expresar durante las sesiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en las cuales se discutió y aprobó por la mayoría la sentencia que infirma el fallo de la sección segunda recurrido en súplica extraordinaria y, como consecuencia de ello, confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o sea, en síntesis: que la sentencia infirmada no contradijo la jurisprudencia adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de octubre 8 de 1951, en donde por cierto, por primera vez, el Consejo de Estado llegó a la conclusión doctrinal, que después la misma Corporación recogió y que no se ha invocado en este recurso extraordinario, según la cual no todo motivo de falsedad - falsedad en la motivación del acto administrativo - en que incurra la Administración es sancionable por el juez que ejerce el control de

legalidad del acto jurídico con la declaratoria de nulidad; sólo ello es procedente, cuando de ser cierta la motivación - invocación de la presentación de una renuncia que no se ha presentado por el empleado público - produce o "produciría perjuicios a aquel a quien se hace aparecer como renunciando", como cuando está amparado por la estabilidad relativa del cargo por pertenecer a una carrera administrativa dada, porque, entonces, "el empleado pierde ese estatuto de inamovilidad condicionada por virtud de la renuncia". En otras palabras, absurdamente el Consejo de Estado, en ese entonces - aun cuando bueno es destacarlo que se presentaron tres salvamentos de voto, es decir, que la decisión se acogió por una escasa mayoría de 4 a 3 votos - llegó a la conclusión de que la mentira de la Administración expresada en la motivación del acto jurídico es sancionable en unos casos, pero en otros no lo es. Se sanciona la falsedad en la motivación en uno o algunos casos, pero en otro u otros no. Válgame Dios!.

Como se ve, y así lo destaca el Dr. Arrieta Padilla, una cosa es lo que allí se discutió y decidió - la aceptación de una renuncia no presentada - y otra muy diferente lo que se discutía en el proceso en donde se dictó la sentencia recurrida en súplica: si la renuncia de un cargo administrativo que implicaba alguna carga académica, implica o no la renuncia a ésta última. Como decía el Dr. Absalón Fernández de Soto: una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. Pero esas cosas exceden en nuestra jurisdicción; unas veces se dice que el recurso extraordinario de súplica no es una tercera instancia para entrar en consideraciones propias de una de ellas, y, en otras, como en ésta, se proceda a ello no obstante que se trata de situaciones y planteamientos sobre ellas totalmente diferentes.

Fecha ut supra.

Miguel Gonzalez Rodriguez

PERSONAL DOCENTE/ PENSION DE JUBILACION - Acumulación de tiempos/ DEROGACION TACITA

Siendo un régimen especial jubilatorio el consagrado para los maestros en los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, no se ve por qué se lo deba estimar derogado tácitamente por normatividades generales posteriores, desconociendo la regla del artículo 3° de la Ley 153 de 1887. No existe disposición posterior especial que contemple los mismos presupuestos de los artículos 12 y 13 con efectos contrarios y tampoco ley nueva que regule íntegramente la materia en lo que atañe a la jubilación de maestros. No se ve la razón para que la Caja Nacional deje de computar respecto de la Cesantía un lapso que, como el servido en la docencia privada, la ley exige que sea computado para todos los efectos legales. En los términos de la Ley 50 de 1886, el tiempo cumplido en la docencia privada debe sumarse al servido en la docencia o instrucción pública para efectos del auxilio de cesantía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., octubre nueve (9) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Doctor Amado Gutierrez Velasquez.

Referencia: Expediente No. S-078. Actora: Helena de las Mercedes Calle Fernández.

Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación el 15 de diciembre de 1988.

Contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación, denegatoria de la pretensión de nulidad de las resoluciones números 8166 de octubre 13 de 1980 y 00184, de 21 de enero de 1983, en virtud de las cuales la Caja Nacional

de Previsión no accedió a reconocer la pensión de Jubilación solicitada por la docente Helena de las Mercedes Calle Fernández, se interpuso recurso extraordinario de súplica que se desata en los términos siguientes:

DEL FALLO DE LA SECCION SEGUNDA

Se sostiene en la sentencia, fechada a quince (15) de diciembre de 1988, que la tendencia del legislador a partir de 1905, observada de modo constante, es la de separar, para efectos de pensión de jubilación, el servicio público del privado. Al respecto cita numerosas normaciones legales sobre la materia donde efectivamente, el concepto general para optar a la jubilación otorgada por el Estado es la prestación del servicio en el sector público, sin tener en cuenta como acumulable, el tiempo de servicio en el sector privado. Al respecto expresa el fallo:

"Se arguye en la demanda que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en esos preceptos, en razón de que ella desempeñó durante más de veinte años de servicio al magisterio privado y de la instrucción pública, cumplió en noviembre de 1975 sesenta años de edad y reunió los demás requisitos exigidos. Se dice que esa pensión le fue negada por las resoluciones acusadas alegándose que ella no cumplía "con el requisito de los veinte años de servicios en la docencia", debido a que el computársele el tiempo de servicios en el magisterio privado entre 1955 y 1964, la Caja Nacional le contabilizó sólo diez meses por cada año escolar laborado, en lugar de año calendario según los artículos 101 y 102 del C.S. del T.

Ahora bien, a partir de la dicha ley 50 de 1886, el legislador ha ido consagrando el derecho a la "Pensión de Jubilación" con otros estatutos sobre el tema que han ido modificando los precedentes, unos de carácter general, otros de tipo especial según la labor sui-generis a que se haya dedicado el aspirante a obtener el referido status y que se reconozca como tal.

Así se tiene, entre otros estatutos "pensionales", el contenido en la ley 29 de 1905, general, que dispuso que para tener derecho a pensión jubilatoria era necesario que el empleado al servicio del Estatuto (sic) hubiera servido treinta años (30) y tuviera una edad de sesenta (60) años; el contenido en la ley 22 de 1926, especial o excepcional, que señaló privilegio de pensión jubilatoria con treinta (30) años de servicio sin consideración a edad, para los cargos taxativamente enumerados de operador de radio y telégrafos, jefe de oficina de los mismos ramos, jefe de Línea, revisor, plegador, clasificador y mecánico de esas dependencias del Estado; el contenido en la ley 28 de 1943, también para los empleados y trabajadores de los telégrafos y radios, que disminuyó el tiempo de servicios a veinte años (20) siempre que la edad no sea inferior a cincuenta (50) años; el contenido en la ley 6a. de 1945, que rige para los empleados oficiales afiliados a la Caja Nacional de Previsión, fijó normas generales en el sentido de que para efectos de la pensión jubilatoria, es indispensable

ble que el servidor haya ejercido el cargo o los cargos durante veinte años (20), continuos o discontinuos, y llegar a los cincuenta años (50) si es mujer, o a cincuenta y cinco (55) si es varón; el contenido en la ley 22 de 1942, especial para los empleados del ramo judicial; en fin, los contenidos en las leyes 64 y 65 de 1946, en la ley 72 de 1947, en el decreto-ley 2921 de 1948, en la ley 1a. de 1963 y en la ley 57 de 1964 y en otras más que no es del caso citar.

En ninguno de ellos ha vuelto a preverse la posibilidad de que se entremezclen funciones en el ramo privado y funciones en el sector público, por lo que es de deducir que las disposiciones de la ley 50 de 1886 que se reproducen arriba, quedaron tácitamente derogadas, al tenor de las reglas precisadas por el artículo 71 del Código Civil.

Ha sido pues, tendencia del legislador, a partir de 1905 y mantenido desde esa época, deslindar por completo, para efectos de pensión jubilatoria, el servicio privado y el servicio público. Además, este ha sido el criterio del Consejo de Estado ante situaciones parecidas a las del caso sub-lite, como por ejemplo, el sentado en el fallo de marzo de 1979, expediente No. 1096, actor: Gabriel Ortiz Merconik, Consejero ponente, Doctor Samuel Buitrago Hurtado, en el que no tuvo a bien que se acumularan tiempos servidos al Estado con tiempos servidos a la Flota Mercante Grancolombiana, por ser ésta una sociedad de derecho privado". (Sic, folios 172 a 173 del cuaderno No. 1).

DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Fué interpuesto dentro del término y conforme a las exigencias de la ley 11 de 1975, argumento que:

"En el fallo proferido por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que es objeto del presente recurso de súplica, en una forma bastante breve por cierto, sin analizar y examinar las distintas razones que se expusieron en el alegato de conclusión y sobre todo, sin hacer ninguna referencia a las sentencias y conceptos de ese H. Consejo de Estado, en el cual se reconocía la vigencia de la ley 50 de 1886 (V. hojas 2 y 3 de este alegato de conclusión), se terminó denegando las peticiones de la parte actora, por considerar que la ley 50 de 1886 había quedado tácitamente derogada".(Sic).

Y se cita, como contrariada, la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias:

"5. Fallo de julio 2 de 1963, de la Sala de Negocios Generales de ese H. Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado González Charry.

En dicho fallo reconoce la vigencia de la ley 50 de 1886 (y, aún de la posterior Ley 42 de 1933), en los siguientes términos:

de Previsión no accedió a reconocer la pensión de Jubilación solicitada por la docente Helena de las Mercedes Calle Fernández, se interpuso recurso extraordinario de súplica que se desata en los términos siguientes:

DEL FALLO DE LA SECCION SEGUNDA

Se sostiene en la sentencia, fechada a quince (15) de diciembre de 1988, que la tendencia del legislador a partir de 1905, observada de modo constante, es la de separar, para efectos de pensión de jubilación, el servicio público del privado. Al respecto cita numerosas normaciones legales sobre la materia donde efectivamente, el concepto general para optar a la jubilación otorgada por el Estado es la prestación del servicio en el sector público, sin tener en cuenta como acumulable, el tiempo de servicio en el sector privado. Al respecto expresa el fallo:

"Se arguye en la demanda que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en esos preceptos, en razón de que ella desempeñó durante más de veinte años de servicio al magisterio privado y de la instrucción pública, cumplió en noviembre de 1975 sesenta años de edad y reunió los demás requisitos exigidos. Se dice que esa pensión le fue negada por las resoluciones acusadas alegándose que ella no cumplía "con el requisito de los veinte años de servicios en la docencia", debido a que el computársele el tiempo de servicios en el magisterio privado entre 1955 y 1964, la Caja Nacional le contabilizó sólo diez meses por cada año escolar laborado, en lugar de año calendario según los artículos 101 y 102 del C.S. del T.

Ahora bien, a partir de la dicha ley 50 de 1886, el legislador ha ido consagrando el derecho ala "Pensión de Jubilación" con otros estatutos sobre el tema que han ido modificando los precedentes, unos de carácter general, otros de tipo especial según la labor sui-generis a que se haya dedicado el aspirante a obtener el referido status y que se reconozca como tal.

Así se tiene, entre otros estatutos "pensionales", el contenido en la ley 29 de 1905, general, que dispuso que para tener derecho a pensión jubilatoria era necesario que el empleado al servicio del Estatuto (sic) hubiera servido treinta años (30) y tuviera una edad de sesenta (60) años; el contenido en la ley 22 de 1926, especial o excepcional, que señaló privilegio de pensión jubilatoria con treinta (30) años de servicio sin consideración a edad, para los cargos taxativamente enumerados de operador de radio y telégrafos, jefe de oficina de los mismos ramos, jefe de Línea, revisor, plegador, clasificador y mecánico de esas dependencias del Estado; el contenido en la ley 28 de 1943, también para los empleados y trabajadores de los telégrafos y radios, que disminuyó el tiempo de servicios a veinte años (20) siempre que la edad no sea inferior a cincuenta (50) años; el contenido en la ley 6a. de 1945, que rige para los empleados oficiales afiliados a la Caja Nacional de Previsión, fijó normas generales en el sentido de que para efectos de la pensión jubilatoria, es indispensable

ble que el servidor haya ejercido el cargo o los cargos durante veinte años (20), continuos o discontinuos, y llegar a los cincuenta años (50) si es mujer, o a cincuenta y cinco (55) si es varón; el contenido en la ley 22 de 1942, especial para los empleados del ramo judicial; en fin, los contenidos en las leyes 64 y 65 de 1946, en la ley 72 de 1947, en el decreto-ley 2921 de 1948, en la ley 1a. de 1963 y en la ley 57 de 1964 y en otras más que no es del caso citar.

En ninguno de ellos ha vuelto a preverse la posibilidad de que se entremezclen funciones en el ramo privado y funciones en el sector público, por lo que es de deducir que las disposiciones de la ley 50 de 1886 que se reproducen arriba, quedaron tácitamente derogadas, al tenor de las reglas precisadas por el artículo 71 del Código Civil.

Ha sido pues, tendencia del legislador, a partir de 1905 y mantenido desde esa época, deslindar por completo, para efectos de pensión jubilatoria, el servicio privado y el servicio público. Además, este ha sido el criterio del Consejo de Estado ante situaciones parecidas a las del caso sub-lite, como por ejemplo, el sentado en el fallo de marzo de 1979, expediente No. 1096, actor: Gabriel Ortiz Merconik, Consejero ponente, Doctor Samuel Buitrago Hurtado, en el que no tuvo a bien que se acumularan tiempos servidos al Estado con tiempos servidos a la Flota Mercante Grancolombiana, por ser ésta una sociedad de derecho privado". (Sic, folios 172 a 173 del cuaderno No. 1).

DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Fué interpuesto dentro del término y conforme a las exigencias de la ley 11 de 1975, argumento que:

"En el fallo proferido por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que es objeto del presente recurso de súplica, en una forma bastante breve por cierto, sin analizar y examinar las distintas razones que se expusieron en el alegato de conclusión y sobre todo, sin hacer ninguna referencia a las sentencias y conceptos de ese H. Consejo de Estado, en el cual se reconocía la vigencia de la ley 50 de 1886 (V. hojas 2 y 3 de este alegato de conclusión), se terminó denegando las peticiones de la parte actora, por considerar que la ley 50 de 1886 había quedado tácitamente derogada".(Sic).

Y se cita, como contrariada, la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias:

"5. Fallo de julio 2 de 1963, de la Sala de Negocios Generales de ese H. Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado González Charry.

En dicho fallo reconoce la vigencia de la ley 50 de 1886 (y, aún de la posterior Ley 42 de 1933), en los siguientes términos:

"...Si el señor Torres hubiese sido pensionado bajo el lleno completo de los requisitos de tiempo y edad señalados por el artículo 12 de la Ley 50 de 1886, o aún, como caso también excepcional, con apoyo en la Ley 42 de 1933, no invocada, podría, considerarse el reajuste que pide, por que habría un lógica jurídica en ello..." (Anales Números 401 y 402, págs. 144 y 145)".

"7. También puede añadirse el fallo de julio 27 de 1959 de la Sala de Negocios Generales de ese H. Consejo, con ponencia también del Consejero González Charry, en el cual se reconoce expresamente la vigencia y se le da aplicación a los artículos 7° y 8° de la Ley 50 de 1886. (Anales, Tomo LXI-Bis, págs. 211 y 212)". (Folios 182 y 183).

Igualmente se aludió a jurisprudencia contenida en fallos de la Sección segunda y a conceptos de la Sala de Consulta y servicio Civil de la Corporación que, por su origen los primeros y su naturaleza los segundos, no constituyen fundamento del recurso.

Finaliza diciendo el apoderado de la demandante:

"En todos los fallos que se acaban de citar, se ha reconocido la vigencia de la Ley 50 de 1886.

Por lo mismo, al expedir la sentencia recurrida, se incurrió en violación de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, según la cual la Ley 50 de 1886 (en especial sus artículos 12 y 13) conserva su vigencia". (Folio 183).

La relatoría de la Corporación rindió el informe previsto en el artículo 13 del reglamento.

Para desatar el fallo SE CONSIDERA:

Bien se puede ver, del texto dela jurisprudencia correspondiente al fallo del 27 de julio de 1959, de la antigua sala de Negocios Generales de la corporación, que ella concierne parcialmente al caso en examen, pues admite la vigencia de la ley 50 de 1886 en sus artículos 7° y 8°, aunque estos se refieren a materia diferente de la que es objeto el fallo en consulta, como que versan con la consagración de un régimen probatorio excepcional para acreditar servicios al Estado.

Por consiguiente, en cuanto hace a dicho fundamento la súplica no puede prosperar.

Al contrario, por lo que se refiere a la sentencia de julio 2 de 1963, de la misma sala de Negocios Generales, sin duda que su argumentación fundamental conduce a inferir la vigencia de los artículos 12 y 13 de la ley 50 de 1886, pues al denegar las pretensiones de la demanda afirma que el reajuste prestacional solicitado podría con-

siderarse de haberse reconocido la jubilación bajo los supuesto de hecho previstos en esas normas.

Pero, podría aducirse que la alusión que se hace en ese fallo al artículo 12 de la citada ley 50 es meramente hipotética, por no contener una proposición categórica respecto a su vigencia, dando lugar a pensar que se produjo la abrogación tácita aducida en el fallo suplicado.

Sin embargo, siendo que la derogatoria o abrogación de la ley en la especie planteada por la sección segunda se da, al tenor de lo previsto en el artículo 71 del C.C., "...cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior...", se observa que los estatutos aludidos en el fallo no pudieron producir esa derogatoria del artículo 12 de la ley 50 de 1886, habida cuenta que aquellos prevén condiciones generales o especiales para el reconocimiento de la pensión jubilatoria, diferentes de las indicadas en la norma dicha. En efecto, como allí se destaca, la ley 29 de 1905, general, dispuso que para tener derecho a pensión jubilatoria era necesario que el empleado al servicio del estado hubiera servido treinta (30) años y tuviera edad de sesenta (60) años; la ley 22 de 1926, especial o excepcional, señaló privilegio de pensión jubilatoria con treinta (30) años de servicio sin consideración a edad, para los cargos taxativamente enumerados de operador de radio y telégrafos, jefe de oficina de los mismos ramos, jefe de línea, revisor, plegador, clasificador y mecánico de esas dependencias del estado; la ley 28 de 1948, también para los empleados y trabajadores de los telégrafos y radios, disminuyó el tiempo de servicios a veinte (20) años, con edad no inferior a cincuenta años; la ley 6a. de 1945, que rige para los empleados oficiales afiliados a la Caja Nacional de Previsión, fijó normas generales en el sentido de que para efectos de la pensión jubilatoria, se requiere ejercicio del cargo durante veinte (20) años, continuos o discontinuos, y llegar a cincuenta años (50) si es mujer o a cincuenta y cinco (55) si es varón; la ley 22 de 1942, un régimen especial para los empleados del ramo judicial, citando también las leyes 64 y 65 de 1946, la 72 de 1947, atañedora con las prestaciones sociales del personal de la Policía Nacional; el decreto ley 2921 de 1948; la ley 1a. de 1963, que versa con aumentos en la cuantía de pensiones de jubilación e invalidez; la 57 de 1964. Y concluye:

"En ninguno de ellos ha vuelto a preverse la posibilidad de que se entremezclen funciones en ramo privado y funciones en el sector público... Ha sido, pues, tendencia del legislador, a partir de 1905 y mantenida desde esa época, deslindar por completo, para efecto de presión jubilatoria, el servicio privado y el servicio público..."

La ley 50 de 1886, en sus artículos 12 y 13, a diferencia de los referidos estatutos, consagró el derecho a pensión jubilatoria en favor de los maestros bajo requisitos excepcionales, entre ellos el de asimilar "a los servicios prestados a la Instrucción Pública..." las tareas del magisterio privado.

Este, además de los relacionados con la conducta moral, la imposibilidad de ganar la subsistencia y la carencia de medios para vivir, son aspectos que distinguen

esa previsión legal de los requisitos consagrados en los estatutos de jubilación citados en el fallo como apoyo de la derogatoria tácita.

Porque si, como lo destaca el mismo fallo suplicado, por no contemplar las disposiciones sobre jubilación a partir de 1905 la asimilación del tiempo servido en el sector privado al del sector público, es que se debe estimar derogada la previsión especial de los artículos 12 y 13 de la ley 50 de 1886, la conclusión a que debió llegar era diametralmente diferente, pues, de una parte, esta normatividad no contempló esa asimilación para todo tipo de servicios sino, exclusivamente, para los del magisterio privado con "los servicios prestados a la Instrucción Pública...", aserto por sí sólo bastante a dejar sin valor la cita que se hace en la sentencia, aseverando tratarse del criterio del Consejo de Estado, de fallo de marzo de 1979, expediente No. 2096, actor: Gabriel Ortiz Mercanik, según la cual "...no tuvo a bien que se acumularan tiempos servidos al Estado con tiempos servidos a la Flota Mercante Grancolombiana, por ser esta una sociedad de derecho privado...".

Y, en segundo lugar, porque siendo un régimen especial jubilatorio el consagrado para los maestros en los artículos 12 y 13 de la citada ley 50, no se ve porque se lo deba estimar derogado tácitamente por normatividades generales posteriores, desconociendo la regla del artículo 3° de la ley 153 de 1887, según la cual "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula toda la materia a que la anterior disposición se refería...".

En efecto, no existe disposición posterior especial que contemple los mismos presupuestos de los citados artículos 12 y 13 con efectos contrarios y tampoco ley nueva que regule íntegramente la materia en lo que atañe a la jubilación de maestros, ramo respecto del cual, además del régimen general sobre pensión de jubilación, existen disposiciones especiales vigentes, como las que permiten acumulación de pensiones Nacionales y Departamentales (Ley 114 de 1913, artículo 4°), el cobro simultáneo de pensión y sueldo, sin ninguna limitación, o sea, que para el cobro de la pensión no se requiere el retiro definitivo del servicio oficial (Decretos 320 de febrero de 1949 y 2285 de 1955), además de las excepciones establecidas en las leyes 116 de 1928, 37 de 1933, y el decreto 224 de 1972 que reconoce, por distinción académica o condecoración recibida del Gobierno Nacional o Extranjero, un año de servicios a la docencia.

Es reiterable entonces, en cuanto a la vigencia de los artículos 12 y 13 de la ley 50 de 1886, lo que de los efectos de la derogación tácita sostuvo esta corporación en sentencia del 30 de enero de 1968. Allí se lee:

"...Dicen los artículos 71 y 72 del Código Civil que hay derogación tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". Ello significa que si las normas pueden conciliarse y, por

tanto, no pugnan en razón de la especialidad de unas y de la generalidad de otras o por ocuparse de materias distintas, no se opera la derogación tácita.

Con idéntico criterio, los artículos 2° y 3° de la ley 153 de 1887 establecen el principio de la prevalencia de la ley posterior, pero lo limitan en sus alcances al expresar que hay insubsistencia de una disposición: 1° por 'declaración expresa del legislador'; 2° por 'incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores', que no por aparente incompatibilidad con disposiciones generales posteriores.

Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dicten posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquéllas. Para estos casos, la insubsistencia de los ordenamientos especiales anteriores sólo procede en virtud de mandato expreso del legislador o en el evento, de rara ocurrencia, en que haya verdadera incompatibilidad; y, 3° por 'existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería'. Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no lo reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán estos últimos. "(Anales t. LXXIV, pág 91). Cita tomada del Código Civil, edición especial del Centenario 1887-1987, págs. 87 y 88.

Por lo demás, en numerosos fallos la Sección Segunda ha reconocido la vigencia de los artículos 12 y 13 de la precitada ley 50.

Así, en sentencia de la que fue ponente el H. Consejero Andrés Holguín, calendada a 8 de octubre de 1968, se lee:

"Igualmente, se queja la demandante de que la Caja dejó de computar el lapso de 3 años y 8 meses servido en la docencia privada, en el Colegio de María Auxiliadora de Soacha. Sobre este aspecto de la cuestión debatida, la Caja, en la resolución Número 2559, expresó: De la simple lectura del artículo 13 de la ley 50 de 1886 del espíritu que la informa, se establece con claridad meridiana que esta norma sólo es de aplicabilidad, para aquellos maestros de enseñanza primaria que pensione el Ministerio de Educación; no así para esta entidad (la Caja), que sólo está obligada a contabilizar servicios prestados a entidades estatales y por ello tampoco hay lugar a lo pedido en este punto".

Los artículos 12 y 13 de la citada ley 50 de 1886 dicen:

"Artículo 12. Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado, siempre que en los términos de esta ley comprueben:

"1° Su conducta moral y aptitudes.

"2° Hallarse en imposibilidad de ganar la subsistencia y carecer de medios para vivir, o bien tener más de sesenta años,

"3° Acompañar declaraciones juradas de seis por lo menos de sus discípulos, que por su conducta moral, su patriotismo, servicios prestados a la sociedad y por sus buenas costumbres e inteligencia hayan ocupado o estén ocupando distinguida posición como padres de familia y como ciudadanos.

"*Artículo 13.* Las tareas del magisterio privado quedan asimiladas a los servicios prestados a la instrucción pública, y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior..."

La parte demandante ha sostenido que tal norma está vigente puesto que ninguna ley la ha derogado o reformado, por lo cual piensa que el tiempo servido por la demandante en la docencia privada debe quedar asimilado a tiempo "servido en la instrucción pública", concepto por el cual reclama \$8.414.10, correspondiente a los tres años y 10 meses servidos.

La Caja no niega que la disposición transcrita esté vigente; por el contrario, da a entender que se halla en vigencia, pero cree que sólo es aplicable a los maestros de enseñanza primaria que pensione el Ministerio, y no la Caja misma, la cual -dice- sólo puede contabilizar servicios prestados a entidades estatales. La Fiscalía acoge esta decisión de la Caja: el tiempo servido en el magisterio privado -dice el señor Fiscal- "no puede contabilizarse para efectos de la cesantía ya que, como bien lo explica la resolución 02559 de 1967, la obligación establecida por la Ley 50 de 1886 solamente cobija a los profesores pensionados por el Ministerio de Educación Nacional y, por tanto, la Caja Nacional de Previsión no está en la obligación de reconocer ese tiempo.

Sin embargo, piensa la Sala que, como es obvio, la ley 50 de 1886 no podía establecer obligación alguna a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, entidad que para aquella lejana época no existía, y si, posteriormente la Caja asumió la obligación de pagar la cesantía de los funcionarios del Ministerio, como de los demás empleados oficiales, en las condiciones y circunstancias establecidas por las leyes, no se vé la razón para que deje de computar, respecto de la cesantía un lapso que, como el servido en la docencia privada, la ley exige que sea computado para todos los efectos legales. Se trata en realidad, de una excepción especialísima, establecida por el legislador en favor de quienes sirven la docencia, y sin duda para estimular este servicio, consistente en que el tiempo trabajado en el sector privado se asimile, como dice la ley 50 de 1886, a los servicios prestados a la instrucción pública, lo cual significa claramente, en opinión de la Sala, que el tiempo cumplido en la docencia privada debe sumarse al servido en la docencia o instrucción pública para efectos del auxilio de cesantía. Es claro, por lo demás, que, como lo indica en este juicio la parte demandante, la Caja Nacional de Previsión Social, una vez decretada la cesantía correspondiente a la señorita Guerrero, podrá repetir contra el Ministerio de Educación Nacional..." (Actora: Angélica Guerrero C.).

Con ponencia del H. Consejero Eduardo Aguilar Vélez, en sentencia de 19 de junio de 1974, declaró la nulidad del artículo 4° del decreto Reglamentario 753 de 1974, por considerar que excedió la potestad reglamentaria respecto de la norma reglamentada, el artículo 13 de la ley 50 de 1886. (Actor: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez).

Y con sentencia del 15 de marzo de 1979, de la que fué ponente el H. Consejero Alvaro Orejuela Gómez, declaró la nulidad de los ordinales c) y d) del artículo 3° del Decreto Reglamentario No. 753 del 30 de abril de 1974, también por extralimitar "la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República en el ordinal tercero del artículo 120 de la carta "respecto del inciso 2° del artículo 13 de la ley 50 de 1886. (Actor : Alfredo Porras Rojas).

En resumen, lo expuesto y transcrito permite concluir que no se ha producido la derogatoria de la ley 50 de 1886, y que por estimarla vigente la extinguida Sala de Negocios Generales aludió a su artículo 12 en el fallo de julio 2 de 1963.

Esa jurisprudencia ha sido, entonces, contrariada por la sentencia objeto del presente recurso de súplica, jurisprudencia que no variaron las antiguas Salas de lo Contencioso Administrativo y de Negocios Generales del Consejo, ni lo ha sido por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no encontrando al presente razón valedera para sustituirla o acoger criterio diferente. Por ende, prospera el recurso y se debe anular el fallo suplicado para proferir, en su lugar, el que corresponda acorde a derecho y los hechos probados en autos.

Debe dilucidarse, al respecto, si la demandante llena los requisitos de los artículos 12 y 13 de tantas veces aludida ley 50 de 1886, para ser acreedora al beneficio prestacional de la jubilación.

En relación con ello se tiene que en el expediente obran los documentos que prueban los servicios prestados por la actora a la docencia privada durante diez (10) años (folio 82), entre 1955 y 1964 y cada año entre el 1° de febrero y el 30 de noviembre. Además, que se desempeñó como docente en el sector público entre 1965 y 1978, cumpliendo su tarea hasta el 30 de abril de este último año, lo cual arroja un total de 13 años y 4 meses (folios 27 y 28).

De ese modo el tiempo laborado por Helena de las Mercedes Calle Fernández, sumando los dos sectores de la docencia, totaliza 23 años y 4 meses, lo que le confiere, por ese aspecto, derecho a la pensión.

Es de observar en lo que atañe al tiempo de servicio en la docencia privada, que la Caja Nacional de Previsión incurrió en manifiesto error al computar sólo diez (10) meses por cada año de servicio, con innegable desconocimiento de lo previsto en los artículos 101 y 102 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo esa, exclusivamente, la razón que tuvo dicha Caja para negar la pensión solicitada, como expresamente se ve en la Resolución No. 8166 de 13 de octubre de 1980, de la subdirección de Pres-

taciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión (folio 106). Ello lleva a inferir que también esa entidad prestacional reconoce la vigencia de la ley 50 tantas veces invocada.

También obra en el expediente la partida de bautismo de la demandante, según la cual nació el 2 de noviembre de 1915 (folio 29), prueba válida en este caso conforme al Art. 105 del Decreto 1260 de 1970. Así se satisface el requisito del Art. 12, numeral 2° de la ameritada ley 50, como que demuestra que la educadora Calle Fernández tenía más de sesenta años al momento de formular la petición.

Por último, en cumplimiento del requisito testimonial exigido en el numeral 3 del precitado artículo 12, militan en autos más de seis declaraciones juradas de exalumnas de la demandante, deponentes que reúnen las condiciones personales estatuidas por la norma.

Lo anterior es suficiente a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria reclamada, respecto de la cual se debe establecer desde que tiempo la beneficiaria tiene derecho a percibir la prestación. Como acaba de anotarse, al folio 106 de los autos obra la resolución No. 8166 de 18 de octubre de 1980, dictada en primera instancia por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja de previsión Social, denegatoria de la jubilación, documento según el cual la interesada presentó la petición respectiva el 14 de agosto de 1980, sin que desde entonces se presentare solución de continuidad en la reclamación que dé lugar a la prescripción de mesadas, motivo por el cual se debe tomar esa fecha como base para calcular el momento desde el que se hará efectivo el derecho.

En efecto, siendo así que la expectativa de la demandante al pago de la prestación nació el 1o. de mayo de 1978, cuando reunidos los requisitos para jubilarse dejó de prestar los servicios docentes, (folios 27 y 115), habiendo transcurrido menos de tres años desde entonces y hasta el mencionado 14 de agosto de 1980, se tendrá el 1° de mayo como el del nacimiento del derecho.

Es atendible, igualmente, la pretensión contenida en el acápite tercero del petitum, pues mientras la Caja Nacional de Previsión Social no admita a la demandante como beneficiaria efectiva de sus servicios asistenciales, no habrá lugar a la deducción.

No cabe acceder, en cambio a la pretensión de condena al pago de intereses comerciales sobre cada una de las mesadas pensionales causadas, a partir del momento en que las mismas se causaron, por cuanto, tratándose de prestación laboral reajutable periódicamente por mandato legal, jurisprudencialmente se ha considerado - y ese criterio se reitera ahora - que dichos reajustes ordenados por la ley 4a. de 1976, artículo 1°, reglamentado por el Decreto 732 del mismo año, satisfacen el lucro cesante que pudo sufrir la beneficiaria al no serle reconocida y pagada oportunamente su pensión jubilatoria.

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

FALLA:

PRIMERO. Prospera el recurso de extraordinario de súplica ejercido contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 15 de diciembre de 1988 en este proceso, por haber acogido jurisprudencia contraria expuesta por la extinguida Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en sentencia de julio 2 de 1963.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, anúlase la sentencia suplicada y en su lugar, declárese la nulidad de:

a) La Resolución No. 8166, del 13 de octubre de 1980, expedida por el subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se niega la pensión de jubilación a la señora HELENA DE LAS MERCEDES CALLE FERNANDEZ.

b) La nulidad de la resolución No. 00184, de 21 de enero de 1983, expedida por la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social, confirmatoria de la anterior resolución.

TERCERO. Considérese:

1°. A la Caja de Previsión Social a reconocer y pagar la pensión la jubilación solicitada por HELENA DE LAS MERCEDES CALLE FERNANDEZ, con todos los aumentos y reajustes de la ley 4a. de 1976, a partir del 1° de mayo de 1978.

La deducción del cinco por ciento que debe hacerse a las pensiones para contribuir al sostenimiento de la prestación asistencial, en favor de la Caja Nacional de Previsión Social, solo será descontada de la pensión reconocida en favor de HELENA DE LAS MERCEDES CALLE FERNANDEZ a partir del momento en que ese organismo la incluya, efectivamente, como beneficiaria de sus servicios asistenciales.

2°. Deniégate la condena al pago de intereses comerciales impetrada por la actora al punto cuarto de las prestaciones de la demanda corregida.

CUARTO. A la presente sentencia deberá darse cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., y las sumas de dinero que se reconozcan devengarán los intereses previstos en el artículo 177 ibídem, a partir de la ejecutoria de este fallo.

Esta decisión fué discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada el dieciocho (18) de septiembre del año en curso.

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

Consuelo Sarria Olcos, Vicepresidente; Jaime Abella Zárate, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Betancur Jaramillo, Jose Joaquín Camacho Pardo, Gustavo de Greiff Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano, Aclaración de voto; Myriam Guerrero Escobar, Miguel Gonzalez Rodríguez, Carmelo Martínez, Ausente con excusa; Amado Gutiérrez Velásquez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jorge Penén Deltieure, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Simón Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa, Rodrigo Vieira Puerta

Nubia Gonzalez Cerón, Secretaria General.

PERSONAL DOCENTE PENSION DE JUBILACION- Acumulación de tiempos/
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia/
DEROGACION TACITA (Salvamento de voto)

Si la jurisprudencia que se afirma fue contrariada, se refiere a un tema diferente del relativo a la vigencia de la Ley 50 de 1886, que fue el aspecto fundamental precisado en el fallo recurrido, la súplica extraordinaria no podía prosperar. Aunque se llegare a aceptar la prosperidad del recurso, no es posible afirmar la vigencia de la mencionada ley, en cuanto a la acumulación de tiempo de servicio al Estado y en el sector privado.

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

Referencia: Radicación S-078. Actor: Helena de las Mercedes Calle Fernández

Salvamento de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Con el debido respeto me aparto de la providencia que antecede, porque a mi juicio, el recurso extraordinario de súplica, no ha debido prosperar.

En efecto, en la decisión mayoritaria se acepta la prosperidad del recurso, por cuanto se desconoció la jurisprudencia contenida en la sentencia del 2 de Julio de 1963 de la Sala Plena de esta Corporación, en cuanto afirma:

"...Si el señor Torres hubiese sido pensionado bajo el lleno completo de los requisitos de tiempo y edad señalados por el artículo 12 de la Ley 50 de 1886, o aún, como caso también excepcional, con apoyo en la Ley 42 de 1933, no invocada, podría, considerarse el reajuste que pide, porque habría una lógica jurídica en ello...." (Anales Números 401 y 402, págs. 144 y 145)".

En dichos términos, no se está afirmando la vigencia de la ley 50 de 1886, ya que simplemente se refieren a la hipótesis de que si una determinada persona hubiese sido pensionada de acuerdo con dicha ley, tendría derecho a un reajuste, pero de ninguna manera se refiere a la vigencia de dicha ley, ni para afirmarla, ni para negarla.

Así que si la jurisprudencia que se afirma fue contrariada, se refiere a un tema diferente del relativo a la vigencia de la ley 50 de 1886, que fue el aspecto fundamental precisado en el fallo recurrido, la súplica extraordinaria no podía prosperar.

Por otra parte si se llegare a aceptar que la citada sentencia de 2 de Julio de 1963, sí está afirmando la vigencia de la ley 50 de 1886, dicha vigencia podría alegarse para el año de 1963, pero no para 1989 año en el cual se profirió al fallo recurrido.

Pero, aunque se llegare a aceptar la prosperidad del recurso, no es posible afirmar la vigencia de la ley 50 de 1886, en cuanto a la acumulación de tiempo de servicio al Estado y en el sector privado, toda vez que tal como lo afirma la sentencia cuestionada, normas posteriores regularon el tema (ley 29 de 1905, ley 22 de 1926, ley 28 de 1943, ley 6 de 1945, ley 22 de 1942, ley 64 de 1946, ley 65 de 1946, ley 72 de 1947, decreto ley 2921 de 1948, ley 1a. de 1963, y ley 57 de 1964) y en ellas no se autoriza la acumulación de tiempos de servicios en el sector público, con los prestados en el sector privado lo cual, a mi juicio, lleva a aceptar la derogatoria tácita de la invocada ley 50 de 1886.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

PERSONAL DOCENTE/ PENSION DE JUBILACION- Acumulación de tiempos/
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA- Improcedencia/
DEROGACION TACITA (Salvamento de voto)

No comparto la vigencia de la Ley 50 de 1886, porque no puede inferirse su vigencia de una o varias sentencias que la afirmen, porque este fenómeno no es de calificación jurisprudencial. Para optar a una jubilación con el Estado, debe haberse prestado servicio al mismo, con exclusividad, durante el término que señale la ley; y en ningún caso podrá acumularse ese servicio con servicio particular. La Ley 29 de 1905 produjo la derogatoria tácita de la citada Ley 50 de 1886, en lo que toca con esta acumulación de servicios.

Salvamento de voto del Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente S-078. Actor: Helena de las Mercedes Calle

Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez V.*

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria. No comparto la vigencia de la ley 50 de 1886. Y no la comparto porque no puede inferirse su vigencia de una o varias sentencias que la afirmen, porque este fenómeno no es de calificación jurisprudencial. No me queda duda alguna que los estatutos laborales subsiguientes produjeron su derogatoria tácita. La concurrencia de la docencia privada con la oficial para efectos de pensión tuvo vigencia efímera (hasta 1.905) y fué creada como estímulo en una época en que la educación estaba poco desarrollada.

Para optar a una jubilación con el Estado, debe haberse prestado servicio al mismo, con exclusividad, durante el término que señale la ley; y en ningún caso podrá acumularse ese servicio con servicio particular.

La ley 29 de 1905 produjo la derogatoria tácita de la citada ley 50 de 1886, en lo que toca con esta acumulación de servicios. Se hace la salvedad porque la equivalencia de tiempo por libros docentes publicados está vigente, como normatividad especial que es.

Además, la jurisprudencia de la Sala Plena, con base en estatutos como la ley 29 de 1.905, 22 de 1.926, 6 de 1.945, 64 y 65 de 1.946, 72 de 1.947, ha sido reiterada en el sentido de que no es posible esa acumulación de servicio.

Fuera de lo dicho, la sentencia de julio 2 de 1.963, citada como desconocida por la Sección II, no sirve para los efectos aquí pretendidos porque es meramente hipotética y con referencia al pasado. Allí no se dice que la ley 50 esté vigente, sino que si una persona se jubiló con base en ella, tendrá derecho a reajuste. Como se vé, esto es totalmente diferente a lo que se quiere demostrar.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E., Octubre 19 de 1990

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Aclaración de voto)

Sin tomar en cuenta las providencias de la Sección Segunda que cita el recurrente como contrariadas por la sentencia que se suplica, no es posible llegar a la conclusión de que la ley aplicable (Ley 50 de 1886, art. 12) se encontraba vigente cuando ésta se profirió, puesto que las providencias de la Sala Plena corresponden a fechas muy lejanas y ellas solamente servirían, a lo sumo, para permitir afirmar que en las fechas en que se profirieron, dicha norma era aplicable.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente No. S-078

La aclaración del voto favorable que otorgué al proyecto presentado por el ponente, Consejero Amado Gutiérrez, tiene por objeto simplemente, el hacer mención de que sin tomar en cuenta las providencias de la Sección Segunda que cita el recurrente como contrarias por la sentencia que se suplica, no es posible llegar a la conclusión de que la ley aplicable (ley 50 de 1886, artículo 12), se encontraba vigente cuando ésta se profirió, puesto que las providencias de la Sala Plena corresponden a fechas muy lejanas y ellas solamente servirían, a lo sumo, para permitir afirmar que en las fechas en que se profirieron, dicha norma era aplicable. No ocurre lo mismo con las jurisprudencias de la Sección Segunda, que son de mas reciente data y que permiten ver que dicha Sección, con el fallo suplicado produjo un cambio de jurisprudencia, con respecto a la tesis que sobre la aplicación de la referida normatividad había venido sosteniendo hasta hacia muy poco tiempo.

Por lo anterior, y como por otras razones se llega a la conclusión de que el artículo 12 de la ley 50 de 1886 tiene vigencia actualmente, es necesario llegar a la

solución que adoptó la sala, pero, en mi caso, tomando como jurisprudencia contrariada, la anterior Sección Segunda.

Con todo respeto.

Guillermo Chahin Lizcano.

Bogotá octubre 22 de 1.990

SUSTITUCION PENSIONAL/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Como la sentencia recurrida declara probada la prescripción sobre la base del error consistente en considerar que "la sustitución pensional" a que se refiere el artículo "20" de la ley 75 de 1925 era de un año y por lo tanto prescriptible, mientras que la demanda se fundamenta en el artículo 22 de la misma ley, artículo este último que si reconoce una pensión sobre la cual la jurisprudencia del 28 de mayo de 1960 afirma que es imprescriptible, salvo las mesadas causadas que sí quedan sometidas al término legal de prescripción; la Sala considera que efectivamente se presenta una contradicción entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia de la Sala de Negocios Generales, y como está de acuerdo con la jurisprudencia que se dice contrariada, concluye que se justifica la infirmación de la sentencia recurrida.

SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos

Para configurar el derecho de la actora, faltarían las pruebas de que no ha contraído nuevas nupcias, y de que tiene derecho exclusivo a la prestación, las cuales no aparecen en el expediente reconstruido. En tales condiciones no puede la Sala decretar la pensión solicitada, por lo cual deberá ordenarse la reconstrucción del expediente a efectos de completar el acervo probatorio.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. S-025. Actor : Isabel Ovalle viuda de Salcedo

La Sala Plena de la Corporación procede a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia que con fecha 11 de septiembre de 1985 profirió la Sección Segunda y que obra debidamente autenticada a folios 1 a 5 del expediente.

I. LA SENTENCIA SUPPLICADA Y SUS ANTECEDENTES

De acuerdo con la sentencia acusada, la actora sienta como hechos fundamentales de la acción intentada "la condición de cónyuge supérstite del Mayor del Ejército asimilado ABEL SALCEDO..., el tiempo de servicios prestados por el causante al Ejército Nacional, la inexistencia de otros beneficiarios legales, su estado de viudez y la circunstancia de que al fallecimiento de su cónyuge éste se hallaba disfrutando de una pensión de jubilación reconocida por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 6 de marzo de 1929 (fl. 13, Cuad. No. 3), todo lo cual le otorga derecho a la sustitución pensional a que hacen referencia las peticiones de la demanda".

La sentencia suplicada declara probado el silencio administrativo en que incurrió la administración a no dar respuesta oportuna a la solicitud de reconocimiento pensional formulada por la demandante con fecha 19 de noviembre de 1982 y probada la prescripción de la acción, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

"En el asunto *subjudice* el problema jurídico (...) radica en dictaminar si la demandante, en su condición de esposa legítima del Capitán asimilado ABEL SALCEDO DIAZ (...) tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación en cuantía equivalente al 95% del sueldo básico de un Mayor del Ejército, con inclusión de las primas de servicio, de actividad y 1/2 de la navidad, a partir del 19 de noviembre de 1978.

"En primer término, deberá declararse probado el silencio administrativo en que incurrió la Administración, por no haber recaído dentro del término legal correspondiente, providencia alguna respecto a la petición elevada por el apoderado de la demandante.

"La accionante fundamenta su petición anulatoria con base en lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 que dispone que las viudas de los militares que fallezcan en acción de guerra o en actos del servicio militar o por causa del mismo que tengan más de 20 años de servicio y menos de treinta, serán acreedoras a una pensión cuya cuantía será igual a la tercera parte del sueldo correspondiente al último grado del causante.

"Sin embargo, los argumentos que se expresan en el libelo de demanda no son de recibo, pues lo que aparece demostrado en autos es que la prestación reclamada en este juicio estaba prescrita para la fecha en que la actora formuló su demanda.

"En efecto, verificada la revisión del expediente se observa que el señor ABEL SALCEDO DIAZ falleció el 9 de junio de 1948 (fl. 2, C. No. 3) y que al morir había consolidado el derecho a su pensión de jubilación que le fue reconocida por la H.

Corte Suprema de Justicia (...) y por ende su viuda señora ISABEL OVALLE VIUDA DE SALCEDO debía sustituir al causante por un año, de conformidad con lo establecido por el artículo 20 de la ley 75 de 1975 (sic., se refiere a la ley 75 de 1925), pensión que disfrutó tal como lo acredita la Resolución No. 068 de 18 de enero de 1950 (...) expedida por el entonces Ministerio de Guerra, hoy de Defensa Nacional.

"Ahora bien, sabido es que conforme a reiterada jurisprudencia, se ha sostenido que la acción para reclamar pensión de jubilación es imprescriptible, por tratarse de un derecho vitalicio, que se causa día por día, de tal suerte que hasta el día de su muerte tiene el titular acción para su reclamo. Pero cuando tal evento se verifica, el fenómeno tiene características distintas.

"En efecto, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 20 de la Ley 75 de 1925, la sustitución pensional en la época a que se refiere este proceso era de un año y no vitalicia. Por consiguiente, dicho derecho era prescriptible como cualquier otro emanado de las leyes laborales.

"Así las cosas, resulta evidente que en el asunto sub-judice, no solamente prescribieron las mesadas pensionales, sino el derecho a la reclamación, pues ésta sólo podía hacerse hasta el 30 de enero de 1953 (...) Y como quiera que la demanda se formuló el 11 de agosto de 1983, es lógico inferir que para esa fecha ya se había operado la prescripción de la acción y de las mesadas.

"Recuérdese además, que esta Sección en forma reiterada ha sostenido que las normas aplicables para el reconocimiento de pensiones son las vigentes en el momento en que éstas se causan y como la situación laboral del militar ABEL SALCEDO se consolidó bajo la vigencia de la ley 75 de 1925, aquélla no puede modificarse cada vez que se expidan nuevos ordenamientos legales, como son la ley 41 de 1973 y los decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971 y 1305 de 1975 invocadas en el libelo".

II. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente concentra sus ataques contra la sentencia acusada con base en los siguientes puntos:

El grado del Militar Abel Salcedo no era el de Capitán, sino el de Mayor, conforme a la sentencia de la C.S. de J. que aportó al proceso. La prestación de que trata el artículo 20 de la ley 75 de 1925 "es una típica prestación unitaria" que no puede confundirse, como lo hace la sentencia suplicada con una prestación periódica como lo es la pensión; la prestación de tal artículo 20 es "un auxilio de defunción en favor de la viuda y sus hijos menores, pero jamás puede entenderse que tenga características de una verdadera pensión"; no es que los beneficiarios del art. 20 disfruten la pensión durante un año, como equivocadamente lo dice el fallo atacado; lo que acontece bajo las modalidades de dicha norma es que los beneficiarios recibían "...una cantidad igual al valor de la pensión que correspondía a un año".

El fallo no capta que la demanda la basó el actor en los artículos 22 de la ley 75 de 1.925 y 7o. del decreto 2036 de noviembre 16 de 1.931, "norma esta que debe entenderse como derogatoria del aludido artículo 20 de la ley 75 de 1.925" y agrega el recurrente: "es que, si el artículo 7o. ibidem expresa que a la muerte de un oficial que se encuentra en goce de sueldo de retiro, la viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias sólo podrá acogerse a los beneficios del artículo 22 de la ley 75 de 1.925, en sana hermenéutica jurídica debe entenderse que dichos beneficios no son otros que los pensionales, ya que de otra parte el Mayor ABEL SALCEDO **prestó más de 25 años de servicios**" (Subraya el demandante).

Además precisa destacar que la reiterada jurisprudencia "tanto de la sección II" del Consejo de Estado, como de la distinguida Sala de Negocios Generales "tiene establecido que las pensiones militares y las asignaciones o sueldos de retiro tienen idéntica naturaleza intrínseca, variando solamente el sujeto pasivo de la obligación, que en tratándose de las primeras es el presupuesto ordinario del Ministerio de Defensa y de los segundos la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares". El hecho de que a favor de la actora "se hubiere decretado una prestación unitaria o mejor una compensación por muerte mediante la resolución 0068 de 19 de enero de 1.950 del Ministerio de Guerra, en manera alguna enerva su derecho principalísimo cual es el de su pensión, consagrada por los artículos 22 de la ley 75 de 1.925 y 7o. del decreto 2036 de 1.931, y que por ninguna parte menciona en sus considerandos el fallo suplicado".

La compensación unitaria de que trata el artículo 20 de la ley 75/25 no puede entenderse como una verdadera sustitución pensional, "como para que se deduzca que con el hecho de haber recibido dicha compensación equivalente a un año, la viuda del Mayor Salcedo haya perdido o prescrito su derecho principalísimo de naturaleza vitalicia".

Por último el actor critica el fallo suplicado por estar "arrasando todo un historial jurisprudencial" respecto de la "imprescriptibilidad del derecho pensional para los beneficiarios de militares a que se refieren los artículos 22 de la ley 75 de 1.925 y 7o. del Decreto 2036/31", en tanto que "las mesadas pensionales anteriores a los cuatro años de hecha la solicitud ante la vía gubernativa" sí quedaban cobijadas por la prescripción.

III. LAS JURISPRUDENCIAS CONTRARIADAS

El Recurrente, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 11 de 1.975, que estableció el recurso extraordinario de súplica y que ordenaba que en el escrito en que se propusiera se indicara precisamente la "providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada", señaló las siguientes (V.fls. 6 a 10, memorial con constancia de presentación de fecha 30 de septiembre de 1985):

1.- Sentencia de esta Sala Plena de fecha 18 de febrero de 1981, Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortíz Amaya. Actor: María Isabel Carrillo Rodríguez, cuya copia obra a folios 93 a 97; y

2.- Fallo de la Sala de Negocios Generales de esta Corporación de fecha 28 de marzo de 1960, Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry, cuya copia aparece folios 98 a 103.

Tres días después de presentado el recurso (3 de octubre de 1985), el apoderado de la recurrente presentó un memorial de adición de la súplica, en el sentido de indicar, también como jurisprudencias que se reputan contrariadas, las siguientes (fl. 11):

3.- Sentencia de la Sala de Negocios Generales, de fecha julio 10. de 1961, Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry, Actor Carmen Salgado vda. de Olarte, publicada en los Anales del Consejo, Tomo LXIII, Nos. 392-396, págs. 800 a 804.

4.- Sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 28 de octubre de 1961, Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry. Actor: Adela Parra de Lineros, publicada en los Anales del Consejo, ib. id. págs. 265 a 270.

A pesar de que no existe certeza sobre el hecho de que el memorial de adición de la súplica haya sido presentado dentro del término de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia recurrida, como se exigía en la Ley 11 de 1975, por tratarse de un expediente reconstruido y en aras de una recta administración de justicia, la Sala presumirá que fue presentado en tiempo y tendrá en cuenta las sentencias indicadas en dicho memorial para efectos de resolver el recurso.

IV. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Como puede concluirse de la comparación entre el fallo recurrido y el recurso interpuesto, las objeciones planteadas por el suplicante pueden precisarse en los siguientes puntos:

a) Mientras la sentencia fundamenta su análisis en el art. 20 de la Ley 75 de 1925, para concluir que la sustitución pensional prevista en esa norma era de un año y no vitalicia, el recurrente alega que el fundamento de la demanda no era el art. 20 sino el art. 22 de la misma ley citada entre otras normas.

b) Como consecuencia de lo anterior, el fallo recurrido considera que el derecho emanado del art. 20 de la Ley 75 de 1925, por no ser vitalicio, era prescriptible como cualquier otro emanado de las leyes laborales y declara la prescripción por cuanto la demanda se formuló el 11 de agosto de 1983, mientras que la reclamación solo podía hacerse hasta el 30 de enero de 1953. Frente a lo anterior, el suplicante argumenta que como no se trataba de la "prestación unitaria" prevista en el art. 20 de la Ley 75 de 1925, sino de una pensión militar o sueldo de retiro consagrado en el art. 22 de la citada ley y de otras normas de carácter vitalicio, el derecho a la reclamación

era imprescriptible de acuerdo con la jurisprudencia, salvo en lo relacionado con las mesadas pensionales anteriores a los cuatro años respecto a la fecha de presentación de la solicitud ante la administración.

Procede la Sala, en consecuencia, a analizar si la sentencia recurrida contraría las jurisprudencias citadas por el suplicante, respecto de las objeciones planteadas, para lo cual hará el cotejo con cada una de ellas, en el orden citado por el recurrente y en la medida en que fuere necesario.

1.- Sentencia de la Sala Plena de 18 de febrero de 1981.

Con la lectura de esta jurisprudencia se constata fácilmente que el objeto de ella tiene que ver exclusivamente con las normas aplicables para la liquidación de pensiones, en el sentido de definir si dichas normas son las vigentes en el momento en que la pensión se cause o en el momento actual en que se efectúe la liquidación, para concluir que de acuerdo con la jurisprudencia más reciente del Consejo, la solución es la segunda de las planteadas.

Del cotejo respectivo puede concluirse que efectivamente la sentencia citada contraría el último párrafo de las consideraciones de la sentencia recurrida, en la cual se afirma que "esta Sección en forma reiterada ha sostenido que las normas aplicables para el reconocimiento de pensiones, son las vigentes en el momento en que estas se causan...". No obstante lo anterior, como la citada afirmación de la sentencia no tiene incidencia en la parte resolutive, que se limita a declarar probado un silencio administrativo y la prescripción de la acción, la contradicción que de allí resulta no tiene vocación para hacer procedente el recurso de súplica. En consecuencia no prospera el cargo.

2.- Sentencia de la Sala de Negocios Generales de fecha 28 de marzo de 1960.

Esta sentencia trata fundamentalmente de dos temas: de una parte, de la prescripción del derecho emanado del art. 22 de la Ley 75 de 1925 y, de otra, de las normas aplicables para la liquidación de este derecho.

Como ya se expresó y resulta del texto de la sentencia recurrida, esta no se refirió a la liquidación de ningún derecho, por la sencilla razón de que precisamente lo declaró prescrito.

Por lo anterior, el interés de la providencia citada tiene que ver con lo referente a la prescripción, sobre la cual expresa en sus apartes principales:

"El reconocimiento solicitado fue negado por el Ministerio de Guerra por medio de las Resoluciones 3941 del 12 de septiembre de 1958 y 0883 del 12 de marzo de 1959, esta última confirmatoria de la anterior, a lo largo de las cuales se argumenta que no obstante estar demostrado que el General Juan Francisco

Posada prestó servicios por un tiempo superior a los veinticinco años fijados para que sus herederos se considerarán con derecho al beneficio impetrado, sin embargo no se encuentra viable la petición, por cuanto que transcurrió un lapso mayor de 30 años entre el 8 de junio de 1926, fecha en que murió el causante, y el 28 de mayo de 1958, día en que fuera presentada la demanda respectiva, operándose así el fenómeno de la prescripción de la acción previsto por el artículo 2535 del Código Civil, en concordancia con la Ley 149 de 1986.

"...

"El señor Fiscal por su parte, al referirse a este punto y en particular a la Jurisprudencia de la Sala sobre la forma como prescriben los derechos inherentes a la jubilación, distingue así: Cuando la pensión beneficia directa y personalmente al oficial, o en general, al trabajador oficial, el estado de jubilado es imprescriptible y el fenómeno extintivo de la acción y el derecho solo se refiere a los créditos pensionales. Mas cuando tal pensión beneficia a los herederos, se está ciertamente frente a un derecho solo porque así lo consagra la Ley, pero en el fondo se trata de una gracia a las cuales no son aplicables los principios anteriores y para la cual corren normalmente los términos de la primera prescripción para el derecho mismo de suerte que vencidos aquellos sin que se hubiera hecho reclamación alguna, el Estado puede negar el reconocimiento como lo ha hecho en el caso presente, pues no existe, a su juicio diferencia alguna entre la prescripción del derecho mismo y la de los créditos en él originados.

"Si se repara cuidadosamente el texto del artículo 22 de la Ley 75 de 1925, y se busca su espíritu, resulta que la pensión que allí se concede a los herederos de los militares que cumplieren o hubieren cumplido, más de veinticinco años de servicios o que fallezcan en acción de guerra o en actos de servicio militar por causa del mismo, siempre que los causantes tengan más de veinte años de servicios y menos de treinta, es de la misma naturaleza de la que consagra el artículo 19 de la misma Ley para los militares que después de cierto tiempo de servicio podían recibir, en vida, una pensión del Tesoro. Lo que previó el artículo 22, y ello resulta de los requisitos condicionantes que en él se señalan, fue el hecho de que el militar falleciera, bien después de veinticinco años de servicios, por muerte natural, o de veinte en acción de guerra, sin que por eso mismo hubieran tenido oportunidad de disfrutar del derecho. Y por ello mismo, se traslada a sus herederos o beneficiarios del derecho que en otras circunstancias y normalmente dentro de otras previsiones correspondía al causante. De donde no resulta razonable la diferencia establecida por el señor Fiscal al considerar la pensión de los herederos como un simple acto de gracia, pues que lejos de ser tal, el Estado consagra para ellos a través de la Ley el mismo derecho aunque cuantitativamente disminuído que le hubiera correspondido a su causante. No resulta por consiguiente aceptable la diferencia de doctrinas señalada por la Fiscalía pues que siendo idéntica la naturaleza del derecho, y un principio general el de que donde hay la misma razón debe aplicarse la

misma disposición, la tesis que tiene sentada esta Sala sobre la prescripción de las acciones es aplicable por igual a ambos casos. El denominado "status" o estado de pensionado que el causante adquiere por el solo hecho de cumplir edad y tiempo de servicios, lo asume el causahabiente por el hecho de la muerte de aquel sin haber recibido pensión, y es por tanto tan imprescriptible en sí mismo como lo es para el primero, mientras norma expresa no disponga lo contrario.

"Corresponde ahora establecer el régimen de prescripción a que estaba sometido el derecho de la demandante, para saber si tanto el Ministerio de Guerra al negar, como el señor Fiscal del Consejo al impetrar el mantenimiento de los actos acusados, se encuentran asistidos por la razón y por el derecho.

"La primera hipótesis estudiada por el señor Fiscal se refiere a la aplicabilidad de la Ley 141 de 1896, para concluir, con todo acierto, que ella no es viable por cuanto que el derecho solicitado con fundamento en la Ley 75 de 1925 no había sido otorgado por aquélla Ley. En efecto ella no creó un régimen de pensión para los herederos de militares que no fueran héroes de la independencia, y es evidente que el señor Juan Francisco Posada no lo fue. Para los demás se estableció una recompensa unitaria, y ya se vió que no es ella la que se solicita ahora; por consiguiente el pretenseo derecho de la actora no podría estar sometido al régimen del artículo 44 de la Ley mencionada conforme al cual "el derecho a pensión por servicio posterior a la independencia prescribe veinte años después de cumplido el Término que dió derecho a la pensión".

"En cuanto a la aplicación de la Ley 116 de 1928, cuyo artículo 2o. dispone que "El derecho a solicitar pensiones prescribe a los treinta años", ya esta Sala ha tenido oportunidades varias de sentar su criterio sobre el alcance de la norma, para afirmar, que siendo imprescriptible el derecho al reconocimiento de la pensión, no puede ser enervado por lo que se dispuso en este artículo, ya que, en cualquier momento de la vida del pensionado, o de los herederos de este en caso como el que se estudia, pueden formular legalmente su solicitud. Pero si de la prescripción de los créditos se trata, ha dicho también, como lo anota el señor Fiscal que el precepto comentado sufrió sucesivas modificaciones hasta llegar, en la actualidad, a lo que se dispone por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, conforme a cuyos términos las acciones que nacen con las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que el respectivo derecho se hizo exigible".

Para la Sala es perfectamente claro que el derecho reclamado por la actora se fundamenta en el art. 22 de la Ley 75 de 1925, en concordancia con otras normas, como el art. 7o. del Decreto 2036 de 1931, los arts. 48 y 50 de la Ley 2a. de 1945 y 15 y 16 de la Ley 82 de 1947, entre las cuales no se encuentra el art. 20 de la citada Ley 75, como resulta de la demanda, especialmente del punto c) **Vocación Pensional de la Beneficiaria y Cuantía Pensional** (fls. 18 a 23 del expediente reconstruído) y como fue reconocido en la sentencia recurrida en una de sus consideraciones, que expresa:

"La accionante fundamenta su petición anulatoria con base en lo preceptuado en el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 que dispone..."

Lo que sucedió fue que la Sección Segunda incurrió en evidente confusión, por cuanto, después de partir de la base ya indicada en el sentido de que la demanda se fundamentaba en el art. 22 de la Ley 75 de 1925, para analizar la prescripción y declararla se basó en el art. 20 de la misma Ley, como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia:

"... y por ende su viuda señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo debía sustituir al causante por un año, **de conformidad con la establecido por el artículo 20 de la Ley 75 de 1975 (sic)...**".

"En efecto, **de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 20 de la Ley 75 de 1925** la sustitución pensional en la época a que se refiere este proceso era de un año y no vitalicia. Por consiguiente, dicho derecho era prescriptible como cualquier otro emanado de las leyes laborales" (Subrayas de la Sala).

Para mayor claridad, se transcriben a continuación los citados arts. 20 y 22 de la Ley 75 de 1925, a fin de constatar que se refieren a dos figuras completamente diferentes:

"*Artículo 20.* Cuando muriere un pensionado militar, del Tesoro Nacional se pagará a la viuda y a sus hijos menores una cantidad igual al valor de la pensión durante un año".

"*Artículo 22.* Los herederos de los militares que cumplieren o hubieren cumplido más de veinticinco años de servicio y los herederos de los militares que fallezcan en acción de guerra o en actos de servicio militar o por causa del mismo, cuando los causantes tengan más de veinte años de servicio y menos de treinta, tendrán derecho a una pensión cuya cuantía será igual a la tercera parte del sueldo correspondiente al último grado militar del causante, en el orden siguiente:

"a) La viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias.

"b) El grupo de hijos menores y de las hijas célibes, dividido, entre todos a prorrata".

Como puede verse, la primera norma consagraba un auxilio que se liquidaba con base en la pensión, pero no era una pensión sino una "prestación unitaria", como la califica el recurrente, o una especie de auxilio de defunción, el cual de otra parte, fue reconocido a la demandante mediante Resolución No. 0068 de 18 de enero de 1950, como se menciona en la sentencia recurrida y lo reconoce el mismo suplicante en el punto 1.5 de su escrito de recurso (fl. 8).

En cambio, el derecho consagrado en el art. 22 sí es una típica prestación periódica equivalente a una pensión.

En consecuencia, como la sentencia recurrida declara probada la prescripción sobre la base del error consistente en considerar que "la sustitución pensional" a que se refiere el art. "20" de la Ley 75 de 1925 era de un año y por lo tanto prescriptible, mientras que la demanda se fundamenta en el art. 22 de la misma ley, artículo este último que sí reconoce una pensión sobre la cual la jurisprudencia del 28 de mayo de 1960 afirma que es imprescriptible, salvo las mesadas causadas que sí quedan sometidas al término legal de prescripción, la Sala considera que efectivamente se presenta una contradicción entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia de la Sala de Negocios Generales, y como está de acuerdo con la jurisprudencia que se dice contrariada, concluye que se justifica la infirmación de la sentencia recurrida.

Vale la pena aclarar, además, que si bien del texto del art. 22 de la Ley 75 de 1925 podría surgir la duda de si el derecho allí consagrado era solo para los militares que fallecieron en servicio activo y no para quienes murieron en calidad de pensionados, esta duda fue resuelta por la misma ley y por la jurisprudencia de esta Sala, así:

De una parte, el art. 7o. del Decreto 2036 de 1931, citado por la demandante, expresó: "A la muerte de un oficial que se encuentre en goce de sueldo de retiro, la viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias... solo podrán acogerse a los beneficios determinados en el art. 22 de la Ley 75 de 1925...".

De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala Plena, en sentencia del 16 de febrero de 1979, Ponente: doctor Jorge Dávila Hernández, Exp. No. 10300, Actor: Filomena Fernández vda. de Orejuela, dijo sobre particular:

"En virtud de esta disposición (del art. 22 de la Ley 75 de 1925), se dispuso no sólo que los herederos de los militares que fallecieron en acción de guerra o en los actos militares y que tuvieran más de 20 años de servicio y menos de 30 sino también que los herederos de los militares que cumplieren O HUBIEREN CUMPLIDO MAS DE VEINTICINCO AÑOS DE SERVICIO, tendrían derecho a pensión, estuvieren o no retirados.

"Dados los términos de la ley, se debe entender que allí quedan comprendidos pues la ley no distinguió para excluirlos, los herederos de los militares que hubieren dejado ya el servicio activo, de acuerdo con el bien conocido principio de hermenéutica jurídica, según el cual, donde la Ley no distinguió, no le es lícito al intérprete hacer distinciones.

"...

"Las sentencias invocadas por el apoderado de la actora se refieren a "la pensión del militar fallecido" (fallos del 3 de diciembre de 1966 y del 7 de junio

de 1974), sin distinguir, de conformidad con la Ley 75 de 1925, el caso de militares retirados, para privar de la pensión a sus herederos, como lo hace la sentencia suplicada".

En relación con las otras dos sentencias aducidas por el recurrente como violadas, basta con hacer notar por parte de la Sala que la de fecha 10. de julio de 1961 reitera la jurisprudencia en materia de prescripción contenida en la de 28 de marzo de 1960, analizada anteriormente. Por su parte, la de 28 de octubre de 1961 solo tiene una mención al problema planteado en este recurso, consistente en que "los créditos que se causaron antes del trienio cumplido con la petición al Gobierno se encuentran prescritos conforme a la tesis reiterada en esta Sala". Por lo anterior, y por el hecho de que la Sala considera procedente el recurso de súplica por la contrariedad presentada respecto de la sentencia del 28 de marzo de 1960, no es necesario hacer un análisis más detallado de las dos jurisprudencias adicionales citadas por el recurrente.

Procediendo, como procede, la infirmación de la sentencia, sería necesario entrar a reemplazar el fallo de instancia pronunciado por la Sección Segunda.

Al respecto, la Sala encuentra que teniendo en consideración la fecha de fallecimiento del señor Abel Salcedo (9 de junio de 1948), el derecho a la pensión que pueda tener la demandante no resultaría propiamente del art. 22 de la Ley 75 de 1925, sino de los arts. 48 a 50 de la Ley 2a. de 1945 y del art. 16 de la Ley 82 de 1947, que también fueron citados en la demanda como fundamentos de la misma (V.fls. 14 y ss.).

De acuerdo con las anteriores normas para tener derecho a la prestación que allí se consagra se requiere :

1o.- Que el militar fallezca en goce de sueldo de retiro;

2o.- Que el peticionario sea el cónyuge, hijo legítimo o natural, padre legítimo o natural, hermano menor o hermana célibe, con la vocación de beneficiarios establecida en el art. 48 de la Ley 2a. de 1.945;

3o.- Que si se trata de la viuda no haya contraído nuevas nupcias;

4o.- Para que la prestación corresponda en su integridad a la viuda se requiere que no hubiere hijos o, si los hubiere, que las hijas hayan dejado de ser célibes y que los hijos no sean menores ni estudiantes universitarios ni inválidos físicos permanentes para el trabajo.

En relación con los anteriores requisitos, en el presente proceso se encuentran las siguientes afirmaciones en copia auténtica del escrito de alegato de conclusión presentado por el apoderado judicial de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional,

que aparece a folios 66 a 68 del expediente reconstruido, con fecha de recibo en la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 17 de mayo de 1984:

1.- Que "el señor Abel Salcedo Díaz prestó servicios en las Bandas de Música del Ejército durante 15 años, 1 mes y 10 días hasta el 28 de febrero de 1913, siendo asimilado en el grado de Capitán y Sargento Mayor como consta en la hoja de servicios que figura dentro de los antecedentes administrativos, legajo No. 12094.

Que "en virtud de lo dispuesto por el Decreto No. 203 de 1913, los miembros de las Bandas de Música del Ejército pasaron a depender del Ministerio de Instrucción Pública a partir del 1o. de marzo de ese año. A su vez, la Ley 102 de 1927 determinó en su artículo 13, que a este personal se le computará el tiempo de servicio prestado en la banda respectiva bajo la dependencia del Ministerio de Instrucción Pública y se le sumara con el tiempo de servicio prestado como miembros de las Bandas de Música del Ejército. Así el señor Salcedo Díaz acredita un tiempo de servicio de 29 años, 11 meses y 20 días, como se lee en la copia de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de 6 de marzo de 1929, por medio de la cual decretó a favor de aquel una pensión mensual vitalicia de \$151.80".

2.- Que el señor Salcedo Díaz falleció el 9 de junio de 1948.

3.- Que en escrito de 19 de noviembre de 1982, "de agotamiento de la vía gubernativa", la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo solicitó el reconocimiento de una pensión, con base en el artículo 22 de la Ley 75 de 1925, que es el objeto de este proceso.

4.- Que la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo fue reconocida por el Ministerio de Defensa como viuda del señor Abel Salcedo Díaz, ya que mediante Resolución 0068 de 18 de enero de 1950 le ordenó reconocer y pagar la suma de \$1.821.60, valor correspondiente a un año de pensión militar que disfrutaba su cónyuge, en cumplimiento del art. 20 de la Ley 75 de 1925.

Las anteriores afirmaciones podrían tenerse como prueba de confesión de la parte demandada si no fuere porque el art. 199 del C. de P.C. prescribe que "no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos".

No obstante lo anterior, de la copia de la sentencia de única instancia que aparece a folios 1 a 5 del expediente y que fue reconocida como auténtica por auto del 23 de octubre de 1987, pueden extraerse las siguientes afirmaciones sobre hechos que esta Sala Plena considera probados por la circunstancia de que la Sección Segunda expresamente manifiesta que resultan de la "revisión del expediente" y cita, inclusive, los folios en que aparecían las pruebas correspondientes;

a) Que "el señor Abel Salcedo Díaz falleció el 9 de junio de 1948 (fl. 2, C. No. 3)".

b) "Que al morir había consolidado el derecho a su pensión de jubilación que le fue reconocida por la H. Corte Suprema de Justicia (fls. 28 y 29 ibidem)".

c) Que la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo es la viuda del señor Abel Salcedo Díaz, ya que a ese título le fue reconocida la prestación establecida en el art. 20 de la Ley 75 de 1925 "tal como lo acredita la Resolución No. 0068 de 18 de enero de 1950 (fl. 11, ibidem) expedida por el entonces Ministerio de Guerra, hoy de Defensa Nacional".

d) Se declara probado "el silencio administrativo en que incurrió la Administración, por no haber recaído dentro del término legal correspondiente, providencia alguna respecto a la petición elevada por el apoderado de la demandante (fls. 7-27)", y en la parte resolutive se agrega que el silencio administrativo se declara probado "con fecha 19 de noviembre de 1982.,

En las anteriores circunstancias, para configurar el derecho de la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo, faltarían las pruebas de que no ha contraído nuevas nupcias, y de que tiene derecho exclusivo a la prestación, las cuales no aparecen en el expediente reconstruído.

En las anteriores condiciones de insuficiencia probatoria, debida lamentablemente a la destrucción del expediente acaecida en los luctuosos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, no es posible para la Sala decretar la pensión solicitada en el numeral 1.2 del petitum de la demanda, por lo cual deberá ordenarse la reconstrucción del expediente a efectos de completar el acervo probatorio en cumplimiento del art. 60., en concordancia con el art. 4o. del decreto 3825 de 1985.

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,

RESUELVE :

Primero. INFIRMASE la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación el 11 de septiembre de 1985, dentro del expediente No. 9681, Actora: Isabel Ovalle viuda de Salcedo, por las razones expresadas en la parte motiva.

Segundo. Ordenáse la reconstrucción del proceso para los efectos probatorios indicados en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha diecisiete de octubre de mil novecientos noventa.

Consuelo Sarria Olcos, Vicepresidenta; Jaime Abella Zarate, Ausente; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Betancur Jaramillo, Jose Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Miguel Gonzalez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutierrez Velasquez, Carmelo Martinez Conn, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simon Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia citada como contrariada establece que las personas anteriormente vinculadas al ISS por contrato de trabajo ingresarían a la planta de personal nueva, pero teniendo en cuenta las condiciones para el ingreso. Y no que necesaria y automáticamente se incorporaran a la Carrera de Seguridad Social, a la cual se accede previo el cumplimiento de trámite y de requisitos específicos. Por el contrario, la sentencia suplicada dispone que "todo parece apuntar" que las mismas personas a que se refiere la sentencia anterior, fueron designadas como funcionarios de Seguridad Social en cargos de carrera, expresiones que de suyo implican una abierta y manifiesta contradicción.

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

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. S-147. Actor: Isidro José Castilla Navarro.

El Instituto de Seguros Sociales, por apoderado judicial, interpone recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de marzo 13 de 1990, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, por la cual se declaró la nulidad de la Resolución 5781 de 1982 (diciembre 16), expedida por el Instituto de Seguros Sociales, en relación con la insubsistencia del nombramiento del doctor Isidoro José Castilla Navarro, como Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas, clase III, grado 32 de la Seccional del Atlántico, "por haber acogido dicha sentencia, sin la previa aprobación de la Sala Plena, doctrina contraria a la jurisprudencia de esa H. Corporación".

I. EL RECURSO DE SUPLICA

El recurrente presenta sus argumentos en relación con el recurso que intenta, en los siguientes términos:

1. Consideraciones de la sentencia recurrida:

1o. El Decreto Ley 1651 de 1977 distingue en los cargos administrativos de la entidad, los de libre nombramiento y remoción; los funcionarios de seguridad social; y los trabajadores oficiales.

2o. Los de seguridad social se subclasifican en cargos discrecionales y de carrera.

3o. En relación con la carrera especial de la seguridad social, el Decreto-ley 1651 de 1977 solo rige para quienes llegaron al servicio bajo su vigencia; los antiguos trabajadores se someten a lo dispuesto por el artículo 134 del Decreto 1651 de 1977 y 35 de 1652, del mismo año.

4o. Mediante tales decretos, el legislador extraordinario incorporó casi (sic) masiva y automáticamente personas que venían vinculadas al Instituto por contrato de trabajo.

5o. El artículo 6° del Decreto-ley 1651 de 1977 dispone el ingreso al servicio por nombramiento ordinario, si se trata de cargo discrecional; y por nombramiento en período de prueba si es de carrera de seguridad social.

6o. El fallo hace la consideración de que la concordancia de los preceptos legales mencionados lleva a la conclusión de "que quienes antes estaban vinculados al ICSS mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social en cargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados en período de prueba (la subraya no es de la Sala), o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes..."

7o. El período de prueba es de seis (6) meses, al cabo de los cuales se debe producir el retiro ó la inscripción en la carrera. Si no es retirado se entiende calificado satisfactoriamente y procederse a la inscripción.

8o. No era procedente la declaración de insubsistencia del nombramiento porque si bien el interesado no estaba formalmente inscrito en la carrera, estaba en situación de privilegio ante la omisión de la entidad nominadora.

2. Jurisprudencia Contrariada

En la sentencia de la Sala Plena, de 24 de agosto de 1989, el Consejo sentó la jurisprudencia de que los empleados antiguos del Instituto se incorporaran a la nueva

planta de personal, menos los trabajadores oficiales que el Decreto 1651 de 1977 contempla. Quienes se incorporan a cargos de carrera, entran en período de prueba. No se puede ingresar a la carrera sin concurso ni período de prueba.

El Decreto 413 de 1980 contiene normas transitorias que eliminan las situaciones previstas en el Decreto-ley 1651 de 1977, y según el cual el nombramiento en un cargo de carrera implica automática posibilidad de ser inscrito. El reglamento establece, por el contrario, que quienes estaban vinculados por contrato de trabajo quedarían en la nueva planta de personal, con las exigencias que establece, pero no a la carrera de seguridad social. La calidad de funcionario de carrera de seguridad social implica al concurso y el período de prueba.

Al cotejar las dos sentencias en referencia se observa que el Consejero Ponente de la sentencia recurrida fue quien salvó su voto en la sentencia origen de la jurisprudencia desconocida por aquélla. El recurrente sintetiza su concepto en los siguientes términos:

"Y obviamente, si un salvamento de voto se erige en doctrina, esta necesariamente resulta contraria a la jurisprudencia contenida en la sentencia con respecto a la cual se había salvado el voto".

Concluye afirmando el recurrente que por tales contradicciones se debe afirmar el fallo suplicado para, en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Dentro de la técnica del recurso extraordinario de súplica, se establece que su prosperidad se condiciona a la ocurrencia de tres requisitos concurrentes y necesarios:

- a) Contrariedad de una jurisprudencia acogida por la Sala Plena.
- b) Verificación de la contrariedad por parte de la misma.
- c) Revocación de la sentencia recurrida, por hallarse viables los argumentos del recurrente.

B. En relación con el régimen del recurso extraordinario de súplica se tiene que, el artículo 130 del C.C.A. lo establece respecto de la sentencia proferida por una sección, sin la aprobación previa de la Sala Plena, en que se acoge doctrina contraria a una jurisprudencia de aquélla.

C. Cotejo decisorio.

Siendo el enfrentamiento decisorio factor esencial de la prosperidad o examen del recurso, procede la Sala a llevar a cabo una comparación, en doble columna de los elementos argumentativos y decisorios de las sentencias involucradas:

Jurisprudencia que se dice contrariada.

"Lo que el Decreto-ley reglamentado señala sin ambigüedad es que aquellas personas anteriormente vinculadas por contrato de trabajo ingresarían a la planta de personal nueva, lógicamente en los términos y con las modalidades que la misma disposición establece. En parte alguna señala que habrían de ingresar a la carrera de seguridad social, pues tal cosa implicaría requisitos y trámites allí mismo previstos con toda claridad".

(Consejo de Estado, Sala Plena; proceso A-049; sentencia, agosto 24 de 1989; Consejero Ponente: doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar).

Sentencia recurrida.

"Al armonizar lo indicado en los arts. 134 y 135 de los decretos 1651 y 1652 de 1977, en su orden, con el art. 6o. de aquél, todo parece apuntar a entender que quienes antes estaban vinculados al ICSS mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social encargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados **en período de prueba** (subraya en el texto original), o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o (sic) etapas previas del registro de aspirantes y del concurso de que habla el artículo 109 del Decreto 1651, sino que se repite, una vez nombrados y posesionados, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social".

(Consejo de Estado, Sección Segunda; sentencia, marzo 13 de 1990; proceso 1799, Consejero Ponente, doctor Alvaro Lecompte Luna. Actor: Isidoro José Castilla Navarro).

Contejados los textos anteriores, se tienen las siguientes consecuencias:

1o. La sentencia del 24 de agosto de 1989, procede de la Sala Plena de la Corporación.

2o. La sentencia del 13 de marzo de 1990 es de la Sección Segunda, y posterior a aquélla.

3o. En síntesis, la primera establece que las personas anteriormente vinculadas por contrato de trabajo ingresarían a la planta de personal nueva, pero teniendo en cuenta las condiciones para el ingreso. Y no que necesaria y automáticamente se incorporan a la Carrera de Seguridad Social, a la cual se accede previo cumplimiento de trámite y de requisitos específicos.

Por el contrario, la sentencia suplicada dispone que "*todo parece apuntar*" que las mismas personas a que se refiere la sentencia anterior, *fueron designados como funcionarios de seguridad social en cargos de carrera*, expresiones que de suyo implican una abierta y manifiesta contradicción.

4o. Son condiciones de la prosperidad del recurso extraordinario de súplica la mera contradicción jurisprudencial entre la sentencia de Sección y la de Sala Plena, por lo que lo anterior se estima suficiente para la decisión que se habrá de adoptar.

Agrega la Sala que la tesis que se esgrime en su sentencia de 24 de agosto de 1989 ha sido reiterada en posteriores fallos así: Sentencia del 24 de marzo de 1990 (Proceso No. A-61, Actor: José Ismael León León) y 11 de septiembre de 1990 (Proceso No. A.053. Actor: Manuel Fuentes Galindo).

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

FALLA:

ANULASE la sentencia, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el día 13 de marzo de 1990, dentro del proceso instaurado por el actor Isidoro José Castilla Navarro contra la Resolución 5781 de 1982 (16 de diciembre), proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales y mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento hecho al actor como Jefe de Sección de Tesorería y Cobranzas, Tesorero Clase III, Grado 32, de la Seccional de Atlántico. Y en su lugar se deniegan las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión del día 23 de octubre de mil novecientos noventa (1990), según Acta No.

Simon Rodríguez Rodríguez, Jaime Abella Zarate, Ausente; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; José Joaquín Camacho Pardo, Ausente; Guillermo Chahin Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Se retiró; Miguel Gonzalez Rodríguez. Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutierrez Velasquez, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Ausente; Jorge Pénen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Ausente; Julio Cesar Uribe Acosta, Libardo Rodríguez Rodríguez, Diego Younes Moreno, Se retiró; Rodrigo Vieira Puerta.

Nubia Gonzalez Cerón, Secretaria General

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica/ JURISPRUDENCIA
- Concepto/ SUSPENSION PROVISIONAL

La Jurisprudencia de la Corporación por regla general está contenida en sentencias. Ciertas providencias interlocutorias también la pueden consagrar, en especial cuando tienen alcance definitivo. En el proceso Contencioso Administrativo se da un auto cuya decisión no obliga en definitiva al sentenciador y es el auto de suspensión provisional. En el caso de autos el recurso no podrá prosperar, no sólo porque el auto que no decretó la suspensión provisional no consagró jurisprudencia alguna sobre la legalidad de fondo del acto demandado (no existe tal jurisprudencia en un estudio preliminar *prima facie*), sino porque lo allí resuelto no obligaba a la Sala para la sentencia, tal como sucedió en la práctica, ya que pese a lo decidido inicialmente se anuló la norma sobre la cual sólo se había hecho un estudio meramente cautelar o provisorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E. Noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. S-135. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones.

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia del 25 de septiembre de 1.989 dictada por la Sección IV de esta Corporación, mediante la cual se dispuso:

"Déclarase nulo el segundo inciso del artículo 1° del Decreto Reglamentario 3070 de 1.983 (noviembre 3) que dice:

"El gravámen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción".

El municipio de Yumbo interpuso el aludido recurso por estar la sentencia su- plicada en "franca contradicción con la jurisprudencia sentada por la misma sección de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado cuando decidió el re- curso de súplica interpuesto contra el proveído de septiembre 6 de 1.985 en relación con la suspensión provisional del inciso 2° del artículo 1° del decreto reglamentario 3070 de 1.983, allí concedido; providencia fechada junio 26 de 1.987, Consejero Ponente: Dr. HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE, haciendo Sala con la Consejera Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS y el Consejero Dr. CARMELO MARTINEZ CONN, quienes se pronunciaron revocando el auto de Septiembre 6 de 1.985 en su numeral 2°, por cuanto había ordenado la suspensión provisional de la norma atacada, levantando de esa manera la medida previa que pesaba sobre la mis- ma y argumentando su legalidad".

Para resolver, se considera:

El recurso extraordinario de súplica, como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada la Sala Plena, parte del supuesto de que la sentencia o el auto interlocutorio dictados por una de las Secciones de la Sala Contenciosa de la Corporación (excep- ción hecha de la 5a.) acoja doctrina contraria o alguna jurisprudencia consagrada por aquélla o por la antigua Sala Contenciosa de la Corporación o de Asuntos Generales de la misma.

El enfoque de lo que se entiende por jurisprudencia para efecto del recurso extraordinario de súplica se ha mantenido uniforme desde la sentencia de 25 de mar- zo de 1.981, de la cual fué ponente el señor Consejero Carmelo Martínez Conn (Ac- tor: Dionisio Ariza). Uniformidad que se ha venido cuestionando últimamente por que, se dice, la jurisprudencia de la Corporación también tiene origen en las distintas secciones, máxime cuando éstas, por mandato legal, se encuentran especializadas por materias.

Estima la Sala que no es ésta la oportunidad para replantear la tesis, porque en el caso *subjudice* no se está enfrentando siquiera la sentencia de la Sección IV con una sentencia de la misma Sección o de otra de las Secciones de la Sala Contenciosa.

Aquí el caso es más extremo y particular. Afirma el recurrente que la sentencia de 25 de septiembre de 1.989 desconoce la jurisprudencia consagrada en el auto de 26 de junio de 1.987, dictado dentro del mismo proceso, por medio del cual se revo- có el de 6 de septiembre de 1.985 que había decretado la suspensión provisional de la norma impugnada, que a la letra dice:

"El gravámen sobre la actividad industrial se pagará en el Municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de la producción".

Enunciado lo precedente, se anota:

La jurisprudencia de la Corporación, por regla general, está contenida en las sentencias. En éstas se resuelven expresa y definitivamente los asuntos e implícitamente se acepta la validez de las decisiones intermedias que se toman a lo largo del proceso (autos de trámite o interlocutorios). Se dice que por regla general la jurisprudencia está contenida en las sentencias, porque ciertas providencias interlocutorias también la pueden consagrar, en especial cuando tienen alcance definitivo, bien porque resuelvan aspectos del proceso de previo pronunciamiento, como son ordinariamente las que desatan los incidentes, o bien porque le ponen término al proceso en forma anormal, como serían los autos que aceptan un desistimiento, un allanamiento, una transacción etc.

Pero al lado de esos autos existen otros que no atan al juez para lo definitivo, tal como sería el de admisión de la demanda, el que decreta unas pruebas, el que reconoce una personería, acepta una tercería etc. etc. porque en esos eventos y en otros que podrían enunciarse, el juzgador puede en la sentencia tomar una decisión diferente frente a ellos, como sería la de declarar una inepta demanda, una caducidad, no valorar ciertas pruebas por considerarlas inconducentes o declarar la falta de legitimación en la causa de la parte o el tercero. En estos ejemplos la decisión definitiva es la que cuenta y la que realmente puede sentar un hito jurisprudencial.

En el proceso contencioso administrativo se da un auto que tiene estas notas; vale decir, que su decisión no obliga en definitiva al sentenciador y es el auto de suspensión provisional, en el cual el juzgador hace una calificación de infracción preliminar o de primer intento entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, que en ninguna forma lo obliga cuando va a dictar la sentencia. Por eso se observa con frecuencia que en ésta no se anule el acto impugnado pese a que en el admisorio de la demanda se haya declarado la suspensión provisional del mismo o que en el fallo se anule, cuando inicialmente no se había suspendido en sus efectos.

Se entiende esto porque el auto de suspensión provisional no define el fondo de la controversia de legalidad plantada en la demanda, sino que sólo hace un diagnóstico preventivo, casi con una confrontación textual entre el acto infractor y el ordenamiento que le sirve de apoyo o fundamento.

Aplicando estas ideas al caso controvertido hay que concluir que el recurso no podrá prosperar, no sólo porque el auto de 26 de junio de 1.987, que no decretó la suspensión provisional del inciso 2° del artículo 1° del decreto reglamentario #3070 de 1.983, no consagró jurisprudencia alguna sobre la legalidad de fondo del acto demandado (no existe tal jurisprudencia en un estudio preliminar *prima facie*), sino porque lo allí resuelto no obligaba a la Sala para la sentencia, tal como sucedió en la práctica, ya que pese a lo decidido inicialmente se anuló el aludido inciso sobre el cual sólo se había hecho un estudio meramente cautelar o provisorio. Sobra afirmar que si el auto de suspensión no obligaba al fallador de la instancia, cómo podía constituirse en jurisprudencia para ser respetada en el futuro?

Comparte así la sala lo expuesto por los demandantes en su alegato de impugnación al recurso, cuando afirman:

"Tal como puede verse en la disposición transcrita, en el mismo escrito en que interpone el recurso de súplica contra la sentencia por variación de jurisprudencia, debe indicarse la providencia en la cual está consagrada la doctrina judicial que se contraría, sin lo cual obviamente resulta improcedente el escrito de interposición del recurso. En el caso presente, el recurrente cita como jurisprudencia contrariada el contenido del auto dictado dentro del mismo proceso en el cual se profirió la sentencia, por medio de la cual se revocó la suspensión provisional de la norma acusada, con fundamento en que no resultaba "prima facie" opuesta a la norma superior indicada como violada. Resulta a todas luces evidente que dentro de un mismo proceso la sentencia, que tiene por objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, puede contradecir el auto interlocutorio que revoca la suspensión provisional, ya que éste no tiene por objeto un pronunciamiento de fondo y definitivo, sino simplemente la adopción en una medida temporal, cuando no aparece una evidente contradicción entre la norma acusada y la norma superior, conforme al juicio del funcionario fallador. Si una sentencia no pudiera ser contraria al auto interlocutorio, dictado dentro del mismo proceso y por medio del cual se revoca la suspensión provisional, el juicio correspondiente deberá terminar con el mencionado auto interlocutorio, pues sobraría en absoluto el pronunciamiento contenido en la sentencia.

"La doctrina de los procesalistas ha establecido muy claramente cuál es la característica esencial de las sentencias y de los autos dentro del juicio:

"La sentencia por regla general falla **sobre el fondo** pone fin de las relación jurídico-procesal, es ley del proceso, por cuyo motivo no puede modificarla el mismo funcionario por medio de una nueva resolución. Los autos interlocutorios no ponen término a la instancia, sino excepcionalmente, esto es, que durante el curso del proceso pueden resolver alguna cuestión vital para el proceso mismo, pero **el objeto de ellos propiamente nunca es de decidir el fondo de la controversia**: por tanto es posible que lo reponga el juez que los dicta." (Curso de Derecho Procesal Civil Hernando Morales Editorial A.B.C. Bogotá 1.973 pag. 483 y 484)."

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 se infirma la sentencia suplicada de 25 de septiembre de 1.989, dictada por la Sección IV de la Corporación.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 27 de Noviembre de 1.990

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Gustavo Arrieta P., Joaquín Barreto Ruiz, Joaquín Camacho Pardo, Clara Forero de Castro, Miguel Gonzalez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutierrez Velasquez, Alvaro Lecompe Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes Moreno, Carlos Ramirez Arcila, Simon Rodriguez Rodríguez.

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica

El recurso no está llamado a prosperar porque la sentencia que se dice contiene la jurisprudencia contrariada por el fallo recurrido no fue dictada ni por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación ni por una de las antiguas salas de negocios generales o contencioso administrativa de la Corporación, sino por la Sección Segunda de aquella. La jurisprudencia cuya interpretación adoptada por la antigua sala de negocios generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

Consejo de Estado.- Sala Plena.- Bogotá D.E. Noviembre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

Ponente : *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

DECISION : No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

RADICACION : S-052,

Procede la sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 7 de julio de 1988 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación, mediante la cual se revocó la de 9 de septiembre de 1983 del tribunal administrativo de Cundinamarca.

Disponía este último fallo:

"1.- Declárese nula la resolución No. 00462 de 1° de Febrero de 1980 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento provisional del señor Alfredo Enrique Márquez de León, en el cargo de Auditor 3030 Grado 05 de la Sección de Auditoría Externa de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"2.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, procederá a reintegrar al señor ALFREDO ENRIQUE MARQUEZ DE LEON, con c.c. No. 1.635.411 de Santa Marta, al cargo que desempeñaba o en otro de igual o superior categoría y remuneración.

"3.- La Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público procederá a reconocer y pagar a ALFREDO ENRIQUE MARQUEZ DE LEON, la totalidad de los sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones causadas y dejadas de percibir, desde que surtió sus efectos legales el acto que se anula, hasta la fecha en que fuere reintegrado.

"4.- Declárase que no hubo solución de continuidad entre la fecha del retiro hasta aquélla en que fuere reintegrado el actor para los efectos legales.

"5.- Declárase inhibido el Tribunal para decidir sobre la pretensión tercera de la demanda.

"6.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"7.- Se dará cumplimiento al presente fallo dentro del término legal del artículo 121 del C.C.A."

En su lugar, dispuso la sentencia recurrida:

"Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1983, dentro del proceso instaurado por el señor Alfredo Enrique Márquez de León.

"En su lugar, niéganse las súplicas 1a., 2a., 4a., 5a y 6a de la demanda.

"Declárase inhibida la Sala para pronunciarse sobre la petición 3a. de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

"Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal".

Dentro de la oportunidad legal la parte actora interpuso el recurso de súplica de la ley 11 de 1975, "ya que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, la sentencia suplicada acoge doctrina contraria ala jurisprudencia que consta en la sentencia de febrero 4 de 1978 de la Sala de lo Contencioso Administrativo proferida dentro del proceso #2336 (actor: Gloria C. de Mandonet; Consejero Ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada).

Para resolver, se considera:

El recurso no está llamado a prosperar porque la sentencia que se dice contiene la jurisprudencia contrariada por el fallo recurrido no fue dictada ni por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (ley 50 de 1967) ni por una de las antiguas salas de negocios generales o contencioso administrativa de la Corporación, sino por la Sección Segunda de aquélla.

Desde la sentencia de Sala Plena, de 25 de marzo de 1981 (actor: Dionisio Ariza) y de la cual fue ponente el señor Consejero Martínez Conn, el pensamiento de la Corporación ha sido unánime y reiterado en exigir "que la jurisprudencia cuya contradicción genera el recurso de súplica no es otra que la interpretación adoptada por la antigua sala de negocios generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico, a petición de una de las secciones, o por decisión propia, procedimiento lógico y acorde con la ley, que así ofrece seguridad a la ciudadanía en general y a los litigantes en particular en cuanto a la estabilidad de sus decisiones sin obstaculizar el avance de la jurisprudencia en forma ordenada, para ponerla a tono con los necesarios e inevitables cambios sociales".

En sentencia de Sala Plena de agosto 31 de 1988 se reestudió el punto y se dijo:

"El recurso no está llamado a prosperar. Para arribar a esta conclusión se ratifica la jurisprudencia de la Sala Plena iniciada en la sentencia de 25 de marzo de 1981 y de la cual fue ponente el señor Consejero Martínez Conn (proceso 10392 Dionisio Ariza), en el sentido de que la jurisprudencia para efectos del recurso de súplica "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua sala de negocios generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico"

"Esta reiteración impone que en esta oportunidad se considere como improcedente el recurso interpuesto contra la sentencia de 8 de febrero de 1988, ya que la jurisprudencia que se dice contrariada aparece contenida en fallos de la sección primera, la que si bien también hace jurisprudencia, como juez que es, no conforma "la jurisprudencia" que para este recurso extraordinario se exige en el ordenamiento jurídico colombiano.

"El suscrito ponente ratifica así su pensamiento inicial contenido en el salvamento de voto que presentó al fallo de 25 de marzo de 1981 antecitado. En esa salvedad se afirmó que las salas o secciones sí hacían jurisprudencia y que éstas no podían ser meros organismos preparatorios de las decisiones finales de la Sala Plena.

"Lo así expuesto partía de una premisa equivocada o sea que en el recurso de súplica jugaba el concepto genérico de jurisprudencia y no el específico que desprendía en la interpretación armónica del artículo 2° de la ley 11 de 1975 con el 24 del decreto 528 de 1964; y según el pensamiento del legislador tenía un efecto de importancia, cual era la unificación de la jurisprudencia de las distintas salas en el seno de la plena, con la participación de todos los magis-

trados que la conforman. Efecto no despreciable porque por ese medio se buscaba que al dividirse la Sala contenciosa en secciones especializadas no terminara en la práctica el Consejo de Estado parcelado en tantos pequeños consejos como secciones existen dentro de la contenciosa.

"Los aludidos efectos se mantienen hoy y justifican la supervivencia del recurso.

"La jurisprudencia exigida en el recurso de súplica debe ser la de la plena. Si no fuera así, se presentaría el absurdo de que una sentencia, por ejemplo de la sección primera, podría quedar sin efecto en súplica por ser contraria a una jurisprudencia de otra sección de igual categoría, con lo que se le estaría dando a los fallos de la última un valor superior que la ley no le ha otorgado.

"Además, tampoco tiene sentido que se alegue en súplica que una sentencia de una sección viole la jurisprudencia elaborada por la misma, porque esto implicaría la aceptación de un doble absurdo; que las secciones no pueden variar su jurisprudencia y que ésta tiene rango de ley".

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

FALLA:

No prospera el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 7 de Junio de 1988, dictada por la Sección Segunda de esta Corporación.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de noviembre de 1.990.

Consuelo Sarria Olcos, Vice-Presidente, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate, Ausente, Carlos Gustavo Arrieta P., Guillermo Chain Lizcano, Carlos Ramírez Arcila, Miguel González Rodríguez, Con salvamento de voto, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Miriam Guerrero de Escobar, Joaquín Camacho Pardo, José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente, Humberto de La Calle Lombana, Conjuez, Nubia González Cerón, Secretaria Gral.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica (Salvamento de Voto).

La protección contra cambios en jurisprudencia, que bien buscó el legislador a través de dos procedimientos -toma conjunta de decisiones o recursos de súplica- no permite inferir que esos cambios sólo se pretendieron proteger cuando afectaban criterios de la Sala Plena y no de las secciones. Tanto se afecta la seguridad de la ciudadanía en general y de los litigantes en particular, cuando se adoptan criterios distintos a los fijados por la Sala Plena como cuando se varían de un día para otro, o aun sin tanta frecuencia, las decisiones de una sección.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente No. S-052. Actor: Alfredo Enrique Marquez de León

Mi inconformidad con el fallo en referencia, como he tenido la oportunidad de expresarlo anteriormente, radica en la reafirmación que en él se hace del criterio de la Sala según el cual la jurisprudencia que debe tenerse en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de súplica "es aquella sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las antiguas de Negocios Generales y Contencioso Administrativo".

Considero errado ese criterio por las siguientes razones:

1. La llamada, con algún humor "doctrina carmelitana", por el nombre del Consejero que fué ponente de la primera providencia en donde se expuso (marzo 25, 1981, Exp. No. 10392, Anales Primer Semestre 1981, pág. 526 y s.s.), sostiene que el recurso extraordinario de súplica sólo tiene cabida cuando se ha contrariado, por alguna de las Secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto o sentencia, alguna jurisprudencia consagrada por la Sala Plena y no por las respectivas Secciones.

2. Para sentar esta teoría, se dijo:

"a) De acuerdo con el art. 24 del Decreto Ley 528 de 1964, las cuatro salas o secciones de lo Contencioso Administrativo funcionan separadamente "en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente; previa convocatoria hecha por la sala o sección que esté conociendo del asunto.

"El art. 2° de la ley 11 de 1.975, según la citada providencia, aclaró la norma anterior al expresar: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia".

Aquí se considera importante glosar la afirmación relativa a la pretendida aclaración, pues nada se aclaró porque no había nada confuso en lo que decía el Decreto Ley 528 de 1.964.

Nótese, en efecto, que en ninguno de los dos textos, se habla de jurisprudencia contrariada de la Sala Plena o de las Secciones; el art. 24 del Decreto Ley 528 apenas habla de "cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia..." y el art. 2° de la Ley 11 establece recurso de súplica cuando "se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia".

A pesar de que el legislador en ninguno de los dos textos se refirió al lugar concreto en donde se hubiera originado esa jurisprudencia cuya contrariedad se pretendía evitar (en lo posible), el autor de la doctrina que comentamos, que fue acogida en su momento por la Sala Plena (en su inmensa mayoría integrada por ilustres Consejeros que ya no hacen parte de la Corporación), expresó: "De los textos transcritos, se desprende, que la jurisprudencia cuya contradicción genera el recurso de súplica no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico, a petición de una de las secciones, o por decisión propia, procedimiento lógico y acorde con la ley, que así ofrece seguridad a la ciudadanía en general y a los litigantes en particular en cuanto a la estabilidad de sus decisiones sin obstaculizar el avance de la jurisprudencia en forma ordenada, para ponerla a tono con los necesarios e inevitables cambios sociales. Así se logra que sea la sección especializada, objetivo primordial del legislador, la que en primer lugar fije el criterio sobre los distintos problemas jurídicos sometidos a su decisión y con la única salvedad de que sobre ellos haya decidido la antigua Sala de Negocios Generales o las nuevas Secciones conjuntamente o lo que hoy se llama Sala Plena de Lo Contencioso Administrativo.

Con todo respeto no veo la solidez del argumento: Cómo puede deducirse de unos textos que nada dicen sobre dónde debe haberse originado la "alguna jurisprudencia" que se trate de modificar o que se contrarie, que de ellos "se desprende" que

tal jurisprudencia "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado...".

b) Tal vez percibiendo esa falta de solidez, se pretendió apuntalar la argumentación diciendo que con el procedimiento de modificar jurisprudencia conjuntamente por las secciones o mediante el recurso de súplica, "se logra que sea la sección especializada, objetivo primordial del legislador, la que en primer lugar fije el criterio sobre los distintos problemas jurídicos sometidos a su decisión y con la única salvedad de que sobre ellos haya decidido la antigua Sala de Negocios Generales o las nuevas Secciones 'conjuntamente' o lo que hoy se llama Sala Plena de lo Contencioso Administrativo". No se cayó en la cuenta que este último argumento es tan débil como el primero porque el que sea una Sección especializada la que primero fije un criterio sobre un punto de derecho en nada impide que ese criterio se proteja contra cambios intempestivos estableciendo que ellos deban ser tomados por las Secciones conjuntamente o que cuando ellas no lo hagan así se pueda recurrir en súplica ante la Sala Plena para que ésta decida si, por haber sido hecho sin tal previa aprobación conjunta, el cambio amerita mantenerse o deba ser variado.

En otras palabras, la protección contra cambios en jurisprudencia, que bien buscó el legislador a través de esos dos procedimientos -toma conjunta de decisiones o recurso de súplica- no permite inferir que esos cambios solo se pretendieron proteger cuando afectaban criterios de la Sala Plena y no de las Secciones. Tanto se afecta la seguridad de la ciudadanía en general y de los litigantes en particular, de que habla la providencia que se critica, cuando se adoptan criterios distintos a los fijados por la Sala Plena como cuando se varían de un día para otro, o aún sin tanta frecuencia, las decisiones de una sección; ¿cómo podría sostener que esa seguridad solo se afecta cuando se contraría un criterio previamente fijado por la Sala Plena y no cuando se contraría el de la misma Sección?. Decir que las Secciones pueden cambiar por sí solas de jurisprudencia cuantas veces quiera, sin que nada pase a menos que el cambio implique contrariar doctrina sentada por la Sala Plena, porque entonces si algo puede pasar, a saber: que se puede pedir que el cambio sea examinado por dicha Sala Plena y luego afirmar que esto tiene sentido porque así se protege la seguridad jurídica de la ciudadanía y de los litigantes, carece de toda lógica, pues qué puede ser más inseguro que una jurisprudencia que puede cambiar inopinadamente con solo requisito de no haber sido fijada por la Sala Plena?

No; si el legislador, como sostengo, a la vista de la historia fidedigna del establecimiento del recurso extraordinario de súplica, lo que pretendió fue que los cambios jurisprudenciales se hicieran, pero se realizaran ordenadamente y con mayor deliberación, debe abandonarse esa lógica que no establece ninguna relación entre las premisas de un argumento para llegar a una conclusión, y aceptar que cuando se trate de cambiar jurisprudencia del Consejo de Estado (y ésta es, no sólo la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sino también las de las Secciones en que aquélla se divide) ese cambio debe adoptarse, bien conjuntamente por tales Secciones, a propuesta de la Sala o Sección que esté conociendo del asunto, como lo dice el

art. 24 del Decreto Ley 528 de 1.964 y como lo reguló el mismo Consejo cuando adoptó su "reglamento interno", o bien por demanda del afectado con el cambio a través del recurso de súplica, como lo establece el art. 2º de la ley 11 de 1.975.

Con la interpretación que le dió la "doctrina carmelitana" a la expresión "alguna jurisprudencia", usada por los legisladores de 1.964 y 1.975, lo que se hizo fue crear jurisprudencias de mejor o peor familia según tuvieran su origen en la Sección o en la Sala Plena, desconociendo que ambas son jurisprudencias y que ambas pueden crear inseguridad si se varían intempestivamente o frecuentemente.

c) Tampoco se debió sentir tranquilo el ponente con su anterior argumento porque en seguida pretendió también apuntalarlo, expresando: "dicho de otra manera: previó el legislador que una Sección de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado interpretara una norma legal en sentido distinto a como lo ha hecho la Corporación, introduciendo un factor de incertidumbre o inestabilidad en las decisiones del máximo juez de lo contencioso en el país, y por ello dió a la Corporación la posibilidad de corregir el factor de incertidumbre a través del recurso de súplica; pero igualmente y en previsión de que la doctrina no se estancara, ofrece a la sección la posibilidad de modificar la doctrina de la Corporación, a través de la previa adopción por ésta de la nueva interpretación acerca de un punto de derecho".

No tuvo en cuenta el ponente, quizá, que lo anterior en nada servía para recabar en que la jurisprudencia que abra la posibilidad para el recurso de súplica o la que se pretenda cambiar por alguna de las secciones deba ser la de la Sala Plena. Y no le sirve porque el factor de incertidumbre que se introduce con los cambios de jurisprudencia no se corrige simplemente inventando que el legislador se refirió a doctrina sentada por la Sala Plena, cuando en ninguna parte hizo mención a ésta ni tampoco imaginando que esa incertidumbre no existe cuando el cambio lo hace la propia Sección.

No; toda posibilidad de cambio jurisprudencial por su naturaleza crea incertidumbre y la única manera de evitarla, en la justicia ordinaria, ha sido a través del recurso de casación, uno de cuyas principales finalidades fue, desde cuando se estableció en Francia, la de contribuir a la unificación de la jurisprudencia, y en la jurisdicción contencioso administrativa mediante el expediente de llevar a Sala Plena las decisiones donde ese cambio se pretenda y, cuando las secciones no lo hagan, a través del recurso de súplica.

3. Finalmente, recorriendo todo el tiempo un mismo círculo vicioso, dijo el ponente: "Es obvio que una sección puede tomar una decisión novedosa sobre un punto de derecho antes no estudiado y después revisar y modificar su propia interpretación (lo que nada significa porque lo mismo puede hacer la Sala Plena), pero esto no autoriza el recurso de súplica puesto que éste sólo procede contra las sentencias de las secciones que sean contrarias a doctrinas adoptadas por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (petición de principio, porque se supone que esto es lo que se trata de demostrar)."

Nótese que aquí la providencia no hace otra cosa que asumir como verdad inconcusa lo que precisamente debería probar primero: que la jurisprudencia que se pretenda cambiar o la que se contraríe es la que proviene de la Sala Plena.

Y luego, agrega que mientras el art. 24 del Decreto 528 de 1.964 habla indistintamente de salas o secciones, en cambio el art. 2° de la Ley 11 de 1.975, distingue entre las decisiones de la Sala Plena y las de las Secciones al decir: "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 (de lo Contencioso del Consejo de Estado se aclara) se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia", y se pregunta el autor '¿Cuál jurisprudencia?' para responderse con una petición de principio: 'Obviamente la de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, que garantiza la unidad jurisprudencial de la Corporación sin perjuicio del avance especializado de las secciones'.

A lo anterior debe observarse: a) Claro que el art. 2° de la Ley 11 de 1.975 distingue entre decisiones de la Sala Plena y las de las Secciones, pues sería absurdo que no lo hiciera ya que no podría concebirse un recurso de súplica contra auto o sentencia de la Sala Plena que contradijera doctrina sentada por la misma Sala Plena; ésto si es obvio. Además, no entendemos que quiso decir con que el art. 2° hace esta distinción y, en cambio, que el art. 24 del Decreto 528 no la hace, pues anteriormente el autor de la "doctrina" había dicho que en ambas disposiciones la expresión 'alguna jurisprudencia' se refería a la Sala Plena y no a la de las Secciones. Quizá aquí lo traicionó el subconsciente pues debió recordar que el art. 13 del reglamento de la Corporación, precisamente acepta que los cambios jurisprudenciales que deben llevarse a Sala Plena son los de dos doctrinas acogidas por la misma o por cualquiera de las secciones.

b) Es cierto que la jurisprudencia de la Sala Plena garantiza la unidad jurisprudencial de la Corporación, pero de esto no se sigue que la jurisprudencia contrariada o la que se pretenda cambiar deba ser la de la Sala Plena, porque la dicha unidad jurisprudencial se garantiza también y en mayor grado interpretando que debe llevarse a Sala Plena todo cambio de doctrina fijada o que el recurso de súplica se abre camino cuando se demuestre contrariedad con cualquier jurisprudencia de la Corporación -Sala Plena o Secciones de ésta- pues tan de la Corporación son las doctrinas de aquélla como las de éstas.

No se diga que cambiando la 'doctrina carmelitana' se hace más gravoso el trabajo de la Sala Plena pues, en primer término, esto no sería argumento para desvirtuar la tesis que propugnó, que no depende de quién tenga que trabajar más o menos, y en segundo lugar, porque de todas maneras ese trabajo potencial existe si las Secciones dieran cumplimiento como les corresponde a su obligación de llevar a Sala Plena aquellos casos en donde "se trate de modificar alguna jurisprudencia" y como lo contempla, según ya se citó, el reglamento de la Corporación, es decir, el Consejo de Estado, reglamento, en consecuencia, obligatorio no sólo para la Sala Plena sino para cada una de sus Secciones y de los miembros que las integran (el art. 13 de los

acuerdos reglamentarios nos. 2 de 1.971 y 1 de 1.978), lo dicen claramente: "Para los efectos del artículo 24 del Decreto 528 de 1.964, se entiende por jurisprudencia **dos decisiones uniformes** sobre un mismo punto de derecho **proferidas por cualquiera de las salas o secciones**. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto. (Subrayas fuera del texto).

4. Para terminar quizá no sobra advertir que de acuerdo con el art. 130 del C.C.A., tal como fue subrogado por el art. 21 del Decreto 2304 de 1.989, la jurisprudencia que se contrarie para efecto del recurso de súplica será la 'de la Corporación', con lo cual queda claro que prosperará dicho recurso cuando tal contrariedad se refiera a jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las Secciones en que ésta se divide, porque, se repite, éstas y aquélla forman parte 'de la Corporación'.

Miguel Gonzalez Rodríguez

Fecha ut supra

Nota de Relatoría. El fallo a que se refiere el anterior Salvamento de Voto precisa que: "el recurso no está llamado a prosperar porque la sentencia que se dice contiene la jurisprudencia contrariada por el fallo recurrido no fue dictada ni por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ni por una de las antiguas Salas de Negocios Generales o Contencioso-Administrativa de la Corporación, sino por la Sección Segunda de aquélla. La jurisprudencia cuya contradicción genera el recurso de súplica no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado".

SENTENCIA - Aclaración/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica

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

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., cinco (5) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: Doctor Amado Gutierrez Velásquez.

Referencia: Expediente No. S-030. Aclaración del fallo de 3 de Abril de 1.990, adverso a la prosperidad de recurso extraordinario de súplica. Actores: Oscar Jaime Alvarado Chavez y otros.-

En procesos acumulados seguidos por demandas de nulidad de la Ordenanza 006 de 1.982, en cuya virtud la H. Asamblea de Cundinamarca creó el Municipio de Cachipay segregándolo de la comprensión de Anolaima, el H. Tribunal Administrativo de ese Departamento dictó sentencia de fecha 14 de Junio de 1.986 negando las pretensiones de los actores, decisión que apelada para ante esta Corporación fue revocada por la Sección Primera mediante fallo de 18 de diciembre de 1.987, declarando, en su lugar, la nulidad del acto impugnado.-

Contra ésta última decisión, el apoderado judicial del municipio de Cachipay interpuso el recurso extraordinario previsto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1.975.- Pero bajo la consideración de que no se dió la contradicción jurisprudencial aducida por el recurrente, mediante sentencia datada a 3 de abril de 1.990 se pronunció esta Sala en sentido adverso a la prosperidad de la súplica extraordinaria.-

En el término de ejecutoria de esa providencia el señor Néstor Julio Quevedo, obrando en su calidad de Alcalde del municipio de Cachipay, solicitó, entre otras cosas, que se le aclarara "...en cuanto por la segunda de esas decisiones se confirmó o no se infirmó la primera decisión...", es decir, la sentencia de la Sección Primera.-

En Sala Unitaria no se acogió ese pedimento, aduciendo que no cabía hacer la aclaración solicitada por cuanto la sentencia que decidió la súplica extraordinaria "... se limitó a declarar la no prosperidad del aludido recurso, lo que implica que no asumió la función de Tribunal de instancia para producir sentencia que sustituyera la de la Sección..." (fl. 184 fte).- Contra esa decisión se interpuso recurso ordinario de súplica, siendo revocada por la Sala Plena mediante proveído del 17 de julio del cursante año, disponiendo que se entrara a resolver sobre la aclaración pedida.-

CONSIDERACIONES:

No obstante que por mandato legal la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el juez que la profirió, los artículos 309, 310 y 311 del C. de P.C., aplicables por la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A., otorgan a quien la profirió la facultad de aclararla, corregirla, o adiccionarla.-

La aclaración en auto complementario, de los conceptos o frases que contenidos en la parte resolutive o que influyan en ella, ofrezcan verdaderos motivos de duda; la corrección, en auto complementario, de los errores puramente aritméticos; y la adición, mediante sentencia complementaria, de los extremos de la *litis* o de cualquier otro punto objeto de pronunciamiento, cuya resolución se hubiere omitido.-

En ninguno de esos eventos puede el juez, so pretexto de ejercitar aquéllas excepcionales facultades, variar o alterar la sustancia de la resolución original, debiendo limitarse a la aclaración, corrección o adición, de oficio o a solicitud de parte, en aras de esa "...decisión expresa y clara..." sobre todos los asuntos que corresponda, exigida por el precepto del artículo 304 del C. de P.C.-

Se entiende, entonces, que dentro de ese preciso marco procedimental y conceptual cabe resolver la solicitud para que se aclare la sentencia de fecha 3 de abril de 1.990, ya que, a juicio del Sr. Alcalde de Cachipay, la parte resolutive ofrece verdaderos motivos de duda.- No obstante en el caso de autos más que aclaraciones de la sentencia se imponen explicaciones, respecto de la finalidad y objeto del recurso extraordinario de súplica, a lo que seguidamente se procede:

La finalidad primordial del recurso extraordinario de súplica, conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1.975, no es otro que la unificación de la jurisprudencia de las distintas Secciones de la Corporación en el seno de la Sala Contencioso Administrativo, para remedio del fenómeno que llegó a presentarse de que se dieran tantos criterios como Secciones, e incluso, que por la misma Sección se prohijaran criterios disímiles, no pudiéndose en ocasiones saber cuál era la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca del asunto *sub-lite*.-

Frente a la eventualidad de la interposición de ese recurso extraordinario, por estimar el suplicante que se ha acogido jurisprudencia contraria a la sentada en Sala Plena, tienen cabida dos alternativas:

La primera, que prospere el recurso porque, en verdad, el criterio jurisprudencial acogido en el fallo de la Sección contradice la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa, que es la de la Corporación, o porque, aunque no la contradiga, estime la Sala conveniente cambiar la jurisprudencia.- En ambos casos se infirma la providencia recurrida, lo que clara y expresamente se ha de indicar en la parte resolutive del fallo respectivo.- Entonces la Sala Plena desplaza a la correspondiente Sección y, por ende, conoce del fondo del asunto como juez de instancia, dictando la sentencia que en derecho y conforme a los hechos se imponga.-

La segunda, que no prospere el recurso porque no existe la alegada contradicción jurisprudencial o porque, aunque se de la contradicción, la Sala estime que debe acoger la jurisprudencia sentada en el fallo suplicado.- En este caso, la sentencia de la Sala debe limitarse a declarar la no prosperidad del recurso, sin que haya lugar a resolución confirmatoria alguna, por la potísima razón de que no asume la función de Tribunal de instancia, no desplaza a la Sección correspondiente ni le cabe ocasión de sustituir la decisión recurrida.-

Es que, bajo ninguna circunstancia el recurso extraordinario de súplica entraña una tercera instancia, a la que se llegaría en la práctica frente a la segunda hipótesis planteada, si a la clara, completa y técnica fórmula de declarar la no prosperidad del recurso extraordinario se le hiciera el agregado confirmatorio, que hecha de menos el solicitante en el escrito que ha dado lugar a este pronunciamiento.-

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en atención a lo decidido en providencia de 17 de julio último (fl. 197 y ss.),

RESUELVE:

Declarar infundada la solicitud de aclaración de la sentencia que desató el recurso extraordinario de súplica, proferida por esta Sala el 3 de Abril del año en curso, vista a folios 150 y ss.-

Disponer que, en firme esta providencia, vaya el expediente a la Presidencia de la Sala Contenciosa para fines de lo ordenado en el literal d) de la parte resolutive del auto de 17 de julio del año en curso.-

Cópiese y notifíquese.-

Esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en Sesión de la fecha veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zarate, Ausente; Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano, Amado Gutierrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramirez Arcila, Julio Cesar Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Hernando Morales Molina, Conjuez; Pedro Alejo Gomez Vila, Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Ref. Expediente Nro. S-030

Actor: Oscar Jaime Alvarado Chavez

Ponente; Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena el 5 de diciembre de 1.990, pero solo en algunos aspectos de la motivación.

Durante la discusión de la ponencia puse de presente dicha circunstancia y recalqué algo que considero no solo posible sino aceptable doctrinariamente.

Dentro del recurso extraordinario de súplica, siempre que haya violación jurisprudencial, deberá declararse la prosperidad del mismo. Pero cabe distinguir dos hipótesis, así: a) Si la Sala Contenciosa considera que esa jurisprudencia merece ser ratificada o mantenida, dictará el fallo de Instancia con sujeción a dicha orientación jurisprudencial. b) Pero si pese a esa violación jurisprudencial, la jurisprudencia anterior no merece ser mantenida porque considera, por ejemplo, Inconstitucional o ilegal o errada, deberá declararse también la prosperidad del recurso, pero en el fallo de instancia tendrá que hacerse el nuevo enfoque jurisprudencial y fallar de conformidad con éste. Aquí, entonces, podrá darse la prosperidad del recurso (con él se infirma la sentencia de instancia) con efectos diferentes a los pretendidos por el recurrente, porque el nuevo enfoque a lo mejor no lo favorece.

Se afirma esto porque uno de los fines de la súplica es el de mantener la uniformidad de la jurisprudencia dentro del marco legal.

Con todo respeto

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá D.E., Marzo 19 de 1.991.

ACLARACION DE VOTO

DOCTOR JORGE PENEN DELTIEURE

REF.: EXPEDIENTE No. S-030

ACTORES : Oscar Jaime Alvarado Chávez y otros.

Con todo respeto paso a exponer los motivos que me indujeron a aclarar el voto en la sentencia pronunciada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 20 de los corrientes, expediente S-030, Actores Oscar Jaime Alvarado Chávez y otros.

En dicha sentencia se afirma:

«Frente a la eventualidad de la interposición de ese recurso extraordinario, por estimar el suplicante que se ha acogido jurisprudencia contraria a la sentada en la Sala Plena, tiene cabida dos alternativas:

La primera,

La segunda, que no prospere el recurso porque no existe la alegada contradicción jurisprudencial o porque, aunque se dé la contradicción la Sala estime que debe acoger la jurisprudencia sentada en el fallo suplicado. En este caso la sentencia de la Sala debe limitarse a declarar la no prosperidad del recurso, sin que haya lugar a resolución confirmatoria alguna.....».

El recurso extraordinario de súplica es en el procedimiento contencioso administrativo medio de control de la legalidad del proceso. Tiene por objeto el restablecimiento del derecho vulnerado cuando en un auto o en una sentencia de cualquiera de las Secciones del Consejo de Estado se cambió jurisprudencia vigente de la Sala Plena Contenciosa Administrativa sin su autorización. Todo parece indicar que tuvo su origen en la necesidad de corregir el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1.964., en el sentido de que las Salas o Secciones deben reunirse cuando cualquiera de ellas pretenda modificar la jurisprudencia de la Sala Plena. La bondad del recurso es evidente puesto que se ha sobrevivido a las reformas introducidas por las Leyes 58 de 1.982 y 30 de 1.987 al Código Contencioso Administrativo.

Pues bien, la segunda alternativa desvirtúa el objeto y la naturaleza del recurso. El primero, tendiente a evitar la modificación de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin su conocimiento; la segunda, a asegurarle a las partes el derecho a que los autos y sentencias se profieran en los procesos dentro de los parámetros legales, en cuanto éstos regulan la manera como en cada caso el cambio de jurisprudencia debe producirse.

Consecuencia de lo anterior es que debe prosperar el recurso cuando en la providencia suplicada se contrarió sin intervención de la Sala Plena jurisprudencia vigente de la misma, independiente de que ésta -la Sala Plena- estime procedente acoger la jurisprudencia contenida en la providencia objeto del recurso. Lo contrario, que es lo que se colige de la segunda alternativa, significa ir en contravía del objeto y la naturaleza del recurso y de elementales principios de justicia y equidad que informan las normas de procedimiento, las cuales deben siempre encaminarse a la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

En sana lógica, que debe corresponder a una hermenéutica jurídica correcta, la Sala Plena debe modificar su posición y aceptar que el recurso extraordinario prospera sin perjuicio de que aquella -la Sala Plena- acoja la nueva jurisprudencia, que solo producirá efectos hacia el futuro. Pero decirle al recurrente que aunque tiene la razón el recurso no prospera, es actitud por demás contradictoria que desmerita la filosofía y la razón de ser del recurso extraordinario de súplica.

Bogotá, D.E., 23 de Noviembre de 1.990

JORGE PENEN DELTIEURE

ACLARACION DE VOTO

DOCTOR CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA

REF.: EXPEDIENTE No. S-030

ACTOR : OSCAR JAIME ALVARADO CHAVES Y OTRO.

Comparto en su integridad las razones expuestas por el señor Consejero Doctor Jorge Penen Deltieure, pues es indispensable precisar la diferencia entre el recurso extraordinario de súplica y en contenido mismo del debate jurisprudencial. El recurso prosperará por el solo hecho de la contradicción entre jurisprudencias, sin perjuicio de que la Sala Plena acoja o no lo planteado en la providencia objeto del recurso pues, de lo contrario, se desconocería la razón de ser del recurso extraordinario de súplica, como bien lo afirma el Dr. Penen, a cuya aclaración me acojo totalmente.

CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA

Fecha ut supra.

ACLARACION DE VOTO

DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Ref.: Expediente No. S-030

Actor: Oscar Jaime Alvarado Chavez y otro.

Consejero Ponente: Dr. Amado

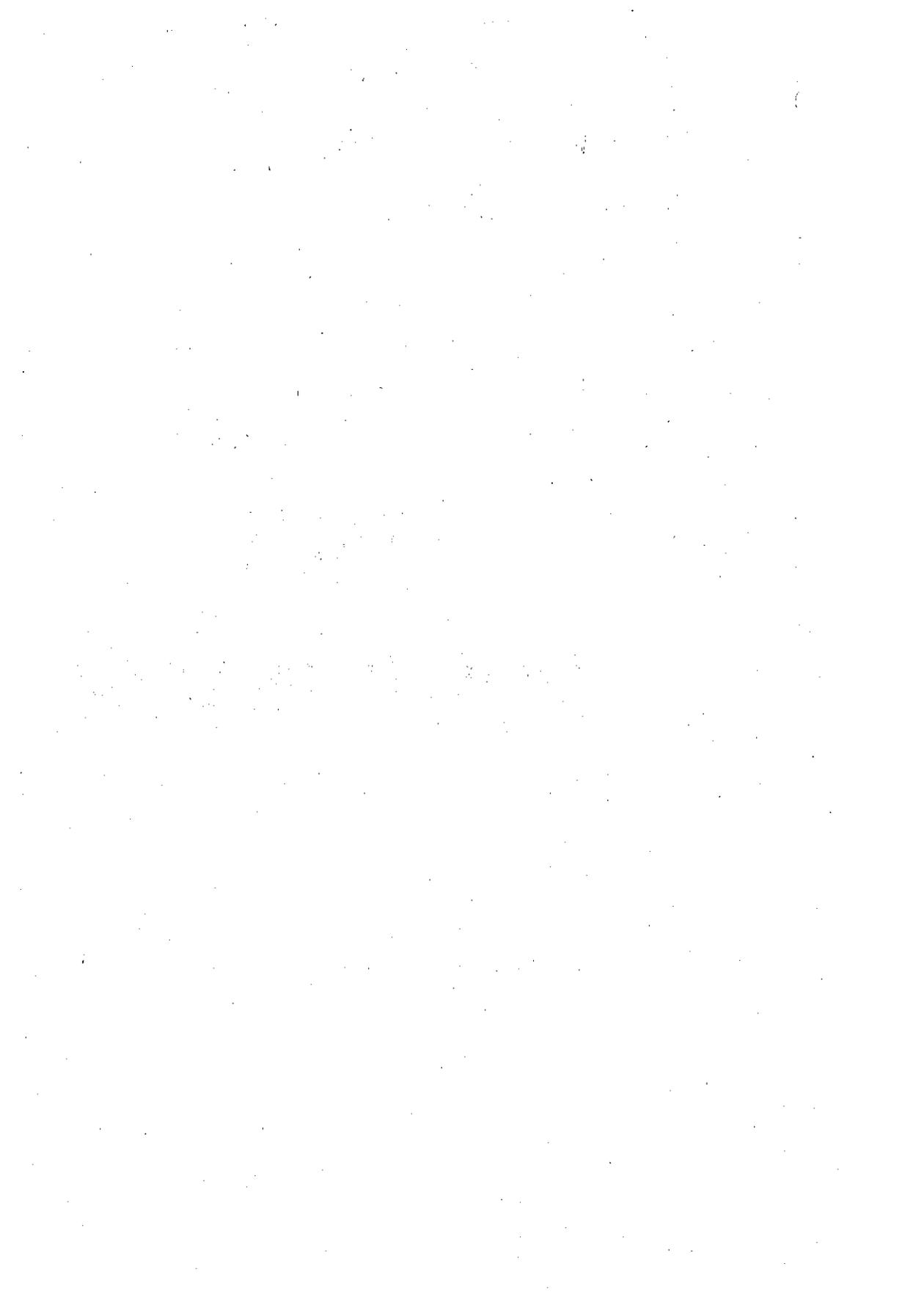
Gutierrez Velásquez.

Como el sentido de mi aclaración de voto corresponde en lo esencial a lo que en forma docta expresó a folios 226 y 227 el doctor Penen Deltiure, con su venia, hago más, en aras de la brevedad dichas expresiones, las cuales comparto plenamente.

Fecha ut-supra.

GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

SALA
DISCIPLINARIA



FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. MORA. RETARDO INJUSTIFICADO

No es el simple retardo objetivo el que configura la falta contra la eficacia de la administración de justicia, sino que para el efecto se precisa que haya ausencia de justificación siendo por tanto necesario probar la injustificación de la conducta, y así mismo, evaluar los hechos tendientes a justificarla.

Consejo de Estado.- Sala Disciplinaria.- Bogotá, D.E. cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. C-160. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial. Proceso disciplinario contra la doctora Edda del Pilar Estrada Alvarez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Decide la Sala respecto de la Resolución de Acusación No. 045 del 17 de Agosto de 1.990, proferida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, mediante la cual declara probados y no desvirtuados los cargos formulados contra la doctora EDDA DEL PILAR ESTRADA ALVAREZ en su condición de Magistrada del H. Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

La Procuraduría Primera Regional de Medellín, en cumplimiento de auto del 11 de noviembre de 1.988 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, efectuó visita general al despacho de la doctora Estrada, en cuyos acta e informe de conclusiones (fls. 1 y 31), afirma, hay demora en procesos que se hallan con más de

un año de antigüedad a despacho para fallo, incurriendo con ello en una falta contra la eficacia de la administración de justicia, por lo cual solicita al Procurador Delegado, la apertura del proceso disciplinario contra la mencionada Magistrada (fl. 34).

El Procurador Delegado en auto del 01 de julio de 1.989 declara abierta investigación disciplinaria contra la doctora Estrada y le formula pliego de cargos por no registrar proyecto de sentencia en el término de cuarenta (40) días respecto de treinta y siete (37) expedientes que se hallaban a despacho, con lo cual pudo haber incurrido en la falta tipificada en el artículo 95 numeral 1 del Decreto 250 de 1.970, artículo 116 literal a) Decreto 2400 de 1.986 y artículo 61 literal a) Decreto 52 de 1.987 (fl. 37).

En el escrito de descargos, la doctora Estrada estima justificado el retraso y señala algunas imprecisiones en la acusación, en consecuencia solicita se le absuelva de los cargos en atención a: 1) La exagerada congestión del despacho al momento de su posesión, como Magistrada, incrementada por la redistribución de competencias que atribuyeron a los Tribunales asuntos que hasta entonces eran competencia del Consejo de Estado; 2) Que no se elaboró el promedio de rendimiento que incluye además las actuaciones señaladas en el literal C) numeral VIII del acta de visita (fl. 24); 3) Que en 1.987 fue designada Presidenta del Tribunal; 4) Que en virtud del trámite propio de los procesos se presenta un represamiento de los mismos al entrar a despacho para fallo; 5) Que hay imprecisiones en la determinación del promedio de providencias de fondo por cuanto no se incluyó el número de principales providencias de fondo de segunda instancia (jurisdicción coactiva) indicadas en el literal B) numeral VIII de la mencionada acta, visible a folio 23 (fls. 51 y Ss.).

El Procurador Delegado mediante Resolución 045 del 17 de agosto de 1.990 declara probados y no desvirtuados los cargos respecto de 33 expedientes y ordena remitir a esta Corporación la actuación, a fin que se le imponga la sanción correspondiente por haber sido hallada incurso en la falta disciplinaria contemplada en los artículos 95 literal a) Decreto 250 de 1.970, 116 literal a) Decreto 2400 de 1.986 y 61 literal a) Decreto 52 de 1.987 (fls. 266 y Ss.).

Los alegatos.

A- Afirma, en primer lugar, la implicada que en los fundamentos de la acusación se incurrió en varias inexactitudes:

1.- Que en el cuadro A) de folio 22, se omitió incluir diez (10) aclaraciones de voto, las cuales acredita con certificación que acompaña al escrito de alegatos. Con ellas se incrementa a 1177 el número de providencias de fondo de primera instancia.

2.- Que en la determinación del promedio de dichas providencias, se indica a folio 24 que deben entrar las actuaciones relacionadas en los cuadros A) y B), pero que sin embargo al momento de su elaboración sólo se incluyen las del cuadro A), sin las aclaraciones de voto, lo cual conduce al error de afirmar que el promedio es de 1,256 y no el correcto de 1,30.

3.- Que se omitió sacar el promedio de rendimiento (correctamente = 4,757), el cual se determina a partir de las sumas de las diligencias relacionadas en los cuadros A), B), y C) del acta de visita (fls. 22 a 24), como sí se hizo respecto de los demás magistrados y que únicamente se elaboró el de providencias de fondo en la forma equivocada que indicó.

4.- Que el promedio dado por el Ministerio Público para providencias de fondo a folio 32 no es cierto.

5.- Que se incluyeron en la lista de procesos morosos cinco (5) expedientes que no se encontraban en su despacho al momento de la visita, lo cual demuestra con certificación de la Secretaría del Tribunal anexa a los alegatos.

6.- Que la falta contemplada en el literal A) del artículo 61 del Decreto 052 de 1.987 exige que la omisión o tardanza sea injustificada y que la acusación se refiere es al retardo para dictar sentencia, el cual, si es justificado por congestión de negocios al despacho, no amerita sanción alguna.

B- Procede a continuación la enjuiciada a referirse a cada uno de los argumentos en los cuales, en su criterio, se fundamenta toda la acusación:

1.- **Acusación:** No se considera justificada la mora, dados el número de expedientes retrasados ("la mayoría") y el tiempo de retardo ("más de dos años") (fl 268).

Replica: Sostiene la implicada que si bien había con esa antigüedad varios expedientes, en mora, no se trataba de la mayoría, sino apenas diez, los que no alcanzaban a la tercera parte.

Que la mora en estos negocios se justifica plenamente por las excepcionales circunstancias que rodearon sus actividades en ese entonces:

a- El hecho de ser magistrada nueva, la precisaba de cierto tiempo para adaptarse al trabajo judicial.

b- Recibió la oficina con gran volumen de negocios, lo cual acredita con certificación adjunta, el que se incrementó por la redistribución de competencias que hizo el Decreto 01 de 1.984 entre el Consejo de Estado y los Tribunales y por una reactivación que tuvo lugar en ese momento, de los negocios de impuestos represados en la Secretaría del Tribunal, cuestión que afectó también a los demás Magistrados como se observa del número de casos que cada uno, excepto el doctor Cárdenas Gómez, tenían para fallo, como lo corroboran las declaraciones de los Magistrados Giraldo Castaño y Gómez Sierra visibles a folios 209 a 213.

c- Que los demás Magistrados, excepto aquéllos con los cuales se proveyeron las dos plazas nuevas y que por tanto recibieron el despacho sin carga, tenían negocios desde enero de 1.988 (página 9 del escrito de alegatos).

d- Que en su caso personal hay circunstancias especiales que hicieron más gravosa su situación de trabajo a saber:

1) Su designación para la Presidencia del Tribunal en condiciones de excepcional labor, sin que hubiera disminución en el reparto de negocios al Presidente, según lo explica en pliego separado adjunto al escrito de alegatos.

2) Su designación como delegada del H. Tribunal al Consejo Seccional de la Carrera Judicial, para cuya prueba adjunta certificación expedida por el Director Seccional de la Carrera Judicial.

e- Que atendiendo a los siguientes hechos se concluye necesariamente diligencia y esfuerzo en el desempeño del cargo:

1) A diciembre 15 de 1.988, fecha de la visita, tenía registrados 88 proyectos de sentencia, según obra a folio 5, los cuales le demandaron no menos 67,69 días hábiles y cuya revisión no la efectuaron los demás Magistrados en razón de la congestión de negocios en sus propios despachos.

2) Que en 1.989 puso su despacho al día;

3) Que ella fue quien produjo el mayor número de sentencias durante los años 1.988 y 1.989 como consta en certificación de la Secretaría de la Corporación anexa al escrito.

2.- Acusación: Se rechaza la afirmación de la Magistrada cuando indica que a sus compañeros se les liquidó conjuntamente las providencias de fondo con otros trabajos para obtener el promedio, pues se les liquidó separadamente. Además, se le rechazan los reparos al acta de visita, toda vez que ella se efectuó en su presencia y debió hacerlo antes de firmarla.

Réplica: Niega la Magistrada, haber hecho tal afirmación, indicando que lo que sostuvo fue que en tanto la Procuraduría anuncia en el acta (fl. 24) que el promedio de providencias de fondo se obtiene dividiendo el total de actuaciones de los cuadros A) y B) por los días hábiles del lapso de la visita, al hacer el cálculo respectivo, únicamente tiene en cuenta las providencias del primer cuadro, visibles a folios 22 y 23 (sentencias 382 + autos 785 = 1167) sin incluir las del cuadro B) a folio 23 (providencias de fondo 2a. ins. = 37) y que si a ello se agregan las diez aclaraciones de voto mencionadas y no incluidas, en el resultado obtenido por el Ministerio Público ($1167 : 933 = 1,250$) faltan 47 providencias con las cuales el resultado correcto es $1214 : 933 = 1,30$, con lo que se demuestra que efectivamente hubo mala contabilización de las providencias de fondo.

Por otro lado, sostiene, que su firma en el acta de visita da testimonio de que se practicó, pero no convalida ni las inexactitudes ni los errores aritméticos en que se incurrió al elaborarla.

3.- **Acusación:** Se estima que el trabajo realizado por la doctora Estrada está por debajo del de la mayoría de los otros Magistrados, pues su promedio es 1,250 en tanto que el de los demás está por encima de 1,38 (fl. 268).

Réplica: Arguye la implicada que los datos numéricos que sirvieron para determinar el promedio son incorrectos dado que no se incluyeron en el cuadro A) las referidas diez aclaraciones de voto, como sí se hizo respecto de otros Magistrados según consta en las correspondientes actas de visita a folio 219 lit. D, 240 y 248 (sic, debe decir 245).

Finalmente, agrega que el promedio correcto debe incluir las actuaciones relacionadas en los cuadros A) (providencias de fondó de primera o única instancia), B) (providencias de fondo de segunda instancia) y C) (otros trabajos) y no solamente las del primero, con lo cual su promedio alcanza a 4,757, superior al medio del Tribunal que es de 4,546 según se determina a partir de los promedios de cada uno de los seis Magistrados, contenidos en sus respectivas actas de visita visibles a folios 232 (sic, es 231), 215, 218, 22, 235 y página 15 del acta del doctor Jarava del Castillo que se adjunta al escrito de alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cargo formulado contra la Magistrada por morosidad en el despacho de expedientes se fundamenta en los artículos 95 numeral 1o. del Decreto 052 del 13 de enero de 1.970, 116 literal a) del Decreto 2400 de julio 29 de 1.986 y 61 literal a) del Decreto 052 de enero 13 de 1.987, normas que tuvieron vigencia sucesivamente durante el lapso de la visita (agosto 1o. de 1.985 a diciembre 15 de 1.988) y cada una de las cuales derogó en lo pertinente la norma inmediatamente anterior.

Si bien, cada una de las normas mencionadas reguló nuevamente la falta disciplinaria de que nos ocupamos, no sufrió ésta modificaciones de consideración, pues únicamente se agregó en el Decreto 2400 de 1.986 el elemento normativo "sin justa causa" a la tercera de las conductas descritas en la disposición: "dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente", no obstante que el Decreto Reglamentario 1660 de agosto 4 de 1.978 lo había ya incluido en su artículo 162 numeral 1o. al describir la misma falta, cuestión que ratificó reiteradamente el Tribunal Disciplinario como en la providencia de julio 29 de 1.983 con ponencia del doctor Rodolfo García Ordoñez en uno de cuyos apartes sostiene:

"Sin embargo, lo anterior (vencimiento del término legal sin la actuación correspondiente) no es suficiente para responsabilidad disciplinaria contra el acusado, pues las normas cuya transgresión se analiza no califican como falta la simple ejecución de los comportamientos en ellas descritos, sino que la estructura del tipo disciplinario contiene un elemento normativo de indispensable demostración, para poderlo sancionar, cual es la injustificación del proceder" (Rev. del T.D., año III, vol. 1, num. 3, pag. 211).

Las normas invocadas por la Procuraduría (fls. 41 y 269) como fundamento de la acusación, describen, como se dijo, tres conductas claramente diferenciadas, a saber:

"Omitir (...) injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señala la ley o los reglamentos de oficina (...)".

"(...) retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señalen la ley o los reglamentos de la oficina (...)".

"(...) dejar vencer **sin justa causa** los términos sin la actuación correspondiente" (subrayado fuera del texto).

No es clara la Procuraduría en torno a cual de las tres conductas mencionadas se refieren los cargos, pues por una parte, en la resolución de acusación, declarando probados y no desvirtuados los cargos, aduce morosidad de la funcionaria (fls. 266 y Ss.), por la otra, en el pliego de cargos se refiere al vencimiento del término de cuarenta (40) días ordenado por el artículo 211 del C.C.A., sin registrar proyecto de sentencia.

A este respecto, estima la Sala que las disposiciones comentadas se refieren a tres momentos cualitativamente diferentes de una misma conducta omisiva que se puede tomar en definitiva, pues en primer lugar, cuando existe un término legal (y el del art. 211 lo es), para que se incurra en la conducta objetiva se debe haberlo dejado vencer sin efectuar la actuación correspondiente (en este caso registrar proyecto de sentencia), momento a partir del cual y no antes, comienza a configurarse el retardo, en cuyo transcurso, si sobrevienen circunstancias no temporales que determinen la imposibilidad del cumplimiento de la correspondiente actuación (por ej. separación del cargo, cumplimiento de una etapa posterior sin cumplir lo anterior, terminación del proceso, etc.), se incurre en la omisión, cuyo carácter es más drástico respecto del incumplimiento de deberes inherentes al cargo.

Como definitivamente no se trata de omisión, por cuanto no se aduce, tanto más si consideramos que la doctora Estrada al 17 de agosto de 1989 ya había registrado proyecto de sentencia respecto de todos los negocios motivo de la acusación (ver certificación anexa al escrito de alegatos), y dado que el Ministerio Público al calificar la conducta se refiere a la morosidad en el despacho de los expedientes a su cargo (fls. 41, 266, 267 y 269), es a la segunda de las conductas glosadas (el retardo injustificado) a la que se dirige la acusación; por tanto, son los elementos que componen su descripción normativa los que deben ser confrontados con los hechos objeto de investigación a fin de establecer si se incurrió o no en falta disciplinaria.

Por otro lado en lo que tiene que ver con el elemento normativo ya mencionado, ha sido enfática la jurisprudencia del Tribunal Disciplinario, acogida por esta Corporación, en el sentido que no es el simple retardo objetivo el que configura la falta contra la eficacia de la administración de justicia, sino que para el efecto se

precisa que haya ausencia de justificación siendo por tanto necesario probar la injustificación de la conducta, y así mismo, evaluar los hechos tendientes a justificarla. Al respecto ver dos sentencias del Tribunal Disciplinario ambas de 5 de mayo de 1.983 (ref. del T.D., año III, vol. I, num. 3, págs. 189 y 201).

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en Sala Disciplinaria en sentencias del 9 de octubre de 1.989, con ponencia de Consuelo Sarriá Olcos (exp. No. C-092, extractos No. 10 tomo VI, pág. 40) y del 6 de septiembre de 1.990 con ponencia de Jaime Abella Zárate (exp. No. C-121, págs. 3 y 4 de la providencia).

En este orden de ideas, antes de decidir, debe la Sala en primer lugar, evaluar los hechos objeto de investigación para verificar la prueba y la medida en que se adecúan al elemento objetivo de la descripción normativa para, si es así, proceder a determinar si se ha probado o no la carencia de justificación, evaluando los hechos que tiendan a demostrar su presencia o ausencia.

1. El elemento objetivo.

En cuanto a este aspecto, observa la Sala que efectivamente, como afirma la implicada, hay imprecisiones y errores en el acta de visita general que sirvió de base al pliego de cargos y a la resolución de acusación.

a) El acta de visita.

En primer lugar, no se incluyeron diez (10) aclaraciones de voto en la relación indicada a folio 23 (cuadro A), las cuales ha demostrado la doctora Estrada con certificación de la Secretaría del Tribunal y que constituyen trabajo que debe ser tenido en cuenta para calificar la actuación de los funcionarios judiciales.

En segundo lugar, para la determinación del promedio de providencias de fondo, visible a folio 24, no se suman, como se anuncia, las actuaciones del cuadro A) (providencias de fondo en primera o única instancia) con las del B) (principales providencias de fondo de segunda instancia y Jurisdicción Coactiva), sino que se suma el total de sentencias (382 a fl. 22) con el de autos (785 a fl. 23) ambos del cuadro A), sin incluir las providencias del cuadro B) (37 a fl. 23).

En tercer lugar, no se determinó como sí se hizo de otros Magistrados (fls. 215, 218, 231, 235 y 243) el rendimiento del despacho (suma cuadros A), B) y C)) ni tampoco se elaboró su promedio (dicha suma dividida por número de días hábiles), dato que permite comparar el trabajo de los diferentes Magistrados con lo cual se tiene un elemento de juicio indispensable para determinar el rendimiento de cada despacho.

En consecuencia, tomando en cuenta lo manifestado en los párrafos anteriores, los datos del despacho de la doctora Estrada correctamente determinados quedan así:

SALA DISCIPLINARIA

A- Providencias de Fondo primera ó única instancia: (incorrecto a fl. 23)	Sentencias Autos y ot. Total	382 795 1.177
B- Providencias de Fondo segunda instancia y jurisdicción coactiva: (fl. 23)		37
C- Otros trabajos (fl. 24)		3.225
D- Promedios providencias de fondo (A + B ÷ 933) : 1.214 ÷ 933 = (Incorrecto a fl. 24)		1,301
Principales actuaciones (C ÷ 933) : 3.225 ÷ 933 =		3,456
Rendimiento (A + B + C ÷ 933) :		4.439 ÷ 933 = 4,757
(No se determina en acta)		

Por su parte los promedios correspondientes a los demás Magistrados del Tribunal quedan como sigue:

Dr. Francisco Vélez Atehortúa (folios 231 y 232)	Prov. de fondo Pples. actuaciones Rendimiento	1,516 4,619 6,136
Dr. Gustavo A. García N. (fl. 235)	Prov. de fondo Pples. actuaciones Rendimiento	1,439 4,559 5,998
Dr. Humberto Cárdenas Gómez (fls. 215 y 216. incorrecto en aleg. pág. 16)	Prov. de fondo Pples. actuaciones Rendimiento	1,481 3,563 5,045
Dr. Oscar Anibal Giraldo Castaño (fl. 218)	Prov. de fondo Pples. actuaciones Rendimiento	1,692 2,670 4,363
Dr. Ricardo Hoyos Duque (Incorrecto a fl. 243 y ss.)	Prov. de fondo Pples. actuaciones	2,016 2,161

	Rendimiento	4,177
Dr. Jorge Octavio Ramírez	Prov. de fondo	1,289
(fl. 239)	Pples. actuaciones	2,123
	Rendimiento	3,413
Dr. Joaquín Jarava del Castillo	Prov. de fondo	0,853
(Incorrecto a fl. 15)	Pples. actuaciones	0,486
	Rendimiento	1,339
Promedio General del Tribunal	Prov. de fondo	1,448
(suma general: 8. no lo determina	Pples. actuaciones	2,954
la Procuraduría)	Rendimiento	4,403

En donde se observa que el promedio de rendimiento de la doctora Estrada es superior al promedio del Tribunal, ubicándose por encima de cuatro de sus compañeros; información valiosa que no se puede obtener sin la determinación y comparación de los anteriores promedios.

b) La resolución de acusación.

Estima la Sala conveniente hacer dos aclaraciones en lo que tiene que ver con los cinco expedientes morosos que indica la implicada no se encontraba en su despacho a la fecha de visita:

En primer lugar, en relación con tres de ellos (Rad. Nos. 16423, 16456 y 22215) asiste la razón a la enjuiciada en cuanto que no se debieron incluir pues nunca le fueron asignados sino que correspondieron a otros Magistrados, lo que apoya con certificación de la Secretaria del Tribunal y que se corrobora con el hecho que no figuran ni en el acta de visita (fls. 5 y Ss.) ni en el pliego de cargos (fls. 38 y Ss.).

En segundo lugar, en cuanto a los otros dos expedientes (los Nos. 19531 y 15074), considera la Sala que si bien ya habían sido fallados a la fecha de la visita y por tanto cumplida la obligación de registrar proyecto de sentencia, no ve obstáculo para que se investigue su retardo en tanto no haya transcurrido el término de prescripción de la acción disciplinaria el cual es de cinco (5) años (arts. 104 Decreto 250 de 1.970, 212 Decreto 1660 de 1.978, 125 Decreto 2.400 de 1.986, 63 Decreto 052 de 1.987 y 35 Decreto 1888 de 1.989), debiéndose contar lógicamente, el tiempo de mora, hasta la fecha en que se produjo la respectiva actuación.

Por último, como lo sostuvo esta Corporación en providencia del 6 de septiembre de 1.990 con ponencia del doctor. Jaime Abella Zárate, el término legal fijado para el cumplimiento de una actuación no se debe incluir dentro del tiempo de mora el cual solo se cuenta a partir del vencimiento de aquél. Manifiesta la sentencia mencionada:

"(...) 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" (Exp. C-121, pág. 9 de la providencia).

Como consecuencia de lo manifestado en los párrafos anteriores, al formularse cargos por los expedientes relacionados a folios 266 y 267 (Resolución de acusación), deben hacerse las salvedades mencionadas, con lo cual se reducen a treinta (30) los expedientes atrasados y en cuarenta (40) días hábiles el tiempo de mora de cada uno de ellos de modo que los diez (10) expedientes que en la resolución de acusación figuraban con más de dos (2) años de retraso, se limitan a ocho (8), pues la mora de los Nos. 19377, a despacho para fallo desde el 5 de noviembre de 1.986 y 18270, a despacho para fallo desde el 12 de noviembre de 1.986 sólo se cuenta desde el 15 y el 22 de enero de 1.987 respectivamente.

Respecto de los mencionados ocho expedientes, la situación de mora queda así:

Exp. No. 19634 mora desde abril 22 de 1.986

Exp. No. 16119 mora desde mayo 9 de 1.986

Exp. No. 18446 mora desde junio 10 de 1.986

Exp. No. 19869 mora desde septiembre 5 de 1.986

Exp. No. 17996 mora desde septiembre 27 de 1.986

Exp. No. 16993 mora desde octubre 3 de 1.986

Exp. No. 19531 mora desde octubre 14 de 1.986 (fallo 15 de noviembre de 1.988)

Exp. No. 19550 mora desde noviembre 25 de 1.986

Ahora bien, contando los cuarenta (40) días estipulados por el artículo 211 del C.C.A. hacia atrás desde la fecha de la visita general (diciembre 15 de 1.988) se tiene que todo expediente que haya entrado a despacho antes del 27 de octubre de ese año, y cuyo proyecto de sentencia no hubiera sido registrado a 15 de diciembre de 1.988 se encontraba objetivamente en mora; en consecuencia, de la relación visible a folios 266 y 267, excluyendo los tres asignados a otros Magistrados había para esa fecha treinta expedientes objetivamente retrasados.

Corresponde ahora analizar si se ha demostrado lo atinente al elemento normativo que vincule la responsabilidad de la enjuiciada por ese hecho objetivo.

2. El elemento normativo.

Para el efecto estima la Sala, que no ofrece la visita efectuada por la procuraduría, ni las actuaciones realizadas posteriormente por ésta entidad, elementos de juicio plenamente satisfactorios que permitan formarse una idea precisa de las circunstancias relevantes para decidir.

En efecto, además de los errores e imprecisiones anotados, se perciben deficiencias en la investigación que le restan aptitud para tomar una decisión condenatoria, algunas de las cuales ya han sido señaladas por esta Corporación y por el Tribunal Disciplinario respecto de otras investigaciones. Las precisaremos a continuación:

a) No hay uniformidad de criterios en cuanto a medir el rendimiento en el trabajo que permita hacer una comparación del mismo.

Efectivamente, en el caso presente no se incluyó en el acta de visita a la doctora Estrada las aclaraciones de voto como sí se hizo respecto de otros de sus compañeros. Tampoco se determinó su promedio de rendimiento, según se vió, a fin de compararlo con el de otros Magistrados, lo cual una vez hecho muestra la enjuiciada por un promedio superior al de la mayoría de sus compañeros.

En idéntico sentido se pronunció esta Corporación en providencia del 5 de septiembre de 1.990 (exp. C-121, pág. 9 de la sentencia literal a), Consejero Ponente Jaime Abella Zárate).

b) No se hace un análisis cualitativo del trabajo pues es evidente que la mera consideración cuantitativa es insuficiente para crearse un criterio certero.

Al efecto manifestó el Tribunal Disciplinario:

"La contabilización estadística del trabajo sirve como orientación para determinar el número y cantidad de asuntos despachados, pero no viene a demostrar la verdadera calidad del funcionario en lo concerniente a su experiencia, capacidad de trabajo, capacidad de investigación, hábito de estudio, y consagración al mismo" (sent. 9 de mayo de 1.983, Magistrado Ponente Benjamín Montoya Trujillo, Rev. del T. D. No. 3, pág. 189; igualmente sent. C. de E. 6 de septiembre de 1.990, ibídem pág. 9 y 10).

En el caso que nos ocupa figuran pruebas que mas bien tienden a desvirtuar negligencia o culpa de la Magistrada, indicando su laboriosidad, como la certificación de la Secretaría del Tribunal (adjunta a los alegatos) en la cual consta que la doctora Estrada fué quien produjo el mayor número de sentencias en los años 1.988 y 1.989, estando en el año de 1.988 (al cual se contrae parte de la visita) por encima de tres de sus compañeros que iniciaron labores simultáneamente con ella en 1.985.

De igual manera resulta claro que hay algunas providencias de elevado grado de complejidad cuya elaboración requiere de mayor cantidad de tiempo y esfuerzo, de lo cual son ejemplos los que aduce como prueba la doctora Estrada, visibles a folios 106 y Ss.

c) No se establece si el retardo ha sido por motivos atribuibles al funcionario, por negligencia o incapacidad profesional, por ejemplo, o si se debe a factores externos, ajenos a su voluntad, como lo puede ser la congestión del despacho.

Al respecto indicó el Tribunal Disciplinario en sentencia de mayo 10 de 1.983 con ponencia del doctor Marco Gérardo Monroy Cabra:

"Lo esencial es indagar si el funcionario acusado fué negligente, acucioso, cumplidor de los deberes que en cada caso la ley le impone, por cuanto si por razón de las circunstancias en que se vé obligado a desempeñar su labor, o por el excesivo recargo de trabajo debido al cúmulo de procesos o por hechos extraños al funcionario como el que haya recibido numerosos procesos, u otros factores, no puede tramitar todos los procesos dentro de los términos que la ley establece, existe plena justificación dado que nadie es obligado a lo imposible" (Revista del Tribunal Disciplinario, No. 3, año III, pág. 201; en igual sentido C. de E., sent. de mayo 19 de 1.989, Extractos tomo IV, págs. 45 y 46).

En relación con este punto encuentra la Sala que efectivamente tales factores pueden justificar el retraso en el diligenciamiento de procesos, aún más si se le aunan la existencia de otras responsabilidades como lo puede ser en este caso la designación para la Presidencia del Tribunal y la delegación para el Consejo Seccional de la Carrera Judicial.

En consideración a todo lo anterior y una vez determinado el alcance de lo probado en el proceso, no encuentra la sala suficientemente configurada la responsabilidad de la enjuiciada de modo tal que se pueda afirmar que se halle incurso en falta disciplinaria que amerite sanción.

Por lo expuesto, la Sala Disciplinaria del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Absolver a la doctora Edda del Pilar Estrada Alvarez de responsabilidad por los cargos formulados en su calidad de magistrada del H. Tribunal Administrativo de Antioquia por la Procuraduría General de la Nación mediante resolución No. 045 de agosto 17 de 1.990.

Notifíquese personalmente a la doctora Edda del Pilar Estrada Alvarez.

Notifíquese personalmente al Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Los Consejeros:

Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel Gonzalez Rodríguez.

Nubia González Cerón, Secretaria



SALA DE CONSULTA

Y

SERVICIO CIVIL



**TESTIMONIO. Recepción. NOTARIO - Facultades/ ALCALDE - Facultades/
DELEGACION DE FUNCIONES- Improcedencia**

El artículo 130 del Decreto-ley 2282 de 1.989, que reemplazó el artículo 299 del C. del P.C., transfiere a los Notarios y Alcaldes la facultad de recibir testimonios con fines extrajudiciales o para hacerlos valer en algún proceso judicial siempre que no se pida la citación de la parte contraria. El precepto se propone relevar a los jueces de estas tareas para descongestionar los despachos judiciales y dispone que deben ser cumplidas por notarios y alcaldes. Sin embargo, no contempló la facultad de delegación y por lo mismo esa atribución debe ser ejercida directamente por los notarios y alcaldes. No existe la posibilidad de delegación.

Autorizada la publicación con oficio 599 del 2 de Octubre de 1.990.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-Bogotá, D.E., seis (6) de Septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, recepción de testimonios ante Notarios y Alcaldes. Radicación No. 372.

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

"En atención a consultas que han hecho diferentes Alcaldes especialmente de capitales de Departamento, me permito someter a consideración de esa H. Sala el siguiente tema:

"TESTIMONIOS ANTE NOTARIOS Y ALCALDES. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante Notarios o Alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que solo están destinados a servir de pruebas sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y solo tendrán valor para dicho fin".

"Debido a las múltiples actividades que tienen que desarrollar los Alcaldes, especialmente los de capitales de departamento, es casi imposible que puedan recibir personalmente, en el momento en que sean requeridos los testimonios a que hace referencia el artículo transcrito; en consecuencia, se consulta a esa H. Sala, si podrían los Alcaldes delegar en los Inspectores Municipales de Policía la recepción de los testimonios a que se ha hecho referencia".

La Sala considera:

1o) La delegación de funciones es una institución jurídica mediante la cual el funcionario u organismo competente transfiere, específica y temporalmente, a uno de sus subalternos una determinada atribución. Pero para ello es necesario la correspondiente facultad de delegación.

2o) El artículo 135 de la Constitución Nacional contempla la delegación de funciones del Presidente de la República en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos o Gobernadores. El precepto exige que las materias delegables estén determinadas por la Ley y además contempla que el delegante puede reasumir en cualquier tiempo la competencia delegada. La Ley 202 de 1.936 y el Decreto-ley 2703 de 1.959 determinan, entre otras disposiciones, las materias que pueden ser objeto de delegación presidencial.

3o) El Decreto-ley 1050 de 1.968, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes o decretos-leyes especiales, contempla, de modo general, la posibilidad de delegación de funciones en los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. Respecto a los establecimientos públicos nacionales el correspondiente estatuto legal determina o prevé la facultad de delegación.

4o) En relación con la administración regional y local, los correspondientes estatutos regulan la facultad de delegación, en tal forma que ésta se podrá ejercer o no según esté o no autorizada por ordenanzas o acuerdos intendenciales, comisariales o municipales. Pero, si los funcionarios u organismos de la administración regional o local ejercen funciones prescritas directamente por la Ley, solamente ésta puede prescribir la facultad de delegar funciones.

5o) El artículo 130 del Decreto-ley 2282 de 1.989, que reemplazó el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, prescribe:

"Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba y solo tendrán valor para dicho fin".

Esta disposición transfiere a los notarios y alcaldes la facultad de recibir testimonios con fines extrajudiciales o para hacerlos valer en algún proceso judicial siempre que no se pida la citación de la parte contraria. El precepto se propone relevar a los jueces de estas tareas para descongestionar los despachos judiciales y dispone que deben ser cumplidas por notarios y alcaldes. Sin embargo, no contempló la facultad de delegación y por lo mismo esa atribución debe ser ejercida directamente por los notarios y alcaldes. En consecuencia no existe la posibilidad de delegación.

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala, Ausente con excusa legal; Javier Henao Hidrón, Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo.

Elizabeth Castro R., Secretaria.

MONOPOLIO DE LICORES

Los Gobernadores no están autorizados por la Ley para celebrar contratos de concesión con empresas particulares para la producción, introducción o ventas de licores. Todos estos aspectos constituyen un monopolio en favor de los departamentos como arbitrio rentístico; sólo en el caso de que el monopolio no conviniera los departamentos podrán gravar la producción o las actividades de introducción y ventas de licores. Y en desarrollo del monopolio, celebrar contratos de comercialización o convenios económicos.

Autorizada la publicación con oficio 601 del 10 de octubre de 1.990.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., quince (15) de agosto de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia : Consulta sobre el monopolio de producción, introducción y venta de licores.- Radicación número 367.-

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, consulta a la Sala sobre el alcance del monopolio departamental de licores, para lo cual transcribe una ordenanza que está concebida en los términos siguientes :

ARTICULO 1o.- Autorízase al Gobernador del Departamento para contratar directamente con personas naturales o jurídicas, que se obliguen por su cuenta y riesgo :
a) Construir en terreno de su propiedad, montar y poner en funcionamiento, una Empresa Industrial con destino a la producción, introducción y venta de licores y vinos espumosos; así como a la producción, distribución y venta de alcohol, sus productos y subproductos; b) a revertir tal Empresa al Departamento al término del

contrato, sin costo alguno para éste, contrato que si es de Concesión no podrá exceder de veinte años.

PARAGRAFO UNICO.- Un año antes de la terminación del contrato que se celebre la Asamblea, por iniciativa del Gobernador, creará la Empresa Industrial de carácter departamental que ha de asumir el dominio y dirección de la Empresa que a favor del Departamento ha de transferir el contratista a título de reversión.

ARTICULO 2o.- En el contrato quedará claramente establecido que el contratista tendrá derecho, por su inversión y manejo de su Empresa, al ingreso que se derive de su explotación económica o a un porcentaje que se fije sobre las utilidades que ella arroje; de acuerdo con estudios técnicos y financieros que adelanten.

ARTICULO 3o.- El contrato se celebrará según las normas del Estatuto de Contratación Nacional (Decreto 222 de 1.983) y el Código Fiscal Departamental (Ordenanza 26/86) y la reglamentación que expida el Gobierno sobre el modo de operar la concesión.

ARTICULO 4o.- La autorización que se otorga por medio de esta ordenanza tendrá una vigencia de seis (6) meses contados a partir de su publicación, descontando el tiempo que demande el trámite del contrato.

ARTICULO 5o.- Esta ordenanza rige desde su publicación.

Seguidamente el señor Ministro formula las siguientes preguntas:

1. Puede el Gobernador con base en la ordenanza transcrita, celebrar con una sociedad particular un contrato de concesión para la producción, introducción y venta de licores y vinos espumosos, por un término de 20 años comprometiéndose a construir en terrenos de su propiedad, por su cuenta y riesgo, una empresa industrial con los fines anotados, la cual deberá revertir al departamento sin costo alguno, una vez finalice el contrato?. Debe anotarse que ni el Decreto 222 de 1.983 ni el Código Fiscal Departamental, regulan esta clase de contratos de concesión.

2. Puede el Gobernador con fundamento en la autorización de la Asamblea, contratar directamente sin llenar el requisito de la licitación, exigencia que se contempla en el Código Fiscal Departamental, debido a la cuantía del contrato?.

3. Se puede acordar en el contrato que una vez se inicie la ejecución del mismo el Departamento se compromete a prohibir la introducción, distribución y venta de licores destilados fabricados por otros Departamentos?. Y que si fuere ne-

cesario, mientras se inicie la producción de la fábrica el concesionario será el encargado, previo contrato o convenio de realizar la introducción, distribución y venta de licores producidas por otros departamentos?.

4. Se puede establecer en el contrato que en el caso de que la introducción, distribución y venta de licores producidos por otros departamentos se lleve a cabo por el contratista concesionario, éste se obligará a garantizar y pagar los impuestos legales respectivos, (consumo) impuestos que formarán parte de la renta fiscal que cada mes calendario debe pagar el contratista concesionario del departamento?.

5. En el contrato se puede estipular que el Departamento autoriza la introducción y venta de licores producidos por las industrias licoreras de otros departamentos con los cuales el concesionario celebre los respectivos convenios de introducción o intercambio?.

6. Se puede acordar en el contrato la exoneración de los impuestos departamentales para la legalización del contrato, sin que la ordenanza lo haya autorizado?.

7. Finalmente un contrato celebrado en los términos descritos sería abiertamente inconstitucional e ilegal y en consecuencia el Gobernador podría aplicar la excepción de inconstitucionalidad para no darle cumplimiento?.

8. Si un contrato como el descrito en los numerales anteriores además, afecta económicamente los intereses del Departamento porque tanto la renta como los incrementos que debe pagar el concesionario a la entidad territorial son irrisorios y altamente lesivos para ésta, podría el Gobernador fundamentado en el artículo 19 del Decreto 222 de 1.983, así como en el Código Fiscal Departamental, el cual contempla este mismo principio, declarar la terminación unilateral del contrato en atención a que su ejecución es de grave inconveniencia para el interés público del Departamento, puesto que económicamente va a producir una situación crítica para el mismo?.

LA SALA CONSIDERA

1. El artículo 31 de la Constitución Política de Colombia que corresponde al artículo 4o. del Acto Legislativo número 3 de 1.910, consignó respecto de monopolios la siguiente disposición:

Ninguna Ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que se 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.

En desarrollo de la norma citada, la Ley 88 de 1.910 confirió a las asambleas departamentales la siguiente atribución:

Monopolizar en beneficio de su tesoro si lo estiman conveniente y de conformidad con la ley la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias, en la forma que lo determine la ley, si no conviene al monopolio. (Artículo 23 numeral 35).

Quedó, pues, definido desde un principio, que el monopolio a través de los departamentos (regulado por las asambleas de conformidad con la ley) se refería a licores destilados y comprendía la producción, introducción y venta de los mismos. Mas se estableció la opción de "gravar esas industrias", si no conviniera el monopolio.

Posteriormente, en la revisión constitucional del año de 1.921 (en la parte que corresponde al actual inciso tercero del artículo 39 de la Constitución Política), se dispuso:

La Ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

La mencionada autorización dió origen a la expedición de las Leyes 12 y 88, ambas de 1.923 por medio de las cuales se estableció que la renta de licores sería administrada por los departamentos y que éstos debían producir los licores, bien directamente o mediante "contrato con particulares", posibilidad esta última que en su momento se entendió como una forma de guardar la salubridad, seguridad, y moralidad públicas, pero que más tarde perdió vigencia al reiterarse el principio del monopolio departamental sobre la producción, introducción y venta de licores destilados. Además, y siguiendo el criterio orientador señalado por el constituyente, se dispuso que las asambleas dictarían normas contra el alcoholismo, restringiendo la producción, venta y consumo de licores destilados y bebidas fermentadas.

Otras leyes sobre la materia fueron la 34 de 1.925, la 88 de 1.928 y la 47 de 1.930, todas las cuales quedaron expresamente derogadas con la expedición de la ley 14 de 1.983. A este propósito, el Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1.986, artículo 132), señala con suficiente claridad:

A partir de la vigencia de la ley 14 de 1.983 están derogadas las leyes 88 de 1.923, 34 de 1.925, 88 de 1.928, 47 de 1.930 y los Decretos 2956 de 1.955 y

131 de 1.958 y todas las demás normas contrarias a lo dispuesto en los artículos anteriores.

Y más adelante el mismo Código de Régimen Departamental cubre todo resquicio respecto de leyes anteriores sobre la materia al preceptuar en su artículo 339:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 35, literal b), de la ley 3a. de 1.986 están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto.

2. La ley 14 de 1.983 sobre fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales entre sus disposiciones consignó la siguiente relacionada con el monopolio departamental respecto de los licores:

La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene conforme a lo dispuesto en ésta ley. (Artículo 61).

Además reguló en el capítulo V el impuesto al consumo de licores cuyas disposiciones incorporó el legislador extraordinario al Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1.986, artículo 121 al 134).

Al presentar la exposición de motivos al proyecto de ley que dió origen a la ley 14 de 1.983, el entonces Ministro de Gobierno, Rodrigo Escobar Navia, explicaba que tras la declaratoria de inexecutable por la Corte Suprema de Justicia de la mayor parte de los decretos dictados por el Gobierno Nacional para el fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales durante la emergencia económica establecida en el año de 1.982, el proyecto buscaba restablecer la vigencia jurídica de esos instrumentos mediante su conversión en ley. Y con respecto al Capítulo V, denominado en el proyecto "Impuesto al consumo de bebidas alcohólicas" y en la ley 14 intitulado "Impuesto al consumo de licores", señalaba el siguiente criterio orientador:

Este capítulo sigue muy de cerca el proyecto de ley que sobre la misma materia ha cursado durante las últimas legislaturas en el Congreso Nacional, entorno del cual existe un virtual consenso, después de varias iniciativas para regular el monopolio departamental sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y establecer el impuesto de consumo a las bebidas alcohólicas.

Conforme una vieja tradición colombiana, **se mantendrá este monopolio de los departamentos** como arbitrio rentístico y se prevé que, si no conviene, puedan gravarse esas industrias y actividades sin perjuicio de uniformar el régimen impositivo actual atendiendo solicitudes de los diversos sectores in-

teresados, como la Cámara ha tenido oportunidad de conocerlo en los últimos años. (El subrayado es de la Sala).

Y puntualizaba:

El proyecto excluye de este monopolio departamental los vinos, vinos espumosos o espumantes, los aperitivos y similares nacionales, sin perjuicio del impuesto de consumo que regula. (1).

Por otra parte, el artículo 61 de la ley 14 de 1.983, transcrito en este acápite, retoma en su esencia lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 88 de 1.910, transcrito en el acápite anterior, en cuanto al monopolio de los departamentos como arbitrio rentístico sobre la producción, introducción y venta de licores destilados; y coinciden también en advertir que, si el monopolio no conviene, las Asambleas Departamentales podrán gravar aquella industria (la producción de licores destilados) y estas actividades (la introducción y venta de los mismos), con sujeción a la ley.

Consecuencialmente, las Asambleas Departamentales están autorizadas por el legislador para regular en su departamento la producción de licores destilados y, si es el caso, para establecer gravámenes respecto de las industrias que los produzcan (las cuales pueden ser otros departamentos, en tratándose de licores de producción nacional, o industrias licoreras extranjeras), así como para gravar las actividades de introducción o venta de tales licores en el territorio de su jurisdicción.

De ahí la regulación legal del impuesto de consumo (sobre licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares) que será pagado a los departamentos por los productores e introductores y que se determina sobre el precio promedio nacional al detal de la botella de 750 mililitros de aguardiente anisado nacional o proporcionalmente a su volumen, según las siguientes tarifas:

1. El 35% para licores nacionales y extranjeros.
2. El 10% para vinos, vinos espumosos o espumantes y aperitivos y similares extranjeros.
3. El 5% para vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares nacionales.

El mencionado impuesto de consumo es un tributo del orden nacional, cedido a los departamentos por la ley 88 de 1.928 y que reitera la ley 14 de 1.983, disposición esta última que lo cede a favor de los departamentos, intendencias y comisarías.

Para la imposición del gravamen al consumo y para determinar la extensión del monopolio, la ley diferencia entre **licores destilados** (aguardiente anisado, whisky, brandy, coñac, ginebra, ron, etc.) y **bebidas fermentadas** (vinos, vinos espumoso o

espumantes, cervezas, aperitivos y similares) (1). Respecto de los primeros, existe el monopolio por los departamentos en relación con su producción, introducción y venta en el territorio departamental; además la respectiva entidad territorial percibe el impuesto de consumo, que será pagado por los productores o introductores de dichos licores. En cuanto a las segundas, no existe monopolio estatal y, por tanto, su producción y distribución son libres en el territorio nacional, con sujeción al pago del impuesto de consumo y en la medida en que las disposiciones sanitarias no lo prohíban.

3. En materia contractual es preciso tener en consideración que las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como las referentes a inhabilidades e incompatibilidades, **están reservadas a la ley**, por expresa disposición del Código de Régimen Departamental (artículo 211). En tales aspectos (y en lo relacionado con los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales), son aplicables a los departamentos las disposiciones del decreto ley 222 de 1.983 o Estatuto Contractual de la Nación y sus Entidades Descentralizadas.

Como consecuencia, los departamentos y municipios en sus normas fiscales sólo podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio.

En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos tan solo pueden celebrar contratos o convenios que les permitan la comercialización de aquellos licores. O en los términos del artículo 63 de la ley 14 de 1.983 (Código de Régimen Departamental, artículo 123), podrán celebrar **contratos de intercambio** con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos.

Y en tratándose de la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, es necesario obtener previamente el permiso del respectivo departamento, que sólo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios establecidos por la ley 14 de 1.983 (y reproducidos en el Código de Régimen Departamental).

Dedúcese, entonces, que no es jurídicamente viable que los departamentos procedan a celebrar contratos de concesión respecto de licores destilados, más aún si se considera que el sistema de concesión únicamente lo admite el Estatuto Contractual para obras públicas y servicios de telecomunicaciones (decreto ley 222 de 1.983, artículos 102 y 181), debiendo adjudicarse ambos contratos mediante licitación pública.

LA SALA RESPONDE

1. Los Gobernadores no están autorizados por la ley para celebrar contratos de concesión con empresas particulares para la producción, introducción o venta de

licores. Todos estos aspectos constituyen un monopolio en favor de los departamentos, como arbitrio rentístico; sólo en el caso de que el monopolio no conviniere, los departamentos podrán gravar la producción o las actividades de introducción y venta de licores, de conformidad con la regulación dispuesta en la ley 14 de 1.983, artículos 61 a 72 (incorporados al Código de Régimen Departamental, artículos 121 a 134). Y, en desarrollo del monopolio, celebrar contratos de comercialización o convenios económicos, tal como lo autoriza el artículo 123 del decreto ley 1222 de 1.986.

Las normas del decreto ley 222 de 1.983 (Estatuto Contractual de la Nación) sobre tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación y los principios del mismo Estatuto sobre terminación, modificación e interpretación unilaterales se aplican también a los departamentos. Y tales normas no contemplan el tipo de contrato de concesión a que se refiere la pregunta. Además, en el Código de Régimen Departamental existe una regulación específica de los contratos que se pueden celebrar en desarrollo del monopolio de licores.

En relación con la producción, introducción y venta de vinos espumosos, los Gobernadores podrían, previa autorización de la Asamblea Departamental conferida mediante ordenanza, celebrar contratos comerciales con empresas particulares, por cuanto tales aspectos no constituyen monopolio departamental y, por el contrario, para su producción y distribución existe libertad de empresa.

2. Si los Gobernadores no están autorizados por la ley para celebrar los contratos de concesión a que se refiere la pregunta anterior, es obvio que por sustracción de materia no podrán contratar directamente.

3. Al no estar autorizados los respectivos contratos, el departamento no podrá adquirir los compromisos a que alude la pregunta.

4. La respuesta es negativa, dada la imposibilidad jurídica para la celebración de tal tipo de contrato.

El impuesto de consumo debe ser pagado por los productores o introductores de licores y bebidas fermentadas, a los departamentos, y las asambleas departamentales solamente están autorizadas para expedir las normas pertinentes para reglamentar los aspectos administrativos del recaudo del gravamen de consumo y aquellas que sean necesarias para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de tales productos.

5. La respuesta es igualmente negativa. La posibilidad de celebrar contratos de intercambio en desarrollo del monopolio de licores, está reservada a los departamentos por el artículo 123 del decreto 1222 de 1.986 y, por ende, no puede ser materia de estipulación contractual por un supuesto concesionario del monopolio.

6. En el hipotético contrato no es jurídico proceder a la exoneración de impuestos departamentales para su "legalización", sin que la ordenanza lo haya autorizado.

7. La excepción de inconstitucionalidad está prevista en el artículo 215 de la Constitución Política y procede para aplicar de preferencia las disposiciones constitucionales, en todo caso de incompatibilidad entre éstas y la ley.

En tratándose de contratos (contratos administrativo o contrato privado con cláusula de caducidad) cualquiera de las partes podrá pedir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se declare su nulidad, o que se ordene su revisión, o que se declare su cumplimiento, y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios causados (decreto ley 2304 de 1.989, artículo 17).

Respecto de las ordenanzas, éstas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Constitución Política, artículo 192). Pero como la ordenanza a que se refiere la consulta no impone una obligación sino que autoriza al Gobernador para celebrar directamente un contrato, y la facultad de contratar a nombre del departamento la tiene el Gobernador (Constitución, artículo 194, ordinal 4o.), este mandatario puede abstenerse de proceder a su celebración.

8. La terminación unilateral del contrato, prevista en el artículo 19 del decreto ley 222 de 1.983, debe fundamentarse en graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución. Y, además, tales motivos deben conducir a determinar que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato. Sólo dentro de este marco, la entidad pública puede proceder a dar por terminado el contrato.

Si en la hipótesis planteada el contrato de concesión aún no ha sido celebrado, trátase de un contrato **nonato** o no nacido y es evidente que en este evento la coyuntura económica crítica aún no ha sucedido, luego no puede servir de fundamento para la aplicación del principio de terminación unilateral de un contrato. Pero si éste ya se encuentra perfeccionado y concurren motivos y circunstancias de que trata el Estatuto Contractual, el departamento que lo celebró puede proceder a darlo por terminado mediante resolución motivada, contra la cual procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista.

Transcríbase la consulta al señor Ministro de Gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente; Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

REVISION DE CONTRATOS/ CONTRATO DE CONCESION/ EXPLOTACION DE MINAS- (Aclaración de voto)

Las leyes 60 de 1.967 y 20 de 1.969 (ésta con excepción de los artículos 1° y 13), así como el Decreto Reglamentario 1275 de 1.970, no pueden servir de fundamento jurídico a la decisión de la Sala, por cuanto todas esas disposiciones fueron expresamente derogadas por el artículo 325 del Código de Minas. El contrato tiene fecha del 6 de septiembre de 1.990 y al mismo no es aplicable la legislación anterior a la expedición del mencionado código, sino los nuevos preceptos allí contenidos, especialmente, para el caso, los artículos 6° y 44.

ACLARACION DE VOTO

La Sala declaró ajustado a la ley el contrato de concesión número 490 celebrado entre La Nación -Ministerio de Minas y Energía - y la Sociedad Cementos del Caribe S.A., para mediana minería (carbón).

Estando de acuerdo con la decisión, considero pertinente hacer aclaración de voto, por cuanto con el debido respeto, considero que la providencia no se encuentra fundamentada como a derecho corresponde, por las razones siguientes:

1. Las leyes 60 de 1.967 y 20 de 1.969 (ésta con excepción de los artículos 1o. y 13), así como el decreto reglamentario 1275 de 1.970, no pueden servir de fundamento jurídico a la decisión de la Sala, por cuanto todas esas disposiciones fueron expresamente derogadas por el artículo 325 del Código de Minas (decreto ley 2655 de 1.988). El contrato tiene fecha del 6 de septiembre de 1.990 y al mismo no es aplicable la legislación anterior a la expedición del Código de Minas, sino los nuevos preceptos allí contenidos, especialmente, para el caso, los artículos 6o. y 44.

2. El artículo 254 del Código Contencioso Administrativo no es el precepto que le confiere la competencia al Consejo de Estado para la revisión de legalidad del contrato, por cuanto se encuentra derogado por el artículo 325 del Código de Minas. La disposición aplicable es el artículo 62 del decreto ley 2304 de 1.989, cuyo texto es el siguiente:

Los contratos sobre exploraciones y explotaciones petroleras y mineras, cualquiera que sea su clase o modalidad, deberán someterse a la revisión del Consejo de Estado cuando su cuantía sea igual o superior a la contemplada en el artículo 253 del Código Contencioso Administrativo (Esta cuantía, con las modificaciones contenidas en los decretos 3867/85, 2269/87 y 597/88, es hoy en día de \$147'294.000.00).

3. En el expediente no aparece claramente determinado cuál es el municipio en donde se encuentra el área de explotación. Como el contrato genera beneficios en favor del municipio o municipios en donde se encuentra el área de explotación, este aspecto debió determinarse de manera que no hubiese lugar a duda.

Ocurre que mientras la cláusula tercera del contrato se dice : "El área dentro de la cual EL CONCESIONARIO desarrollará el objeto de este contrato es un globo de terreno ubicado en jurisdicción del municipio de Montelíbano, departamento de Cordoba...", en otros documentos aparece el municipio de Puerto Libertador, departamento de Cordoba, así:

En la constancia de depósito en la Tesorería General de la República para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato (folio 265), en el memorial suscrito por el apoderado de Cementos del Caribe S.A., del 6 de abril de 1.984 (fl. 186), en el concepto de la Sección de protección del medio ambiente del Ministerio de Minas y Energía, de fecha 9 de junio de 1.987 (fls. 221 a 223), en el concepto de la Sección de Evaluación de Proyectos, de fecha 8 de septiembre de 1.988 (fls. 242 a 246), en la información de la Dirección General de Minas, del 19 de septiembre de 1.988 (folio 247) y en el edicto del 10. de noviembre de 1.988 (fl. 253). Pero en la resolución de aceptación de la caución (folio 256) vuelve a figurar el municipio de Montelíbano.

Todo ello induce a concluir que era prudente y necesario, antes de declarar el contrato ajustado a la ley (ciertamente el concesionario dio satisfactorio cumplimiento a sus obligaciones), proceder a aclarar el texto de la cláusula tercera. Todo parece indicar que Puerto Libertador fue en otra época un corregimiento de Montelíbano, pero en la fecha de celebración del contrato ya era un municipio, con personalidad jurídica y por ende beneficiario con respecto a explotaciones mineras.

Respetuosamente,

Javier Henao Hidrón.

Bogotá, D.E., 4 de octubre de 1.990.

SALVEDAD DE VOTO

Referencia: Contrato. Radicación No 490

No comparto la decisión mayoritaria, en cuanto declaro que el contrato que es objeto de revisión se celebró legalmente porque estimo que, antes de resolver, era menester devolverlo a la oficina de origen para que se defina claramente el municipio de ubicación del área de explotación de la mina, a saber:

Mientras la cláusula 3a. del contrato se afirma que está ubicado en el Municipio de Montelíbano, en otros documentos se la sitúa en el Municipio de Puerto Libertador.

Bogotá, 9 de Octubre de 1.990.

Humberto Mora Osejo.

NOTA DE RELATORIA: Las anteriores aclaración y salvamento, están referidas al Contrato de Concesión para Mediana Minería, celebrado entre la Nación - Ministerio de Minas y Energía y la Sociedad Cementos del Caribe S.A. y Máquinas y Minas Ltda. _Maquimín-, contrato que fue declarado AJUSTADO A LA LEY, conforme a decisión mayoritaria de la Sala.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS DE CEMENTO. ICT/ CAJA DE VIVIENDA MILITAR

Como las sumas recaudadas por el impuesto sobre las ventas de cemento fueron cedidas por la Nación al ICT para que se destinen a la inversión y financiación de vivienda de interés social (art. 98 Ley 9ª de 1.989), es posible que el Instituto financie con estos recursos los programas de la Caja de Vivienda Militar, en los términos del art. 14 del Decreto 3073 de 1.968, siempre que su destinación sea la construcción de vivienda de interés social en forma exclusiva.

Autorizada la publicación con oficio No. 9986 del 27 de noviembre de 1.990.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 376.

Referencia: Consulta del Ministerio de Defensa Nacional, sobre valor que la Nación le transfiere al I.C.T. por concepto del impuesto a las ventas al cemento para efecto del préstamo que esta última debe conceder a la caja de vivienda militar.

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

"Conforme a lo dispuesto por el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, me permito formular a la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil, la siguiente consulta:

"Si con fundamento en el artículo 14 del Decreto Ley 3073 de 1.968, la Caja de Vivienda Militar puede incrementar sus recursos con el diez por ciento (10%) de lo recibido por el Instituto de Crédito Territorial por concepto del impuesto a las ventas del cemento, según el artículo 98 de la Ley 9ª de 1.989.

"El mencionado artículo 14 del Decreto 3073 de 1.968, dice textualmente lo siguiente: "La Caja dispondrá, además, para incrementar sus recursos de un préstamo mensual que el Instituto de Crédito Territorial le otorgará en cuantía igual al diez por ciento (10%) de las entradas que el Instituto haya tenido en el mes anterior por auxilios o aportes del Estado..."

"Fuera de lo anterior, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

- " Al cotejar la norma del decreto orgánico de la Caja de Vivienda Militar con el artículo 98 de la Ley 9ª de 1.989, no cabe duda de que el impuesto sobre las ventas del cemento es una entrada a favor del Instituto de Crédito Territorial".

- "El recaudo de los dineros por el impuesto a las ventas del cemento constituye un aporte estatal, para el sostenimiento del objetivo principal del Instituto de Crédito Territorial, cual es: "adelantar los planes oficiales de vivienda urbana dirigidos a beneficiar específicamente a aquellos grupos sociales que carecen de recursos suficientes para proporcionarse por su propia cuenta una vivienda".

- "A pesar de que la Caja de Vivienda Militar es una establecimiento público del orden nacional y por ésta naturaleza jurídica debiera participar de los dineros del Tesoro Nacional para la realización de sus planes de vivienda, ha venido ocurriendo desde hace muchos años que no percibe suma alguna de las arcas del Estado y tan solo cuenta con el préstamo que el Instituto de Crédito Territorial le otorga para incrementar sus recursos".

- "De tal manera que una interpretación en pro de la Caja de Vivienda Militar, la beneficiaría notoriamente y no causaría perjuicio alguno a programas de desarrollo de otros entes de la administración pública y por el contrario, se contribuiría con una suma apreciable por concepto de préstamos al año para viviendas de interés social, con destino los servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, quienes también deben encontrarse entre las soluciones generales y cumplimiento del objeto asignado legal y orgánicamente al Instituto de Crédito Territorial".

"Debo precisar que las sumas que pueda recaudar la Caja de Vivienda Militar por los aludidos préstamos, tendrán como destinación "Beneficio Social Agentes", con exclusividad en inversión para planes de vivienda".

- "En opinión de este Despacho, el concepto de fecha 10 de Agosto de 1.977 emitido por esa Sala, no puede aplicarse frente al artículo 98 de la Ley 9ª de 1.989, en razón a que los dineros que recibe el Instituto de Crédito Territorial son para programas de inversión o financiación de vivienda de interés social y en ningún caso con

destinación específica para otras entidades. Lo recibido por el Instituto por concepto del aludido impuesto, no es para traspasarlo a otras entidades, siendo por el contrario una renta que le ha sido reconocida por la Ley".

La Sala considera:

1º) El artículo 14 del Decreto 3073 de 1.968, reiterado por el artículo 24 del Decreto 474 de 1.986, sobre organización de la Caja de Vivienda Militar, prescribe que, con el objeto de incrementar sus recursos económicos, esta entidad dispondrá de "un préstamo mensual que el Instituto de Crédito Territorial le otorgará en cuantía igual al diez por ciento (10%) de las entradas que el Instituto haya tenido en el mes anterior por auxilios o aportes del Estado...".

2º) El artículo 97 de la Ley 9ª de 1.989 gravó el cemento con el impuesto a las ventas, en una tarifa general del diez por ciento (10%); este material había sido excluido expresamente de este impuesto mediante el artículo 60, letra b), del Decreto 3541 de 1.983, con otros bienes relacionados con la construcción.

Pero el artículo 98 de la Ley 9ª de 1.989 derogó esta disposición y prescribió que "a partir de la vigencia de la presente ley y durante los cinco (5) años siguientes, prorrogables cinco (5) años más a juicio del Gobierno nacional, deberá incorporarse en el presupuesto nacional una suma igual al ciento por ciento (100%) de lo que se estime se recaudará en el año fiscal por concepto de este impuesto. Esta suma será trasladada al Instituto de Crédito Territorial, para programas de inversión o financiación de vivienda de interés social, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley...".

3º) El artículo 44 de la Ley 9ª de 1.989 define el concepto de vivienda de interés social como "todas aquellas soluciones de vivienda cuyo precio de adquisición o adjudicación sea o haya sido, en la fecha de su adquisición", así:

"a) Inferior o igual a cien (100) salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las cuales, según el último censo del DANE, cuenten con cien mil (100.000) habitantes o menos";

"b) Inferior o igual a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las cuales, según el último censo DANE, cuenten con más de cien mil (100.000) pero menos de quinientos mil (500.000) habitantes";

"c) Inferior o igual a ciento treinta y cinco (135) salarios mínimos legales mensuales en las ciudades en las cuales, según el último censo DANE, cuenten con más de quinientos mil (500.000) habitantes".

4º) Como las sumas recaudadas por el impuesto sobre las ventas de cemento fueron cedidas por la Nación al Instituto de Crédito Territorial para que se destinen a

la inversión y financiación de vivienda de interés social (artículo 98 Ley 9ª de 1.989), es posible que el Instituto financie con estos recursos los programas de la Caja de Vivienda Militar, en los términos del artículo 14 del Decreto 3073 de 1.968, siempre que su destinación sea la *construcción de viviendas de interés social, en forma exclusiva*.

Transcribase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico 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.



SECCION

PRIMERA



**CONSEJO DIRECTIVO DE COMERCIO EXTERIOR/ COMPETENCIA/
EXPORTACION/ ICA/ COMPETENCIA**

Los poderes asignados o deberes reglados para un determinado ente u organismo como en el caso sub lite lo es la tarea de control y certificación para exportaciones en materia de animales y vegetales, referidos unos y otros al ICA, no son extensibles a los poderes conferidos y deberes prescritos a otra entidad u organismo, sin detrimento de la necesaria lógica que en la órbita de tareas normales debe existir entre ellos.

DECLARASE LA NULIDAD de la Resolución número 1716 de mayo 23 de 1.989, expedida por el Gerente General del ICA, "por la cual se dictan disposiciones de índole sanitaria para la exportación de frutas frescas al Japón".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1191. Autoridades Nacionales. Actor: Alvaro Tobón Jaramillo.

Se entra por medio de esta providencia a fallar el proceso de la referencia, originado en la acción ejercida por el señor Alvaro Tobón Jaramillo, en su propio nombre, contra la Resolución No. 1716 de mayo 23 de 1.989 proferida por el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-.

LOS HECHOS

Se resumen en la siguiente forma:

1.- El Congreso de Colombia aprobó la Ley Sexta de 1.967 (marzo 13), por la cual se dictaron disposiciones sobre el régimen de cambios internacionales y comercio exterior y se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinaria pro-témpore, con el objeto de legislar sobre esas materias.

2.- En virtud de las facultades extraordinarias mencionadas, el Presidente de la República expidió el decreto número 444 de 1.967 (marzo 22), reglamentando la totalidad del régimen de cambios internacionales y comercio exterior. Este Decreto, divide el tema en catorce capítulos.

3.- El capítulo quinto reglamenta todo lo concerniente a exportación de bienes y se subdivide en tres secciones: normas generales, exportaciones de café y reexportaciones.

4.- El artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1.967 establece que la exportación de productos colombianos es libre y le asigna a la Junta de Comercio Exterior, hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior, la exclusividad de establecer limitaciones temporales a las exportaciones, además de establecer restricciones para proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables.

5.- El artículo 6o., literal H del Decreto 151 del 1.976, establece que el Consejo Directivo de Comercio Exterior, debe determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones.

6.- El Gerente General del ICA, expidió la Resolución número 1716 del 23 de mayo de 1.989 por medio de la cual *prohíbe temporalmente*, (subraya el demandante), la exportación de toda clase de fruta fresca al Japón.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

En un grupo de tres reúne el accionante las normas violadas y sustenta así su concepto de la transgresión:

Artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1.967. Dice que esta norma superior atribuye la competencia, que en el caso examinado está invadiendo el señor Gerente del ICA, al Consejo Directivo de Comercio Exterior. Es éste, según el actor, el único ente estatal que puede dictar reglamentaciones, señalar el grado de elaboración o transformación de los productos exportables, establecer limitaciones temporales para la exportación, limitar o prohibir la exportación de artículos, únicamente cuando éstos son necesarios para el establecimiento nacional o establecer restricciones para

proteger la flora, la fauna o los recursos naturales no renovables. Manifiesta además, que el Gerente del ICA "se salta todo el ordenamiento jurídico nacional y, establece bajo el régimen de prohibida exportación, el de las frutas frescas".

Decreto-ley 151 de 1.976. Siendo éste, el Decreto orgánico del INCOMEX, en ningún caso prevee la delegación de las funciones de regulación del comercio exterior a otra entidad estatal permitiendo, además en el artículo tercero, literal H, el establecimiento de diferentes regímenes al sistema general de las importaciones. El artículo 6o. por su parte, establece como función del Consejo Directivo de Comercio Exterior, la de determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, requisito que no se cumplió, afirma el actor, pues el señor Gerente del ICA, motu proprio, se arrogó facultades atribuidas a ajena competencia.

Decreto 501 de 1.989. Esta disposición autoriza al Gerente General del ICA, sólo para ejercer el control sanitario de las exportaciones de origen animal o vegetal y certificar su calidad sanitaria, pero en ningún caso, afirma el demandante, para prohibir las exportaciones.

LO QUE SE DEMANDA

La acción tiende a que se decrete la nulidad absoluta de la Resolución No. 1716 de 1.989 (mayo 23) emanada del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-.

ALEGATOS DE LAS PARTES

Al proceso se hizo presente, mediante apoderado judicial, el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- y para oponerse a las pretensiones de la demanda, arguye:

"Considera en forma errónea el actor, que la Resolución No. 1716 del 23 de mayo de 1.989, expedida por la Gerencia General del ICA, viola lo establecido en el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1.967, sin antes haber rebuscado exhaustivamente en el ordenamiento jurídico nacional, pues de haberlo hecho se hubiese encontrado que el ejecutivo mediante el Decreto Ley 501 de 1.989 modificó la estructura orgánica del Ministerio de Agricultura y asignó a sus entidades adscritas y vinculadas, las funciones a cumplir dentro del campo de su competencia.

"De esta manera, el Decreto en comento en su artículo 141, asigna entre otras funciones al Instituto Colombiano Agropecuario "ICA", la establecida en el literal m), ejercer el control sanitario sobre importaciones y exportaciones de animales y vegetales y de productos de origen animal y vegetal, a fin de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del País y certificar la calidad sanitaria de las exportaciones".

Agrega el respondiente, que "Como se puede observar, el Gerente General del ICA, al expedir la resolución No. 1716 de 1.989, no estaba invadiendo competencias atribuidas por normas jerárquicas a otros entes, sino cumpliendo las funciones determinadas en el Decreto Ley 501 de 1.989, de igual jerarquía y posterior expedición al Decreto Ley 444 de 1.967 y al decreto 151 de 1.976".

Después de otras argumentaciones, el representante judicial del ICA termina solicitando al Consejo de Estado "no acceder a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas anteriormente y además la actuación del ICA estuvo ajustada a derecho no presentándose ni el abuso ni la desviación de poder".

Corrido que fue el traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, de acuerdo al procedimiento prescrito, el término concluyó sin que ninguna de ellas se hubiere hecho presente.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero ante el Consejo de Estado conceptúa que no deben prosperar las pretensiones del actor puesto que en el Decreto 501 se determina que, el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura y que son estos organismos los encargados de ejecutar la política agropecuaria en sus respectivos campos de acción, correspondiéndole al Ministerio la formulación y adopción de la política agropecuaria, pesquera y de recursos naturales renovables, "a través y de acuerdo con el Presidente de la República (sic)".

"Se considera por la fiscalía (concluye el concepto), que tiene la Resolución demandada suficiente respaldo legal como se deja anotado y que no es precisamente el Consejo Directivo de Comercio exterior el ente propio para establecer las "limitaciones" de que trata el actor, siendo que por lo demás la función de proteger la producción vegetal del país conlleva la de prevenir las enfermedades y plagas ya también explícita y expresa esta última, idóneas ellas *para certificar la calidad sanitaria de las exportaciones*".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como se colige del concepto de violación expuesto en la demanda, se fundamenta la dicha violación, esencialmente, en la falta de competencia del director del ICA para dictar resoluciones como la acusada entendiendo el actor que la tiene, exclusivamente, el Consejo Directivo de Comercio Exterior.

Bien podría la Sala, dentro del más ortodoxo proceso expositivo y analítico, seguir el orden de las normas superiores denunciadas como agredidas por el acto demandado a fin de determinar la concreción de las denuncias hechas. No obstante,

es a todas luces prioritario enfocar el análisis desde el punto de vista planteado por la parte demandada y recogido por el Agente del Ministerio Público para sustentar en él su petición de que las súplicas sean desoídas.

Se tiene pues, que el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 30 de 1.988, dictó el Decreto-Ley Número 0501 de 13 de marzo de 1.988 "Por el cual se modifica la estructura orgánica del Ministerio de Agricultura y se determinan las funciones de sus dependencias".

En el Capítulo Primero, denominado "Del sector agropecuario", se establece que "El sector agropecuario estará constituido por el Ministerio de Agricultura y sus organismos adscritos y vinculados" y concreta 5 establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Agricultura siendo el primero de ellos el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-. A su vez el artículo segundo, inciso segundo, precisa que "Los organismos del sector agropecuario adscritos o vinculados al Ministerio serán los ejecutores de la Política agropecuaria EN SUS RESPECTIVOS CAMPOS DE ACCION (Se subraya)".

Esos CAMPOS DE ACCION, están señalados en el mismo Decreto cuando al determinar los establecimientos públicos adscritos al Ministerio dedica el literal E) al Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-. El artículo 140 fija como objetivos: Contribuir al desarrollo sostenido del sector agropecuario y de la economía nacional, a través de la investigación, la transferencia de tecnología, la capacitación y la *protección de la producción agropecuaria*.

Y, como se ejerce dicha *protección*?. Lo sigue diciendo el mismo decreto en el literal m) del artículo 141.

Según el literal m): Ejerciendo el control sanitario sobre IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES de animales y vegetales y de productos de origen animal y vegetal, a fin de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del país, y certificar *la calidad sanitaria DE LAS EXPORTACIONES*.

En el aparte inmediatamente reproducido se contiene el contingente de razones y soportes jurídico-positivos que, prima facie, conducirían a pensar en una improsperidad de las pretensiones de sostenimiento, con el fin de resaltar precisamente el campo de acción que enmarca el alcance jurídico de facultades propio del Decreto 0501 de 13 de marzo de 1.989, "Por el cual se modifica la estructura orgánica del Ministerio de Agricultura y se determinan las funciones de sus dependencias", el cual se ofrece en el escrito de impugnación como capitel normativo de lo ordenado en la voluntad administrativa cuestionada.

"...De esta manera - se expone en su texto-, el Decreto en comentario en su artículo 141, asigna entre otras funciones al Instituto Colombiano Agropecuario "ICA" la establecida en el literal m), ejercer el control sanitario sobre importaciones y exportaciones de animales y vegetales y de productos de origen ani-

mal y vegetal, a fin de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del país y certificar la calidad sanitaria de las exportaciones".

Por modo que, es el ejercicio de un control sanitario de las especies animal y vegetal, destinadas a la importación y exportación y la certificación de la calidad sanitaria de las exportaciones, lo que califica la actividad del Instituto Colombiano Agropecuario dentro del ordenamiento decretal 501 de 1.989, esto es, una fiscalización, una inspección, una comprobación sobre las especies animales y vegetales destinadas, como se ha anotado, a la operación de importación o exportación, y la atestación, afirmación o aseveración sobre la calidad sanitaria de las exportaciones, sin que en una y otra sean equipolentes al poder legal de determinar, de autorizar, de decidir lo que por ministerio de la ley le corresponde a un organismo diferente y, en particular, establecer limitaciones a la predicha actividad de exportación, restricción que en su punto máximo de decisión se concreta en su prohibición.

En efecto, en relación a exportación de bienes, y las especies prementadas lo son, estatuye el mandamiento 46 del Decreto 444 de 1.967 la facultad, en materia de exportación de bienes, como se advierte del Capítulo 4., para establecer restricciones en contenidos de flora y fauna, por parte de la Junta de Comercio Exterior y por parte del Consejo Directivo de Comercio Exterior, "Determinar los requisitos que deben cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir", tal como se prescribe en el literal h) del artículo 60. del Decreto 151 de 1.976.

Lógico resulta por manera, afirmar que quien puede, por ministerio de la ley, dictar reglamentaciones para encausar la exportación de productos; establecer limitaciones temporales para la exportación de artículos de primera necesidad; limitar o prohibir la exportación de artículos necesarios para el abastecimiento nacional; establecer restricciones para la protección de la flora y de la fauna, sea la autoridad competente para estatuir prohibiciones temporales en materia de exportación de bienes, sin que, ha de repetirse, el poder de control sanitario y la certificación idem de las exportaciones, como lo estatuye el literal m) del artículo 141 del Decreto 0501 de 1.989, equivalga o suponga poder para prohibir la exportación de especies vegetales, como la relativa a "...toda clase de frutas frescas a Japón, hasta tanto se determinen y definan los mecanismos cuarentenarios adecuados que garanticen la sanidad de las frutas..." como se prevé, en el acto administrativo enjuiciado.

Piensa la Sala que, los poderes asignados o deberes reglados para un determinado ente u organismo, como en el caso sub-lite lo es la tarea de control y certificación para exportaciones en materia de animales y vegetales, referidos unos y otros al Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-, no son extendibles a los poderes conferidos y deberes prescritos a otra entidad u organismo, sin detrimento de la necesaria lógica que en la órbita de tareas normales debe existir entre ellos.

Significa lo hasta acá expuesto que, la resolución demandada, realmente transgrede las normas invocadas por el nulisdicente determinando la prosperidad de las pretensiones formuladas.

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 y en desacuerdo con él,

FALLA :

DECLARASE LA NULIDAD de la Resolución No. 1716 de 23 de mayo de 1.989, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario "ICA", "Por la cual se dictan disposiciones de índole sanitaria para la exportación de frutas frescas al Japón".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión del día 27 de septiembre de 1.990.

Simon Rodríguez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

DEMANDA- Requisitos/ ANEXOS/ ACTO ADMINISTRATIVO/ PUBLICACION

El artículo 139 del C.C.A. utiliza una conjunción disyuntiva y no copulativa, razón para concluir que la exigencia se satisface bien acreditando la publicación del acto, en tratándose de actos reglas, o bien demostrando la ejecución del mismo. Y es que teleológicamente la norma citada se encamina a lograr que el control jurisdiccional de legalidad se desencadena con relación a actos vigentes o eficaces, susceptibles, por tanto, de infringir quebranto al ordenamiento jurídico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., primero (1) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar.*

Expediente No. 1418. Actor: Norberto Arias Marin.

Se resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de dos de febrero de 1.990, inadmisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El auto de 2 de febrero de 1.990 dispuso inadmitir la demanda y devolver sus anexos, sin necesidad de desglose, y para ello argumenta, en síntesis, lo siguientes:

a.- Por auto de 15 de diciembre de 1.989 se ordenó al demandante aportar la constancia de publicación del acto acusado, a la que hace referencia la certificación suscrita por el Sr. Alcalde del Municipio de Finlandia de fecha 4 de septiembre de 1.989.

b.- A fin de dar cumplimiento al auto mencionado, el actor explicó que el Acuerdo No. 16 de 5 de noviembre de 1.973, que es el acto acusado, fue publicado por bando en la fecha de su sanción, pero que en el texto de dicho Acuerdo que reposa en la Alcaldía no aparece la constancia de publicación, la que sí obra en el ejemplar que reposa en el Consejo Municipal.

c.- En proceso No. 2.174 instaurado con anterioridad por el mismo demandante y contra el mismo acto administrativo, el Tribunal expresó que la referida constancia carece de firma, pues únicamente figura una antefirma y por lo tanto carece de valor, razón para que no se encuentre acreditada la publicación del acto demandado.

EL RECURSO

La petición de revocatoria del auto apelado la sustenta el recurrente con los argumentos que la Sala resume así:

a.- La publicación del Acuerdo No. 016 se halla acreditada con la certificación procedente del Sr. Alcalde, quien es además a quien corresponde publicar los respectivos actos locales.

b.- La certificación del Sr. Alcalde demuestra que el Acuerdo cuestionado fue publicado por bando, con lo cual se ha satisfecho el requisito requerido por el Tribunal para fines de la admisión de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Asiste razón al Tribunal cuando concluye que no se halla acreditada la publicación del Acuerdo No. 016 de 5 de noviembre de 1.973 demandado.

En efecto, a folio 31 del expediente en el cual aparecen las certificaciones sobre expedición del acto y sanción del mismo, obra un manuscrito que reza literalmente: "Fue publicado por bando, según informe de la Alcaldía. Sria, "el cual carece de firma".

De una parte, en la leyenda anterior no consta que haya tenido lugar la publicación en cuestión, sino que se informó, por parte de la Alcaldía, que ella se había efectuado. De otra parte, el escrito en cuestión no tiene valor alguno pues carece de firma, ya que como bien lo anota el Tribunal, sólo figura la antefirma de quien por aquella época desempeñaba las funciones de Secretario de la Alcaldía.

II. Sin embargo observa la Sala, que aunque no se halle acreditada la publicación del acto acusado, el requisito a que alude el artículo 139 del C.C.A., se halla satisfecho.

SECCION PRIMERA

En efecto, el artículo 139 del C.C.A. prescribe, como requisito de la demanda, el allegamiento de copia del acto acusado, "con las constancias de su *publicación*, notificación o *ejecución*, si son del caso.

Utiliza la norma una conjunción disyuntiva y no copulativa, razón para concluir que la exigencia se satisface bien acreditando la publicación del acto, en tratándose de actos reglas, o bien demostrando la ejecución del mismo. Y es que teleológicamente la norma citada se encamina a lograr que el control jurisdiccional de legalidad se desencadene con relación a actos vigentes o eficaces, susceptibles, por tanto, de infringir quebranto al ordenamiento jurídico. Si ello es así, mal podría negarse el ejercicio de tal control con el argumento de que no estando acreditada la publicación del acto, éste no produce efectos, cuando la realidad es que los está produciendo y tal realidad se encuentra probada en el expediente, como ocurre en el evento *sub-judice*, ya que a folio 21 obra copia auténtica de la Resolución No. 1156 de 21 de noviembre de 1.988, la cual constituye cumplimiento o ejecución del Acuerdo No. 016 atacado.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

PRIMERO.- Revócase el auto de dos de febrero de mil novecientos noventa.

SEGUNDO.- Ejecutada la presente providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen para que provea sobre la admisión de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Simon Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

EXPORTACION- Concepto/ INCOMEX/ COMPETENCIA

El sentido determinante y hermético que el actor pretende darle a la palabra exportación no es tal. No es cierto que la ley haya prohibido darle a la expresión otros alcances por haber clausurado la incorporación de nuevos elementos a la noción de exportación. No era válido que la ley hubiera coartado la libertad del Presidente de la República para definir como exportación nuevos fenómenos o actividades económicas. Podía el Incomex, para hacerle frente al abastecimiento interno de combustible, asegurar un consumo racional interno preferentemente antes de exportarlo.

SUSTRACCION DE MATERIA- Improcedencia

El efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa hace necesario un pronunciamiento aún en relación con actos derogados, pero que estuvieron vigentes, ya que en el caso de ilegalidad, esta ha podido producir efectos que serán, en consecuencia, también ilegales y que por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, puedan dar lugar a controversias o situaciones que interesen al particular o particulares afectados. **REITERACION JURISPRUDENCIAL: Proceso 154, Ponente Dr. Libardo Rodríguez, actor: Norwich Colombiana S.A.)**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. 927. Actor: Jesus Vallejo Mejia.

El doctor Jesus Vallejo Mejía, actuando en su propio nombre, intenta acción de nulidad, regulada por el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución 57 de 1.973, proferida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior.

I. ANTECEDENTES

El actor relata que el acto administrativo de cuya nulidad se trata es la Resolución 57, expedida en noviembre 27 de 1.973, por el Consejo Directivo de Comercio Exterior. El Consejo Directivo de Comercio Exterior ejerce junto con el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) la dirección del establecimiento público.

En el acápite concepto de la violación el actor hace las siguientes afirmaciones:

1. El acto acusado se expidió en virtud del artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1.967. Compete entonces al Consejo Directivo de Comercio Exterior limitar o prohibir la exportación de productos nacionales, particularmente de los artículos necesarios para el abastecimiento nacional cuando haya escasez. Las facultades, sin embargo, no facultan al Consejo para definir qué es *exportación*, noción determinada por el artículo 2o. de la Ley 79 de 1.931.

Tampoco le estaba permitido al consejo expedir reglamentos de carácter *permanente* (subrayas del actor) para "velar porque el abastecimiento interno de productos nacionales susceptibles de ser comercializados en el exterior no se vea afectado cuando se presenten fenómenos de escasez mundial de tales productos", según reza el considerando dos del acto acusado, porque la atribución en referencia es la del literal e), que establece las limitaciones y prohibiciones cuando haya escasez de ellos en el mercado mundial y "*mientras subsistan las circunstancias que la hayan determinado*" (subraya el actor).

Por lo anterior, el Consejo carecía de facultades para definir como exportación los suministros de combustibles a aeronaves para vuelos internacionales, buques de bandera extranjera y barcos de bandera colombiana con destino a puerto extranjero; cuando de acuerdo con la legislación vigente, tales suministros no tenían el carácter de exportación y no podían realizarse por la Empresa Colombiana de Petróleos, Teniendo en cuenta la situación de abastecimiento en el mercado internacional y atendiendo especialmente el tratamiento recíproco que los países de origen de las nuevas extranjeras dispensen a buques o aeronaves colombianos en cuanto suministro de combustible.

El Consejo debió disponer que las medidas que tomaba regirían sólo mientras subsistieran las circunstancias que determinaron las medidas. Pero no; el acto acusado debe regir indefinidamente.

2. Según el Código de Aduanas, exportar es transportar del territorio nacional mercancía a otro país. No se puede considerar que el combustible sea efectivamente

algo que se exporte. En el artículo 1o. del acto acusado se considera el solo hecho del suministro sin tener en cuenta la idea de exportación. Se considera tal el suministro de combustible para buques de bandera extranjera, sin establecer si zarpan o no al exterior. Para estos casos, considera que el exportador ha de ser Ecopetrol.

El Decreto 3312 de 1.985 regula lo concerniente a las exportaciones, determinando que existe la exportación definitiva que es la que tiene que ver con mercancías de libre circulación que salen del territorio aduanero para permanecer en el exterior (subraya el actor); la exportación temporal, para el perfeccionamiento pasivo; (sic) la exportación temporal para reimportación en el mismo estado; y el reembarque.

Al crear la resolución acusada un tipo de exportación no prevista en el Código de Aduanas de 1.931, ha violado el artículo 2o. del mismo.

3. El administrador público no puede darle una palabra un sentido distinto del que dio el propio legislador. No está facultado, de ninguna manera el Consejo Directivo del Comercio Exterior para definir lo que considera exportación, atribuirle competencia a la Empresa Colombiana de Petróleos para hacer suministros a terceros y determinar criterios para efectuarlos; con lo anterior se están violando los preceptos de los artículos 63, 76 y 120 de la Constitución Política, numeral 22.

La doctora Claudia Isabel Sierra, actuando como parte impugnadora alegó lo siguiente:

Afirma la impugnante que el acto administrativo acusado no está vigente y por lo mismo no es susceptible de anulación.

1. El acto acusado fue derogado por el Código Nacional de Aduanas, expedido por el Decreto 2666 de 1.984., modificado luego por el Decreto 3312 de 1.984.

La derogación se produjo porque la nueva norma no determinó la clase especial de exportación a que el actor se refiere. Además ha regulado toda la materia.

2. Desaparecieron los fundamentos de hecho del acto acusado. La parte impugnadora afirma lo anterior teniendo en cuenta la razón por la cual se expidió el acto acusado: la crisis energética mundial de 1.973. Luego ya no existen las condiciones que produjeron la expedición del acto acusado.

En conclusión -afirma-, la causa de la resolución demandada desapareció y si bien en el año 79 se produjo otra alrededor de la industria del petróleo, fue conjurada rápidamente, pero la situación crítica no persiste hasta ahora.

II. EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

"Resolución Número 057 de 1.973

(Noviembre 27 de 1.973)

EL CONSEJO DIRECTIVO DE COMERCIO EXTERIOR

En uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere el artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1.967 y,

CONSIDERANDO :

1o.- Que existe una crisis energética mundial que ha obligado a muchos países a adoptar medidas tendientes a restringir el consumo de algunos combustibles afectados por tal escasez.

2o.- Que es deber del Consejo Directivo de Comercio Exterior velar porque el abastecimiento interno de productos nacionales susceptibles de ser comercializados en el exterior no se vea afectado cuando se presentan fenómenos de escasez mundial de tales productos.

3o.- Que de lo anterior se desprende la necesidad de adoptar medidas que permitan controlar adecuadamente la salida de combustible del país mientras exista la crisis que se ha pretendido.

RESUELVE :

ARTICULO 1°. Los suministros de combustibles a aeronaves para vuelos internacionales, para buque de bandera extranjera y para barcos de bandera colombiana con destino a puerto extranjero, se considerarán como exportación.

ARTICULO 2°. Las exportaciones a que se refiere el artículo 1o. de esta Resolución solo podrán realizarse por intermedio de la Empresa Colombiana de Petróleos quien atenderá los suministros utilizando sus propios equipos instalaciones o los que contrate con terceros.

ARTICULO 3°. Para atender los suministros de combustible a los usuarios que mencionan en el artículo 1o. de la presente Resolución, la Empresa Colombiana de Petróleos tendrá en cuenta la situación de abastecimiento en el mercado internacional y especialmente atenderá el tratamiento recíproco que los países de donde sean originarias las naves extranjeras dispensen a buques o aeronaves colombianas en cuanto a suministro de combustible.

ARTICULO 4°. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.E., a 27 de noviembre de 1.973".

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

Por el actor:

Primer cargo: El Consejo Directivo de Comercio Exterior incurrió en extralimitación pues definió como exportación el suministro de combustible, respecto de buques y aeronaves con destino al exterior. Por otra parte, no limitó los efectos de acto acusado, en el tiempo.

Segundo cargo: La Ley 29 de 1.931 se hallaba vigente en el momento de la expedición del acto acusado. Tal ley definía qué es exportación. Pero la resolución demandada tomó por exportación lo que era los elementos para los medios de transporte. La expedición de una norma nueva no purga el vicio de la resolución demandada. La noción dada a exportación en aquélla no sólo viola el actual Código de Aduanas sino también el anterior. "En otras palabras -dice el actor-, la resolución debe caer, sea por la argumentación de la demanda, o por la de la impugnadora" (fl. 88).

Tercer cargo: Al expedir el acto acusado, el Consejo Directivo de Comercio Exterior actuó como legislador pues definió una expresión que ya la ley había precisado y atribuyó competencia a un órgano del Estado que regularmente no cumple el papel que le dio el acto acusado.

Por el INCOMEX:

En comunicación suscrita por la apoderada del Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX se afirma que el acto acusado fue derogado expresamente por el propio Consejo Directivo de Comercio Exterior, mediante Resolución 005 del 29 de junio de 1.989, cuya copia acompañó a su escrito. Lo anterior lo estima suficiente para que se produzca una decisión inhibitoria por sustracción de materia.

IV. VISTA FISCAL

Con la derogación expresa del acto acusado se ha producido sustracción de materia, circunstancia que da lugar irremediabilmente a decisión inhibitoria. En consecuencia, deberán denegarse las súplicas de la demanda.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los aspectos relevantes que habrá de examinar la Sala, para despachar en debida forma las pretensiones de la demanda: uno, la sustracción de materia; dos, los alcances del acto acusado.

I

El primer aspecto de la sustracción de materia se plantea desde tres puntos de vista: a) Que la resolución 057 de 1.973 fue derogada expresamente por la Resolución 05 de 29 de junio de 1.979 del mismo Consejo Directivo de Comercio Exterior; b) Que la misma fue derogada por el actual Código de Aduanas y c) Que ella perdió fuerza ejecutoria porque desaparecieron los fundamentos de hechos que le sirvieron de sustento.

Observa la Sala:

La doctrina y la jurisprudencia consideran que no se produce automáticamente la sustracción de la materia por el solo hecho de la desaparición del acto acusado de ilegal. La decisión de fondo se exige cuando el acto desaparecido pudo haber causado daños cuya reparación depende de su anulación.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sección es contraria a la decisión inhibitoria, como se aprecia en la cita que sigue:

"...3a.- En relación con el planteamiento del señor Fiscal de la Corporación, en el sentido de que debía producirse un fallo inhibitorio por cuanto las posteriores modificaciones de los actos acusados los han dejado sin vigencia y ello haría que cualquier pronunciamiento de fondo sería inocuo, la Sala no comparte esa apreciación por considerar que el efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa hace necesario un pronunciamiento aún en relación con actos derogados, pero que estuvieron vigentes, ya que en caso de ilegalidad, esta ha podido producir efectos que serán, en consecuencia, también ilegales y que por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, puedan dar lugar a controversias o situaciones que interesen el particular o particulares afectados". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Proceso 154; Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Norwich Colombiana S.A.).

Además de lo dicho y en respuesta a cada uno de los tres planteamientos sobre la susodicha sustracción de la materia, hace notar la Sala lo siguiente: Respecto de la derogatoria de la Resolución 057 por la Resolución 05 -cuestión del literal a)- se reitera que es de rigor un pronunciamiento de fondo por los efectos jurídicos que pudo haber producido el primero de dichos actos durante su vigencia. Sobre lo expuesto en ese literal b) estaría también por establecerse si efectivamente la Resolución 057 fue derogada por los Decretos 2666 y 3312 de 1.984 (Código Nacional de Aduanas) lo que en sí mismo entrañaría un razonado estudio de hermenéutica jurídica, no útil frente a la decisión de sentenciar de todas maneras de mérito.

En cuanto a la apreciación del literal c) habría que emprender todo un análisis histórico-económico para poder evaluar en últimas si desapareció o no, y cuándo, la

crisis del petróleo de 1.973, estudio que de por sí no estaría desprovisto del elemento subjetivo de conceptualización. Fuera de que ello no fue demostrado en el proceso.

II.

En relación con el punto dos, se debe advertir que el actor basa su principal cargo en la consideración de quebranto de la Ley 79 de 1.931, "pues sus atribuciones (del Consejo Directivo de Comercio Exterior) no incluyen la posibilidad de definir lo que daba entenderse por *exportación*, término este que al momento de expedirse la resolución acusada habría sido claramente definido por el artículo 2o. de la Ley 79 de 1.931." (fl. 6).

El texto a que alude el actor como quebrantado es del siguiente tenor:

"*Artículo 1º.* Salvo expresa calificación distinta, *las siguientes palabras y locuciones usadas en esta ley* (subraya la Sala), tendrán el significado que se define a continuación:

"*Artículo 2º.* ...

"La palabra *exportación* designa el acto de transportar del territorio de la República mercancía destinada a otro país."

La cuestión planteada por el actor es una consideración de carácter típicamente hermenéutico, pues de acuerdo con la aseveración de la demanda, cuando el Consejo Directivo de Comercio Exterior consideró exportación la operación de suministro de combustible atentó contra el precepto transcrito. El problema por resolver se plantea, entonces en los siguientes términos: a) la Ley 79 de 1.931 definió en forma terminante qué debe entenderse por *exportación*. b) La norma acusada definió dicha operación de suministro de combustible como exportación, con lo cual incurrió en quebranto de aquella norma obligatoria.

Recurriendo a la interpretación lógico-sistemática, se tiene que el acto administrativo acusado fue expedido en virtud de las facultades especiales señaladas por el Decreto Ley 444 de 1.967 y tuvo como motivación particular existir en ese momento una crisis energética mundial que obligó a muchos países a adoptar medidas *tendientes a restringir el consumo de algunos combustibles afectados por tal escasez.*

Para desatar la controversia sobre el sentido dado por el acto acusado a la palabra exportación se debe cuestionar si realmente la ley 79 definió de una vez por todas y para el futuro, o sea, hasta su derogación, lo que debía entenderse por tal. Y si efectivamente de acuerdo con la misma el suministro de combustible no debía entenderse como exportación para de allí determinar la ilegalidad del acto acusado.

El sentido determinante y hermético que el actor pretende darle a la palabra *exportación* no es tal. No es cierto que la ley haya prohibido darle a la expresión otros alcances por haber clausurado la incorporación de nuevos elementos a la noción *exportación*. No era válido que la ley hubiera coartado la libertad del Presidente de la República para definir como exportación nuevos fenómenos o actividades económicas. Muy claramente señala el artículo 1o. de la ley que "...*las siguientes palabras y locuciones usadas en esta ley, tendrán el significado que se define a continuación: (ha subrayado la Sala). La interpretación lógica de estos modos de expresión es la de que la ley define ciertas nociones y en ese mismo sentido (pero dentro de la misma ley), habrán de entenderse.*

Mas el contexto y las circunstancias que motivaron para expedirse la Resolución 057 de 1.973 cuestionada en el presente proceso, permiten concluir que la situación en la misma tratada es identificable al concepto de exportación. En efecto: se plantea el suministro de combustible a aeronaves "para vuelos internacionales", para buques de bandera extranjera y para barcos de bandera colombiana "con destino a puertos extranjeros", es decir, de combustible que ha de salir del país y que por razones de la crisis energética que agobió al mundo en 1.973 era necesario regular y conjurar en la forma en que el artículo 3o. de dicho acto se contempla, esto es, que el suministro de combustible a los usuarios por parte de la Empresa Colombiana de Petróleos se deberá hacer" teniendo en cuenta la situación de abastecimiento en el mercado internacional y especialmente atenderá al tratamiento recíproco que los países de donde sean originarios las naves extranjeras dispensen a buques o aeronaves colombianas en cuanto a suministro de combustible".

El mismo artículo 46 de del Decreto 444 de 1.967 que sirvió de fundamento jurídico a la Resolución 057 de 1.973 confía a la Junta de Comercio Exterior, hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior, autor de ese acto, la facultad de "*limitar o prohibir la exportación de artículos para el abastecimiento nacional, cuando exista una escasez de ellos en el mercado mundial y mientras subsistan las circunstancias que la hayan determinado.*" (literal e, se subraya). Es a lo mandado en este texto a lo que se provee cabalmente en el acto impugnado para hacerle frente al abastecimiento interno de combustible asegurando un consumo racional interno preferentemente, antes de exportarlo a otros países. Que se extendió el imperio de la Resolución 057 acusada mas allá de lo requerido por la crisis energética en cuestión afirmada por el demandante mas no demostrada.

Existe entonces una facultad expresa en el susodicho texto dada al Consejo Directivo de Comercio Exterior, por lo cual resulta extraño a la controversia el resto de las siguientes normas consideradas como transgredidas, o sea los artículos 63 (no hay empleo sin función legal), 76-1 (corresponde al Congreso hacer las leyes e interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes), 76-22 (el Congreso dicta las leyes-cuadro, entre otros temas, en materia de cambios internacional y comercio exterior).

Lo anterior se considera suficiente para la declaración que a continuación se hace.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en un todo en desacuerdo con el colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día.

Simon Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA- Requisitos/ ANEXOS/ COPIA DEL ACTO/ ACCION DE NULIDAD

Para el ejercicio de la acción pública de nulidad no sólo no es necesario la prueba de la publicación como resulta de anterior jurisprudencia, sino que tampoco se requiere la de su ejecución. El ejercicio de la acción pública sólo está condicionado a que el acto administrativo haya sido expedido, independientemente de que haya sido o no publicado y aún de que haya sido o no ejecutado.

DECLARA LA NULIDAD del Acuerdo número 021187 (febrero 27) expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

DEMANDA- Requisitos/ PARTES- Designación

Pese a que la demanda no expresa formalmente quién es la parte demandada y su representante, no considera la Sala que los requisitos de la demanda deban ser objeto de una interpretación tan estricta desde el punto de vista formal, especialmente tratándose de la acción pública de nulidad. El tribunal había podido solicitar su corrección, pero el hecho de que así no haya sucedido no tiene por qué llevar necesariamente a un fallo inhibitorio, si formal y procesalmente no existe un obstáculo infranqueable para que el juzgador pueda entrar al fondo del asunto. Si independientemente de que no se haya identificado en la demanda, la parte demandada y su representante fue legalmente vinculada, mal puede hablarse de ineptitud sustantiva de la demanda y mucho menos de fallo inhibitorio.

ALCALDE- Facultades/ ACUERDO MUNICIPAL- Iniciativa

Como a través del acuerdo demandado se está facultando a la Mesa Directiva del Concejo para que aclare o modifique los auxilios dejados o autorizados por los concejales, a petición de ellos mismos y como dichos auxilios se traducen en partidas del presupuesto de rentas y gastos, ello quiere decir que se está delegando para aclarar o modificar el presupuesto a un órgano que no tiene vocación de delegatario de las funciones del Concejo y que, además, se está autorizando para que dichas aclaraciones o reformas se hagan por iniciativa de los concejales, cuando dicha iniciativa corresponde exclusivamente al alcalde.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1051. Actor: Fabio Bonilla Fernández.

La Sección Primera procedé a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, de fecha 19 de agosto de 1.988.

I.- ANTECEDENTES

a.- *El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda*

El ciudadano Fabio Bonilla Fernández, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A. demandó ante el Tribunal Administrativo del Meta la nulidad del Acuerdo No. 021 de 1.987 (febrero 27), expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio.

b.- *El acto acusado*

Se trata del Acuerdo No. 021 de 1.987 (febrero 27), expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio y por el cual se dan unas facultades a la Mesa Directiva del Concejo. El acto cuya nulidad se solicitó, es el siguiente tenor literal:

"ACUERDO No. 021 DE 1.987

(Febrero 27)

"Por el cual se dan facultades a la Mesa Directiva del Concejo.

"EL CONCEJO MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO en uso de sus atribuciones legales y, en especial las que le confiere el Art. 197 de la C.N. y Decreto 1.333 de 1.986

"ACUERDA :

"ARTICULO PRIMERO: Facúltase a la Mesa Directiva del Consejo, para que a petición del interesado, aclare o modifique los auxilios dejados por los Concejales exclusivamente".

"ARTICULO SEGUNDO: El presente Acuerdo rige partir de su sanción.

Villavicencio, febrero veintisiete de mil novecientos ochenta y siete".

c.- 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:

La Constitución Nacional en su artículo 197, numeral 1o. y 7o., determina que son atribuciones de los Consejos ordenar lo conveniente para la administración del Distrito y que "...solamente podrán autorizar al Alcalde entre otros para ejercer precisas funciones de las que les corresponde por tiempo determinado (sic)" (fl. 3 Cuad. del Trib.).

Por su parte, el artículo 106 del Código de Régimen Político y Municipal dispone que los acuerdos a que se refieren los numerales 4o. y 5o. del artículo 92 de la misma codificación sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde. En consecuencia, el Acuerdo por el cual se expide el Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio sólo puede ser reformado a iniciativa del Alcalde.

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones en el Tribunal de origen:

Por auto de junio 19 de 1.987 (fls. 5 a 7 Cuad. Trib.) se admitió la demanda, se ordenó la notificación al Alcalde Mayor de Villavicencio y al Fiscal de la Corporación y se ordenó fijar la demanda en lista. En esta misma providencia se resolvió favorablemente sobre la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

No habiéndose impugnado la demanda y por no existir pruebas que practicar se prescindió del término probatorio (v. auto del fl. 2 Cuad. Trib.).

Por último y toda vez que las partes no presentaron alegatos de conclusión, a folios 14 y 15 del cuaderno del Tribunal aparece el concepto de fondo del colaborador del Ministerio Público del *a quo*, en donde manifiesta estar de acuerdo con los planteamientos del demandante y solicita decretar la nulidad del acto impugnado.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia se declaró inhibido para fallar de fondo el asunto y declaró sin efecto el auto de 19 de junio de 1.987, mediante sentencia de 19 de agosto de 1.988 (v. fls. 17 a 20 Cuad. Trib.).

En síntesis, el Tribunal de origen consideró que al no haberse aportado con la demanda constancia de la promulgación o publicación del acto acusado, de conformidad con los artículos 115, concordante con el 116 del Código de Régimen Político y Municipal, "...no se cumplieron los trámites de ley para que el acto produzca sus efectos jurídicos..." y para que el Acuerdo pueda ejecutarse o comience a tener vigencia.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en escrito que obra al folio 4 del cuaderno del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones:

El acto demandado, al crear derechos exclusivamente en favor de la administración no requería ser publicado para entrar en vigencia, lo cual sólo debe predicarse frente a los actos que crean obligaciones a cargo de los gobernados.

El Tribunal, en aras de una eficiente administración de justicia, y en uso de la atribución que le confiere el artículo 169 del C.C.A., "...ha debido subsanar dicha anomalía".

Por último, y luego de manifestar que la publicación del acto acusado se efectuó en la Gaceta Municipal de marzo de 1.987, solicita a esta Corporación se falle el fondo de la controversia.

IV.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente:

De conformidad con el artículo 139 del C.C.A. a la demanda deberá acompañarse copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso.

Toda vez que este requisito no se dió, y además que el Tribunal debió haberse abstenido de admitir la demanda, es lógico que el proceso termine en un fallo inhibitorio.

Por otra parte, conceptúa el Despacho del Ministerio Público que la demanda no reúne el requisito de la designación de las partes y de sus representantes, por lo cual se llega también a una decisión inhibitoria, por presentarse una ineptitud sustantiva de la demanda (Cfr.: Cuad. del Recurso de Apelación, fls. 10 a 12).

V. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

El aspecto central del presente proceso consiste en el análisis sobre la legalidad del Acuerdo No. 021 de 1.987, mediante el cual el Concejo Municipal de Villavicencio faculta a la Mesa Directiva del mismo Concejo para "aclarar o modificar los auxilios dejados por los Concejales exclusivamente" (sic).

No obstante, durante el desarrollo del proceso han aparecido dos aspectos de carácter adjetivo que es necesario definir antes del análisis sobre el fondo del asunto: de una parte, la falta de constancia de promulgación o publicación del acto acusado, que llevó al tribunal de primera instancia a dictar un fallo inhibitorio, con el cual está de acuerdo el señor Fiscal de esta Corporación y, de otra, la posible ineptitud de la demanda planteada igualmente por el señor agente del Ministerio Público y que también llevaría a un fallo de aquella naturaleza.

A.- La constancia de publicación de los actos administrativos como requisito para el ejercicio de la acción de nulidad.

Sobre este aspecto, esta misma Sección se pronunció recientemente en los siguientes términos:

"Es cierto que el Consejo de Estado en diversas ocasiones, entre ellas las providencias del 6 de junio de 1.986 y del 25 de septiembre de 1.987 citadas por el *a quo*, de las que fue ponente el Consejero doctor Guillermo Benavides Melo, ha considerado que existía falta de jurisdicción para conocer de las demandas de nulidad de actos administrativos generales que no habían sido publicados".

"La anterior orientación, aunque por sí misma criticable en cuanto permitía, como lo expresa el actor en su escrito de sustentación del recurso, que para evitar el control judicial de los actos administrativos de contenido general le bastaría al funcionario ponerlos en vigencia sin publicarlos, quedando así dichos actos sin juez, se explicaba por las circunstancias:

"1a.- El art. 136 del C.C.A., al referirse a la caducidad de las acciones de nulidad, expresaba que dichas acciones podían ejercitarse en cualquier tiempo

"a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir". Y como de conformidad con el art. 43 del C.C.A. y la ley 57 de 1.985 la publicación de los actos administrativos generales se convirtió sin duda ninguna en condición necesaria para que fueran obligatorios, ello implicaba que estos actos eran de aquellos a los cuales se aplicaba la citada disposición del art. 136 del C.C.A., es decir, que la acción de nulidad frente a ellos solo podía ejercitarse "a partir de su publicación".

"2a.- El art. 139 del C.C.A. expresaba y expresa que "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su *publicación, notificación y ejecución si son del caso*" (Subraya la Sala). Y como en relación con los actos administrativos generales "es del caso" su publicación y, además, el art. 136 solo permitía el ejercicio de la acción de nulidad "después de su publicación", la consecuencia necesaria era la "falta de jurisdicción" cuando el acto no había sido publicado".

"Sin embargo, la Sala hace notar que el texto del art. 136 del C.C.A. fue modificado en relación con la caducidad de las acciones de nulidad por el art. 23 del decreto-ley 2304 de 1.989, en el sentido de eliminar precisamente la parte que se refería al ejercicio de la acción "después de su publicación (del acto), si necesita de este requisito para entrar a regir".

"De tal manera que según el texto actual, la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo "a partir de la expedición del acto". Por lo mismo, la Sala considera que el art. 139 del C.C.A. puede ser interpretado válidamente en el sentido de que, en relación con los actos administrativos generales, el requisito que "es del caso", puede ser la constancia de su "ejecución" cuando el acto no ha sido publicado, con mayor razón si se tiene en cuenta que el mismo artículo, en su inciso cuarto, prevé que "cuando el acto no ha sido publicado...se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma".

Lógicamente, lo anterior no obsta para que continúe vigente en todo caso la obligación a cargo de la autoridad correspondiente de publicar los actos administrativos generales y la imposibilidad de ejecutarlos mientras dicha obligación no se haya cumplido, de conformidad con lo previsto en los arts. 43 del C.C.A., la Ley 57 de 1.985 y el art. 379 del Código de Régimen Municipal". (Auto de 4 de mayo de 1.990, proferido por la Sección Primera de la Corporación con ponencia del suscrito Consejero de Estado, director del proceso, recaído dentro del expediente No. 1367, Actor: Elías Jaimes Castillo).

La conclusión de la anterior providencia consiste en afirmar que para el ejercicio de la acción de nulidad contra actos generales, no es requisito esencial la constancia de su publicación, ya que cuando el acto no ha sido publicado basta comprobar su "ejecución".

No obstante lo anterior, un análisis más a fondo de los requisitos legales para el ejercicio de la acción de nulidad permite dar un paso adicional a la interpretación jurisprudencial en el sentido de que para el ejercicio de esta acción pública no solo no es necesario la prueba de la publicación como resulta de la anterior providencia, sino que tampoco se requieren la de su ejecución.

En efecto, como ya se expresó, de acuerdo con el texto actual del art. 136 del C.C.A., la acción de nulidad "podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición el acto". Esta contundente afirmación de la ley permite concluir, por sí misma que el ejercicio de la acción pública sólo está condicionado a que el acto administrativo haya sido expedido, independientemente de que haya sido o no publicado y aún de que haya sido o no ejecutado. Y está bien y es lógico que así sea, porque no existe razón válida para que el ciudadano interesado en mantener la vigencia de orden jurídico tenga que esperar a que el acto que considera ilegal sea publicado o ejecutado para poder impugnarlo. Por el contrario, es sano desde el punto de vista del control de la legalidad, que los ciudadanos puedan acudir a los órganos jurisdiccionales tan pronto el acto sea expedido, pues ello permite acercarse a la posibilidad ideal de que, en caso de ser el acto manifiestamente ilegal sus efectos puedan ser suspendidos aún antes de que empiece a ser aplicado y se disminuyan así, al máximo, los perjuicios sociales que puedan derivarse de la aplicación de ese acto ilegal.

Dentro de este orden de ideas, lógicamente debe hacerse notar que lo anterior no excluye de ninguna manera la obligación a cargo de la autoridad correspondiente de publicar los actos administrativos generales y la imposibilidad de ejecutarlos mientras dicha obligación no se haya cumplido, de conformidad con las normas vigentes sobre publicidad. Lo que sucede es que esta obligación de publicarlos y la prohibición de ejecutarlos no obstan para que la acción de nulidad pueda iniciarse independientemente de ellas.

Frente a esta interpretación quedaría por preguntarse en qué queda el requisito previsto en el art. 139 del C.C.A., consistente en que "a la demanda deberá acompañar al actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación y ejecución, si son de caso" (Subraya la Sala).

Pues bien, en la providencia de esta misma Sección que ha sido transcrita en parte anteriormente, la Sala consideró que en relación con los actos administrativos generales, el requisito que "es del caso" puede ser la constancia de su "ejecución" cuando el acto no ha sido publicado. Ahora, como resultado de esta nueva interpretación, la Sala afirma que para efectos del ejercicio de la acción de nulidad la expresión "si es del caso" se refiere a aquellas ocasiones en que *la publicación, notificación o ejecución tienen alguna incidencia en el ejercicio de la acción*, independientemente de que para su vigencia y aplicabilidad el acto deba haber sido publicado o notificado formalmente, o que dicha notificación se produzca de hecho por su aplicación.

Es decir, que como una cosa es la expedición del acto y otra su obligatoriedad o aplicabilidad, para el ejercicio de la acción de nulidad es suficiente con que el acto haya sido expedido, o sea que exista o haya existido, sin que sea necesario probar que cumplió con el requisito necesario para su aplicabilidad.

De tal manera que el requisito exigido por el art. 139, del C.C.A., sobre constancia de publicación, notificación o ejecución, "es del caso" cuando alguna de estas circunstancias incide en la posibilidad de ejercer la acción como sucede, a título de ejemplo, con las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que caducan al cabo de cuatro meses contados *a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto*, salvo si se trata de la demanda de un acto presunto.

En consecuencia, como en caso sub judice con la demanda se aportó copia auténtica del acto demandado (Acuerdo No. 021 del 1.987 -fls. 1 y 2 del expediente de primera instancia), por tratarse de la acción de simple nulidad y de acuerdo con las normas vigentes en la actualidad, debe entenderse cumplido el requisito exigido en el inciso primero del art. 139 del C.C.A.

De tal manera que si al momento de dictarse la sentencia de primera instancia era procedente el fallo inhibitorio dictado por el Tribunal y apoyado por el señor Agente del Ministerio Público, en virtud del principio que ordena al juzgador evitar en lo posible los fallos inhibitorios en aras de la vigencia de las normas sustantivas, la Sala concluye que no debe confirmar la sentencia inhibitoria del Tribunal.

B.- La designación de las partes y de sus representantes como requisito de la demanda.

El señor Fiscal Primero de la Corporación, hace notar que el numeral 1) del art. 137 del C.C.A. enuncia como uno de los requisitos de la demanda "la designación de las partes y de sus representantes" y que la omisión de este requisito por parte del demandante debe conducir a una decisión inhibitoria también por este aspecto, ya que se presentaría una ineptitud sustantiva de la demanda.

Reconoce la Sala efectivamente la sencilla demanda del actor expresa formalmente quién es la parte demandada y su representante.

No obstante, no considera la Sala que los requisitos de la demanda deban ser objeto de una interpretación tan estricta desde el punto de vista formal, que la omisión literal de cualquiera de ellos, especialmente tratándose de la acción pública de nulidad, deba llevar necesariamente a la configuración de una ineptitud sustantiva de la demanda y al consecuente rechazo o a la declaratoria de inhibición cuando de pronunciar el fallo se trata.

Es cierto que para evitar cualquier posibilidad de duda, el Tribunal, a conocer de la demanda, había podido solicitar su corrección en virtud de lo previsto en el inciso segundo del art. 143 del C.C.A., o aún haber explicado su interpretación de la misma en relación con este requisito.

Pero el hecho de que así no haya sucedido no tiene porqué llevar necesariamente a un fallo inhibitorio, si formal y procesalmente no existe un obstáculo infranquea-

ble para que el juzgador pueda entrar al fondo del asunto, como no lo existe en el presente caso, por varias razones:

"De una parte, la misma ley y los principios básicos del derecho administrativo, permiten sin duda alguna identificar la parte demandada y su representante, cuando de demanda de nulidad de un acto administrativo se trata.

En efecto, de conformidad con el primer inciso del art. 150 del C.C.A., "las entidades públicas... son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas *o contra los actos que expidan*. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones" (Subraya la Sala). En este orden de ideas, es suficientemente sabido que los concejos municipales no son "entidades públicas" sino órganos de la entidad pública territorial denominada "municipio", cuyo representante legal es el alcalde, de conformidad con los arts. 5o. y 200 de la Constitución Política y 131 del Código de Régimen Municipal.

Fue así como, de otra parte, al admitir la demanda el Tribunal de primera instancia ordenó notificar personalmente al Alcalde Mayor de Villavicencio, notificación que se llevó a cabo el 22 de julio de 1.987, según constancia que aparece al folio 7 vto.

Todo lo anterior implica que, para la Sala, no hay duda de quién es la parte demandada y su representante y que ella fue legalmente vinculada al proceso, independientemente de que no se haya identificado en la demanda, por lo cual no considera que se haya producido una ineptitud sustantiva y mucho menos que deba producirse un fallo inhibitorio por esta causa.

C.- *El análisis de fondo de la controversia*

Frente a las consideraciones anteriores, la Sala considera que son válidos los argumentos que llevaron al Tribunal de primera instancia a decreta la suspensión provisional del acto acusado, mediante auto de fecha junio 19 de 1.987, dada la manifiesta violación de las normas superiores aducidas en la demanda.

En efecto, de conformidad con las atribuciones 1a. y 7a. otorgadas por el art. 197 de la Constitución a los concejos municipales, a ellos corresponde "ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito" y "autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a los concejos". Además, agrega la Sala, al concejo corresponde "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde", según la atribución 5a. de la norma citada.

De otra parte, como lo aduce el demandante y lo reconoció en su oportunidad el Tribunal, de conformidad con el art. 106 del Código de Régimen Municipal, los

acuerdos a que se refiere la atribución 5a. del art. 92 del mismo Código (que corresponde al art. 197 de la Constitución), solo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde.

De tal manera que como a través del acuerdo demandado se está facultando a la Mesa Directiva del Consejo para que aclare o modifique los auxilios dejados o autorizados por los concejales, a petición de ellos mismos, y como dichos auxilios se traducen en partidas del presupuesto de rentas y gastos, ello quiere decir que se está delegando para aclarar o modificar el presupuesto a un órgano que no tiene vocación de delegatorio de las funciones del concejo y que, además, se está autorizando para que dichas aclaraciones o reformas se hagan por iniciativa de los concejales, cuando de acuerdo con una de las normas citadas dicha iniciativa corresponde exclusivamente al alcalde.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en desacuerdo con el agente del Ministerio Público, y en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE :

Primero.- REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo del Meta, de fecha 19 de agosto de 1.988.

Segundo.- DECLARAR la nulidad del Acuerdo No. 021 de 1.987 (febrero 27), expedido por el Consejo Municipal de Villavicencio.

Tercero.- Comunicar esta decisión al Consejo Municipal de Villavicencio, con remisión de copia de esta sentencia.

Cuarto.- En firme este fallo y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFICASE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de octubre de mil novecientos noventa.

Simon Rodríguez Rodríguez, Presidente; Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

COPIA
ASISTENTE

LICENCIA DE IMPORTACION-Registro/ INCOMEX- Facultades/ DERECHO ADQUIRIDO

Si en el lapso entre la fecha de presentación de la solicitud y aquella en la cual la Junta del Incomex resuelve si da o no la licencia, se produce un acto de intervención estatal de la Junta Monetaria que modifica aspectos que son de su competencia como el de los plazos para los reembolsos, el nuevo régimen, se aplicará por su carácter imperativo y general a todas las solicitudes o registros de importación pendientes de decisión. La ineludible necesidad de fijar un plazo por el organismo competente, para efectos del cubrimiento del valor de las importaciones, posterior a su vencimiento, la obligada determinación de su extensión, su medida de tiempo jurídico, genera o impone para el caso sub judice, la necesidad de considerar como tal, es decir, como plazo, en su conceptualización de mínimo, se repite, el o los estipulados en los registros de licencia de importación.

VIA GUBERNATIVA- Agotamiento

Para la utilización de la vía jurisdiccional, sin la previa discusión de la voluntad administrativa ante el ente que hubo de proferirla, en razón a que los medios de impugnación procedentes en sede de la administración activa, no fueron advertidos al destinatario, situación que permite interpretar entonces que la vía gubernativa quedaba debidamente clausurada, si se atiende el tenor del inc. final del art. 22 del D. 2304/89.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta*

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Referencia: Expediente No. 1401. Asuntos Departamentales. Actor: Hojalata y Laminados S.A.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Hojalata y Laminados S.A., por conducto de mandatario judicial, en escrito de noviembre 10 de 1.989, contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegatoria de las pretensiones de la demanda instaurada por la precitada firmada actora.

ACTOS ACUSADOS

Materia de acusación en el proceso de la referencia, lo constituye los "volantes" originarios del Banco de la República, Oficina de Cambios, radicados bajo los números 34324 de noviembre 20 de 1.984; 33764 de noviembre 14 de 1.984; 34325 de noviembre 20 de 1.984 y 33763 de noviembre de 1.984, en las cuales, y para los tres primeros anota que "Para que esta oficina pueda impartir su aprobación a las operaciones correspondientes a ésta, es necesario satisfacer previamente las siguientes observaciones: El reembolso se debe efectuar de acuerdo a los plazos estilados en la resolución 43/84. J.M.". "El reembolso se debe efectuar de acuerdo a los plazos de las Resoluciones 13 y 43/84 Junta Monetaria". El último de los actos administrativos enjuiciados, esto es el "volante" con radicación 33763, el encabezamiento de las observaciones se adiciona como razón: "1) Aclarar ciudad (aduana) por la cual se nacionaliza la mercancía según (ilegible) interno es Buenaventura. 2) El reembolso se debe efectuar de acuerdo a los plazos estipulados en la Resolución 43/84 Junta Monetaria.".

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Invocados los Cánones 16, 17 y 20 del Código Político; los artículos 27, 29 y 31 del Código Civil; los artículos 84 y 66 del Estatuto Procesal Administrativo, así como el mandato 1 del Decreto 444 de 1.967, la accionante, en el escrito demandatorio, como en el memorial de recurso centra, como núcleo de cuestionamiento, la indebida interpretación dada por la Oficina de Cambios del Banco de la República con la expedición de los actos acusados, a lo contenido como plazos en la Resolución 13 de 1.984, originaria de la Junta Monetaria de la República de Colombia.

En lo pertinente, los párrafos acusatorios, rezan:

"...Como puede advertirse de las licencias de importación Nos. 41190, 41191, 41193 de Junio 20 de 1.984 y la 47297 de Julio 16 de 1.984 expedidas por el INCOMEX en el numeral 13 (casilla) que dice: "Condiciones de reembolso. Se anotó: "Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de embarque."

"Las licencias se cumplieron con el requisito legal de colocar las condiciones de reembolso como lo manda la Resolución 13 de 1.984. Además utilizó la

expresión "dentro" como lo manda el párrafo 1. del artículo 1 de la citada resolución, palabra ésta que no ofrece ninguna dificultad interpretativa como lo manifiestan los actos acusados".

"...Pues bien: la palabra "Dentro" no ofrece dificultad interpretativa, porque es el mismo legislador quien se encarga de interpretar la palabra con autoridad, según se deja visto en la norma transcrita del C.R.P."

"De manera que cuando el legislador o el ejecutivo utilice la palabra "Dentro" para señalar un plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día de dicho plazo".

"Así las cosas, mi poderdante podía cubrir con la obligación cambiaria en cualquier día antes de la media noche del ciento ochenta-avo día de plazo fijados en las licencias de importación. Así las cosas el acto acusado no tenía porque buscar o atenerse al espíritu de la Resolución No. 13 del 84, por cuanto al texto del artículo primero de dicha resolución es una claridad absoluta. De presentarse dificultades interpretativas, la autoridad administrativa ha debido atenerse a la interpretación que por vía de doctrina hace el legislador de la palabra "dentro" y todo quedaba ajustado a la Ley".

"Los actos acusados no se conforman así y so pretexto de la oscuridad de la norma, se paso (sic) a consultar su espíritu en forma contraria no solo de los intereses de mi poderdante sino de la misma ley..."

La causa de violación señalada, repítese en el escrito del recurso de alzada, pero enfatizando en su texto la ilegalidad de los actos por el indebido alcance que diera al adverbio de tiempo "dentro de" utilizado en los plazos. Así se explicita de la precisión acusatoria que se produce:

"....Desconoce el Tribunal el caso sub-judice, pues se olvida que aquí el principal argumento jurídico que se plantea es la que de la oficina de Control de Cambio del Banco de la República como sólo ejecutoria de las políticas fijadas por la Junta Monetaria, desconoció el significado de la palabra dentro que mi patrocinada utilizó en las solicitudes de importación, las cuales fueron de ésta forma probadas por el Incomex. La Oficina de Control de Cambio, para tomar la decisión (sic) de la negativa se basó (sic) en una interpretación que de las resoluciones expedidas por la Junta Monetaria trece y cuarenta y tres, hizo (sic) la Junta asesora (sic) de Control de Cambios, en su sesión de cinco (5) de Septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984) consideró que la expresión "dentro" puede tener dificultades en su interpretación que en ese orden de ideas, es la opinión de la Junta Asesora que no puede dejarse a la voluntad de los particulares la determinación del plazo correspondiente y por lo tanto existiendo una norma cuyo cumplimiento es obligatorio la expresión "dentro" debe entenderse como de no recibo en la actual legislación y en consecuencia tomarse como plazo mínimo..."

"...Consideramos que la oficina de Control de Cambios del Banco de la República como ejecutora no podía desconocer la existencia de la palabra "Dentro" con todo su significado e implicaciones; si lo que hizo (sic) fue interpretar la Política Monetaria, establecida por la Junta Monetaria, se le olvidó que para aquella en su legislación la palabra dentro, si era de recibo. A la Junta Monetaria era a quien (sic) competía como única autoridad determinar si la expresión dentro era o no de recibo de la legislación que fijaba los plazos mínimos para efectuar los reembolsos."

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En escrito de 23 de mayo de 1.985, la entidad convocada al debate procesal, al replicar los cargos formulados, propuso la excepción de Inepta demanda, por falta de debido agotamiento de la vía gubernativa, como *condictio sine qua non* de acudimiento a la vía jurisdiccional. "...Por lo anteriormente expuesto y en razón a la naturaleza de orden público que caracteriza las disposiciones procedimentales invoco la excepción de Inepta demanda por haberse dado a la impugnación un trámite equivocado".

FUNDAMENTO DE LA OPOSICION

Con el alegato conclusión la parte opositora (fl. 188) en recuento histórico señala la orientación dada por la Junta Monetaria al tema de los plazos mínimos y máximos para el pago y financiación de las importaciones, estatuyendo, en punto a los últimos criterios contenidos en la Resolución No. 45 de Junio 13 de 1.979, Resolución No. 2 de febrero 10 de 1.982; para los mínimos, la Resolución No. 13 de 1.984 complementada con las Resoluciones 43, 83 y 86 del mismo año, sin dejar de estatuir una libertad contractual, en relación con los plazos mediante Resolución No. 99 de 1.983.

Un poco más adelante explica la entidad demandada:

"...La nueva orientación a que hacemos alusión y que fue establecida mediante la promulgación de las Resoluciones números 13 y 43 de 1.984, fue corroborada por la Resolución número 83 del mismo año, disposición ésta que predica en su artículo primero que "todo registro o licencia de importación que apruebe el INCOMEX *deberá estipular de manera precisa* (el subrayado es nuestro), los plazos mínimos dentro de los cuales va a cancelarse el pago de la importación correspondiente"; agrega la misma norma que "los plazos a que se refiere el inciso anterior no podrán ser inferiores a seis (6) meses cuando se trata de materias primas".

"Significa lo anterior que por razones de interés público como es una situación poco favorable y holgada del sector externo de la economía, la autoridad monetaria optó por una medida de proteccionismo consistente en dilatar la salida de divisas para evitar una brusca disminución en las reservas internacionales".

"...Esta nueva orientación cambiaria, la de no permitir reembolsos al exterior para el pago de importaciones sino hasta después de determinado plazo, fue puesta en práctica por la Oficina de Cambios, en desarrollo de su función ejecutora de las políticas dictadas por la Junta Monetaria, considerándose en su oportunidad, como lo ratifica ahora, que los plazos previstos en los registros o licencias de importación debían entenderse en el mismo sentido de que el derecho a giro sólo nacía una vez transcurrido el término señalado, concepto éste que se opone radicalmente a la interpretación más que simplista dada por el actor al término "dentro" usado en las licencias de importación ya referidas a lo largo del presente escrito y anotado en las mismas por el importador para tratar de determinar las condiciones de reembolso, la cual de aceptarse equivaldría a dejar sin piso todas las regulaciones existentes sobre la materia,....".

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal 2o. del Tribunal Administrativo de Antioquia, en concepto de junio 8 de 1.988 considera que el ruego de la accionante ha de prosperar, y consecuentemente el Tribunal debe declarar la nulidad deprecada, precisando en lo pertinente:

"...La resolución 13 se remitió a los plazos estipulados" en los registros o licencias de importación aprobados por el Incomex", y allí precisamente se estipuló que el reembolso se haría "dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del conocimiento de embarque". Y ese lapso no podía modificarse unilateralmente por el Incomex ni tampoco por el Banco de la República, según interpretación que para asunto similar planteó la compañía Hoechst Colombiana (f. 87). La Junta Asesora de Cambios ya consideró que esos plazos debían tenerse como los "mínimos", sin parar mientes en el tenor mismo plasmado en los registros de importación, pues si algo debe efectuarse dentro de cierto término, de por sí excluye el que se inicia al finalizar. Es un asunto de clara semántica que se quiso tergiversar por el Banco de la República, desconociendo el criterio de un derecho adquirido, dando retroactividad ilegal a un mero concepto, contrariando normas jerárquicamente superiores. Aunque en la demanda no se planteó la infracción del art. 30 de la Carta, sí se complementa este somero análisis con el estudio de las normas que se citaron allí como infringidas....".

LA SENTENCIA APELADA

La providencia proferida por el Tribunal, inicia su acápite de motivación con una visión retrospectiva en punto a la legislación existente desde 1.963, con la expedición de la Ley 21, en relación con las medidas de orden monetario y cambiario y con facultades al Presidente de la República para estatuir sobre su organización. Expídese luego la Ley 6a. de 1.967, "Por la cual se dictan disposiciones sobre el

régimen de cambios internacionales y comercio exterior y se provee a la reforma de los sistemas de crédito para el fomento económico nacional.

Derivado de las facultades conferidas, emítase por el Presidente de la República el Decreto 444 de 1.967 "Sobre régimen de cambios internacionales y de Comercio Exterior", en el que se asignan funciones a la Junta Monetaria con relación al mercado de divisas, determinando en su provisión 12:

"La Junta Monetaria señalará los requisitos para obtener licencias de cambio y podrá determinar por vía general, cuando fuere necesario, el orden en el cual se estudiarán y resolverán las solicitudes respectivas".

Continúa el recuento normativo señalado como el Decreto 404 de 1.976 reitera la anotada función del prenombrado organismo, y estatuyendo en su artículo 2o. que para cumplir lo anterior, "la Junta Monetaria por resoluciones de carácter general podrá limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos...".

Examina luego el a-quo, el contenido de las Resoluciones Nos. 13 y 43 de mayo 14 y junio 13 de 1.984, dictadas por la Junta Monetaria, las que fueran invocadas por la Oficina de Cambios del Banco de la República, en los actos cuya legalidad enjuicia la actora, para plantear desde este ángulo la técnica jurídica, la aplicación en el tiempo de las supradichas resoluciones, a las solicitudes o registros efectuadas por la firma accionante y antes de que el Incómex tomara la decisión aprobatoria de la importación.

Sobre las bases de estimar que una nuda solicitud no concede derecho; que la expedición de un acto de intervención estatal por la Junta Monetaria, en el lapso que corre entre la formulación de aquella y la que resuelve si concede la licencia, como nuevo régimen aplicable; y que la fuerza vinculante de los mandatos de intervención dictados por la Junta Monetaria, son determinantes en materia de plazos estipulados entre personas residentes en Colombia y proveedores extranjeros, el Tribunal hubo de negar las peticiones de la demanda.

CONCEPTO DEL FISCAL DEL CONSEJO DE ESTADO

El colaborador fiscal en concepto de junio 29 del año en curso, considera que no deben prosperar las pretensiones del actor,

"...puesto que como vimos, las importaciones están sometidas a un procedimiento especial de aprobación y su pago también está sometido a plazos, situaciones que deben tenerse en cuenta por los importadores en sus operaciones de compraventa, y esos plazos fueron fijados por la Junta Monetaria y lo único que hizo la Oficina de Control de Cambios fue interpretar la voluntad impresa por la Junta de Monetaria en las Resoluciones 13 y 43 de 1.984."

CONSIDERACIONES

Para los efectos propios del medio de impugnación formulado contra sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, importa, como premisa fundamental de análisis, el enfoque de una situación relativa al tema de la técnica jurídica, como instrumento de adecuado manejo al caso sub-examine, especificada por la aplicación de las disposiciones contenidas en las resoluciones proferidas por la Junta Monetaria, en el marco temporal que corre de la solicitud a la decisión aprobatoria de importación y otorgamiento de licencias respectivas a la sociedad demandante. Ello suscita, como se plantea en la providencia recurrida, un problema de aplicación del o los mandatos legales a lo que se conoce como expectativa, en frente de lo que es y significa en el ámbito de validez temporal, un derecho consolidado, un interés jurídicamente tutelado, oponible a una regulación normativa posterior.

Para la Sala surge clara y lógica la posición del a-quo, al considerar secundum legem, la aplicación de las Resoluciones 13 de marzo 14 y 43 de junio de 1.984, a la situación que, para su vigencia, gravitaba sobre la esfera jurídica de la accionante como una mera expectativa, un interés fundado en la esperanza, el "ius existens in spe" al que aludían los post-glosadores, como se plantea y luego se responde por aquél.

"Como se sabe -anota el Tribunal- mediante la prueba documental existente en el proceso que corrobora lo narrado en el hecho 4o. de la demanda, los registros de importación que para concesión de las correspondientes licencias efectuó ante el INCOMEX la demandante, datan de fecha que según se infiere de la vigencia de los paz y salvos, fue anterior al 31 de marzo de 1.984 (por lo menos hasta ese día ocurrió la presentación de los respectivos documentos ante esa dependencia)".

"Pero significará lo anterior que las normas expedidas por la Junta Monetaria en las resolución (sic) 13 de marzo 14 de 1.984 y 43 del 13 de junio de ese mismo año, antes de que el INCOMEX tomara la decisión aprobatoria de la importación y otorgara licencias respectivas, no eran aplicables a las solicitudes o registros que presente HOLASA y en donde las condiciones de reembolso aparecen estipuladas en la casilla Nro. 13, "Dentro de los seis meses siguientes a la fecha de conocimiento de embarque", y por consiguiente este plazo deberá interpretarse obedeciendo a un simple criterio exegético, literario, y no de manera acorde con lo previsto por la Junta Monetaria, el organismo rector de la materia en Colombia?".

Sobre el particular se tiene: La expedición de las plurimencionadas Resoluciones, lo fue con anterioridad a la decisión aprobatoria de la importación y otorgamiento de la licencia respectiva, como se advierte del aparte pretranscrito, y se contiene en la contestación dirigida a la firma demandante en documento obrante a folio 46, en cuyo texto se advierte:

"Damos respuesta a su comunicación MDE 08.10.84, mediante la cual solicitan autorización para girar el valor de unas importaciones amparadas con registros de importación aprobados por (sic) posterioridad a la vigencia de la Resolución No. 13 de 1.984 de la Junta Monetaria, pero que fueron radicados con anterioridad, de acuerdo a lo establecido en las condiciones reembolso...".

E igualmente así se reconoce en aserto de la accionante:

"...es de notar que la OFICINA DE CAMBIOS de Medellín tomó la decisión de no admitir que las licencias de importación registradas con anterioridad al trece (13) de Junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984), ante el INCOMEX por HOLASA y más precisamente los registros de Importación Nos. 824-1, 825-1, 827-1 y 830-2 y que fueron aprobados por las licencias de Importación Nos. 41190 de Junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984); 41191 de Junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984); 41193 de Junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984) y 47297 de Julio diez y seis (16) de mis novecientos ochenta y cuatro (1.984), respectivamente, pero aprobadas con posterioridad, como quedo dicho...".

Ello evidencia entonces la necesidad de llegar a una primera conclusión afirmativa del interrogante planteado, en la intelección de ser plenamente aplicable el régimen previsto en las resoluciones en comento a la situación de la sociedad actora, con el consecuente encadenamiento y referencia al plazo de reembolso consignado en el registro de importación, a las previsiones regladas por la Junta Monetaria vigentes a la fecha estipulatoria de plazos, esto es, con la significación consignada en el fallo impugnado "... o sea, que los que aparecen estipulados en los registros o licencias de importación deben considerarse como mínimos según el párrafo 1° del artículo 1° de la resolución No. 13 que así lo ordena, y se contarán "a partir del conocimiento de embarque o de la fecha de perfeccionamiento del contrato de préstamo, según el caso"", conforme al inciso final del propio artículo 1°.

Y es que en ese renglón de ideas, la expectativa de derecho, a la que se ha aludido, no es, ni equivalente puede ser a la situación consolidada que inhiere al derecho subjetivo oponible a una nueva normación. No es diferente a esta premisa argumental, lo dicho por el Tribunal, cuando a renglón seguido, expresa:

"Considera la Sección que el hecho de haber presentado el registro de importación al INCOMEX, antes de que la Junta Monetaria profiriera un nuevo reglamento en materia de plazos para el reembolso de los pagos en moneda extranjera a los proveedores externos, no otorga al importador el derecho a que el registro le sea aprobado y otorgada la licencia con sujeción a las condiciones vigentes en el régimen derogado, y con exclusión de las dispuestas en la nueva ordenación...".

Es y reproduce, en su esencia, la proposición transcrita, la clásica distinción entre expectativa de derecho y derecho adquirido, si bien, el enfoque interpretativo se

supedita al beneficio de inventario que supone la relatividad de la noción de éste en la órbita del derecho público, como lo es la disciplina administrativa.

Mutatis mutandi, la situación sub-análisis permite traer a colación el pensamiento de Baudry Lacantinieri que distingue entre la simple facultad y la misma, pero ejercitada para objetivar la primera como expectativa, y calificar la segunda como derecho adquirido, lo que, en este examen, no es impertinente exponer, cuando fuera el Fiscal 2° del Tribunal Administrativo, en concepto entonces rendido quien aludiera a la infracción del artículo 30 del Código Político.

"He aquí el principio que debe guiar al juez. Toda Ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso sobre la legislación anterior. Para sus autores, reglamenta ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número de casos posible y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Sin duda esta aplicación lesionará ciertas esperanzas. Pero el progreso se compra a este precio, y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. Contra el derecho adquirido, al contrario, la ley nueva no puede nada; su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido. Al afectar este derecho, la ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría toda la seguridad de las transacciones y la ley sería obligatoria aún antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación..."

Resulta lógico, por manera, que, si existiendo una solicitud jurídicamente sometida a decisión, es decir, lo que en la regla teodosiana se conoció como negotia pendencia, se emite una norma que en su previsión determina o establece una condición para su reconocimiento o concesión, sea ese nuevo régimen u ordenación positiva, el que haya de comprender bajo su ámbito aplicacional aquel ruego, así como toda petición que se halle en plano igual de consideración, esto es, y con relación al caso sub-judice, "...si en el lapso entre la fecha de presentación de la solicitud y aquella en la cual la Junta del Incomex resuelve si da o no la licencia, se produce un acto de intervención estatal de la Junta Monetaria que modifica aspectos que son de su competencia como el de los plazos para los reembolsos, el nuevo régimen se aplicará por su carácter imperativo y general a todas las solicitudes o registros de importación pendientes de decisión, en trámite, como es la situación de los que presentó HOLASA que cuando expidió la resolución Nro. 43 el 13 de junio de 1984 de la Junta del INCOMEX e hizo extensivo el régimen contemplado en la Resolución Nro. 13 de marzo de ese mismo año, aún no habían sido aprobados por la Junta del INCOMEX...", como con acierto analítico lo interpretó el Tribunal.

Determinado así el régimen normativo aplicable al caso sub lite y concretado en las disposiciones de las Resoluciones en comento, procede fijar el alcance de su

contenido en cuanto a la modalidad del plazo para el cubrimiento de los valores de importación respecta.

Un primer análisis indica que el lapso previsto como "condiciones de reembolso" en la casilla 13 del Registro de Importación y que en su texto precisa: "Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de conocimiento de embarque", no revela ni puede tener el alcance de reconocimiento de un poder o voluntad de ejercicio ad libitum de la actora, para imprimirle una intelección como la deducida por ella de "...poder cubrir con la obligación cambiaria en cualquier día antes de la media noche del ciento ochenta-avo día del plazo fijado por las licencias de importación...", sin un ensamblamiento de contexto con la previsión de la pluricitada Resolución No. 13 y la calificación del plazo mismo, como mínimo, consagrado en su párrafo primero. Esa concreta especificación como clase del plazo, equivale a estatuir un marco de tiempo sin opción diferente a su total transcurso para la ejecución, ejercicio o nacimiento de la facultad o actos que la norma prevé. De no ser así, no podría entenderse, en lógica, la permisión final contemplada en el mismo parágrafo, al referir como facultad, esta si discrecional, el poder cubrir el valor de las importaciones "...dentro de plazos más amplios a los considerados en el presente artículo", como complemento y consecuencia del acatamiento estricto, que suponé la calificación y sentido del plazo mínimo.

Auxilia la afirmación última como elemento corroborativo, el sentido del sistema contrario, es decir, de términos máximos, estatuidos por la Resolución 45 de 1979, citada por el impugnante y en cuyo mandamiento segundo, se expresa por éste que "...los importadores disponían de unos plazos máximos dependiendo del bien importado, antes de cuyo vencimiento debían cumplir el valor de su importación..." (se subraya en el texto), previsión, la transcrita, suficiente para advertir de ella la posibilidad de la utilización del plazo en su totalidad del tiempo jurídico, es decir, desde el momento inicial hasta su culminación, marcando, obvio es concluir, la esencial diferencia con el tipo o clase de plazo mínimo.

Dentro del mismo análisis y como fuente doctrinal, la Sala se permite transcribir el comentario del Dr. Guillermo Chahín Lizcano, contenido en su obra "Comercio Exterior", citado en el alegato presentado por la parte demandada, con motivo del recurso de alzada sub-estudio:

"...las autoridades monetarias de Colombia en desarrollo de su política de control sobre el endeudamiento externo y de protección a las reservas internacionales ha optado por reglamentar los plazos dentro de los cuales se puede efectuar el pago de las importaciones. En ocasiones, cuando las reservas eran altas y la tendencia al endeudamiento externo era mayor, se optó por señalar plazos máximos de giro, con el objeto de obligar al importador a girar al exterior el valor de las mercancías importadas dentro de unos plazos rígidos previamente señalados según el tipo de mercancía objeto de la importación.

"Luego, y debido a la caída de las reservas producidas en los años 1.982, 1.983 y 1.984, se estableció la política contraria consistente en señalar para las dife-

rentes categorías consistente en señalar para las diferentes categorías de bienes, plazos mínimos de giro, es decir, que *el pago de los bienes importados sólo podría hacerse transcurrido el plazo indicado por las autoridades monetarias*". (Subrayo)".

De la precisión que antecede, infiérese que ante la ineludible necesidad de fijar un plazo, por el organismo competente, para efectos del cubrimiento del valor de las importaciones, posterior a su vencimiento, la obligada determinación de su extensión, su medida de tiempo jurídico, genera o impone para el caso sub-judice, la necesidad de considerar como tal, es decir, como plazo, en su conceptualización de mínimo, se repite, el o los estipulados en los registros de licencia de importación, como lo dedujo y puntualizó el Tribunal, al desatender las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

Y no es de otro lado, de menor validez argumental en los dominios de la interpretación teleológica, resaltar que las resoluciones sobre las cuales se hizo descansar el alcance jurídico que ahora se cuestiona, dimanara de una autoridad competente para dictarlas y de un contenido disposicional propio del sector externo de la economía, entre cuyas funciones pertinentes se en lista el señalamiento de términos para la solución de contenidos obligacionales con el exterior, como lo es la Junta Monetaria. Y esa específica télesis, corre paralela a la mutabilidad de condiciones, eventos y circunstancias de diverso orden que determinan y demandan una intervención estatal expedita y eficaz, en armonía con ese contexto de exigencias socio-económicas que fundan "...la conveniencia de sujetar las operaciones de moneda y cambios a un orden que evite desajustes tanto en el nivel de su actividad económica y en la balanza de pagos...", y legitiman "...la flexibilidad que tienen las autoridades que manejan la política económica de adaptarse a las circunstancias cambiantes del orden económico social..." y traduce "...la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares...", como se infiere del párrafo jurisprudencial contenido en la providencia dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en febrero de 1.985, transcrita en el alegato formulado por la entidad demandada, en el debate de segunda instancia.

Lo hasta aquí expuesto, indica que la sentencia recurrida, ha de ser confirmada.

EXCEPCION PROPUESTA

Resta por observar, finalmente, que la entidad demandada en el escrito de respuesta a los cargos formulados, propuso la excepción de inepta demanda con causa en el indebido agotamiento de la vía gubernativa, como previo condicionamiento para el acudimiento jurisdiccional en el tipo de acción propuesta.

Se argumentó en el medio de defensa:

"...Respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados se sirvan declarar probada la excepción de INEPTA DEMANDA, por las siguientes razones: De

conformidad con el Artículo 135 del Decreto 01 de 1.984, para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos en lo contencioso administrativo será necesario que se haya agotado la vía gubernativa".

"Como se desprende de las afirmaciones hechas por la parte actora, los actos acusados en ningún momento fueron controvertidos en desarrollo de los recursos ordinarios que la ley ha previsto para el efecto, presupuesto necesario para agotar la vía gubernativa, sino que por el contrario se acudió directamente ante el órgano jurisdiccional...

"...Es de notar, Honorables Magistrados que el actor no agotó legalmente la vía gubernativa puesto que los actos acusados eran susceptibles de recurso de reposición ante el mismo funcionario que los produjo, y subsidiariamente procedía contra ellos el recurso de apelación ante su inmediato superior que es el Gerente de la respectiva sucursal del Banco de la República, jerarquía establecida en la Circular número 2660 de octubre 27 de 1.969, Artículo 4, cuya fotocopia auténtica me permito anexar".

"Por lo anteriormente expuesto y en razón a la naturaleza de orden público que caracteriza las disposiciones procedimentales invoco la excepción de inepta demanda por haberse dado a la impugnación un trámite equivocado". (folios 75 y 76).

La solicitud de consideración y declaratoria de la excepción a la cual se ha hecho referencia y como instituto de defensa procesal del demandado que es, obligaba al a-quo a su examen y correspondiente decisión, lo que fue omitido en el fallo. Sobre el particular, el Estatuto de Enjuiciamiento Administrativo, en su mandato 164, prescribe en su inciso final:

"El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus".

Sobre el particular, asiste plena razón a la parte actora para la utilización de la vía jurisdiccional, sin la previa discusión de la voluntad administrativa ante el ente que hubo de proferirla, en razón a que los medios de impugnación procedentes en sede de la administración activa, no fueron advertidos al destinatario, situación que permite interpretar entonces que la vía gubernativa quedaba debidamente clausurada, si se atiende el tenor del inciso final del artículo 22 del decreto 2304 de 1.989, cuando permite acudir a la vía jurisdiccional al administrado, si la autoridad no hubiese dado lugar u oportunidad en el ejercicio de los medios de impugnación propios para el acto que se disiente. "Sin embargo, -reza el inciso final ibidem-, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos".

Lo anterior lleva a la conclusión de que la excepción de la inepta demanda propuesta por la parte demandada, deberá declararse no probada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal,

FALLA :

1o.- DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la parte demandada.

2o.- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada y proferida por el Tribunal administrativo de Antioquia, el 20 de octubre de 1.989.

3o.- En firme esta providencia y previas las anotaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Simon Rodríguez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

EJERCICIO DE PROFESIONES. ABOGACIA

La resolución acusada es violatoria de la ley y de la Constitución, pues establece una serie de requisitos para que un abogado pueda apoderar una persona adoptante, que no están contempladas en el estatuto del ejercicio de la abogacía como tampoco las incompatibilidades ad hoc que para litigar ante el ICBF se crean. La escogencia de los abogados que litigan ante este instituto por el sistema de sorteo entre los inscritos en la respectiva oficina regional es mecanismo completamente exótico no previsto en el D.L. 196/71 y que coarta frontalmente el libre ejercicio de la profesión de abogado.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º de la Resolución número 1399 de agosto 3 de 1.990 emitida por el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "por la cual se establece un procedimiento".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. 1554. Demandante: Gonzalo Hermogenes Alvarez C.

El ciudadano Gonzalo Hermógenes Alvarez C., en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del C.C.A. impetra de esta justicia la declaratoria de nulidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º de la Resolución No. 1399 de 3 de agosto de 1.990 expedida por el señor Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.- relacionada con actuaciones ante éste de apoderados abogados de adoptantes.

Pide también la suspensión provisional de dichos textos.

EL ACTO ACUSADO

Los preceptos impugnados de la Resolución 1399, son del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO. Para apoderar a los adoptantes seleccionados por el Instituto de Bienestar Familiar, que pretendan adoptar a un menor que se encuentre bajo medida de protección del Instituto, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Inscribirse en la Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde tenga fijada su residencia.
- b) Cumplir los requisitos exigidos por la Ley para desempeñar el cargo de Juez de Familia o de Menores ó Defensor de Familia.
- c) No tener sanciones disciplinarias vigentes del Tribunal Superior ni de la Procuraduría General de la Nación.
- d) Comprometerse a rendir informes periódicos de su gestión ante la Jefatura de la Regional donde se adelanten los procesos.
- e) Comprometerse a: Adelantar el proceso; cancelar el costo de intérpretes, gastos de juzgado, fotocopias, cambio de registro civil, pasaporte, gastos notariales, autenticación de documentos y de las firmas de traductor ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, por unos honorarios no superiores al equivalente de diez (10) salarios mínimos legales mensuales colombianos.

PARAGRAFO.- Para los efectos de la presente resolución no podrán inscribirse como abogados, para tramitar los procesos de adopción, el cónyuge y los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios de la respectiva Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar encargados de atender lo relacionado con el programa de adopción.

ARTICULO TERCERO. La designación de los abogados por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se hará mediante sorteo entre los inscritos en la respectiva Regional, durante las reuniones del Comité de Dirección.

ARTICULO CUARTO. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informará la fecha del sorteo mediante aviso que se fijará en lugar visible de la División Jurídica de la Regional, con una antelación no menor de ocho (8) días calendario, a la celebración del mismo.

Del Sorteo se levantará un acta que será suscrita por los miembros del Comité y los abogados inscritos, asistentes al acto que así lo deseen.

El abogado que resulte favorecido en el sorteo no podrá participar en nuevo sorteo hasta tanto se agote la lista de abogados inscritos.

ARTICULO QUINTO. El Profesional favorecido en el sorteo será presentado por el Instituto a consideración de los adoptantes, quienes están en absoluta libertad para aceptarlo o escoger uno nuevo de la lista de inscritos, quien deberá seleccionarse por el mismo sistema.

ARTICULO SEXTO. El Comité de Dirección, o el órgano que haga sus veces, podrá retirar la inscripción de quienes incurran:

- a) En cualquiera de las faltas consagradas en el capítulo primero título VI del Decreto 196 de 1.971, a juicio del Comité de Dirección.
- b) Cobro de tarifas diferenciales a las adoptadas en la inscripción a que se refiere la presente resolución.
- c) Por quejas presentadas por los poderdantes.
- d) Por no presentar dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del poder y demás documentos, la demanda de adopción ante el Juez correspondiente.
- e) Por no cumplir oportunamente con los demás trámites tanto judiciales como extrajudiciales necesarios para la culminación del proceso de adopción.
- f) Por incumplir a juicio del Comité de Dirección Regional cualquiera de los compromisos adquiridos en la inscripción de que trata el artículo primero de la presente resolución.

ARTICULO OCTAVO. Las inscripciones que se hayan realizado con anterioridad a ésta norma, deberán ajustarse a lo establecido en la presente resolución.

SUSPENSION PROVISIONAL

Se despreca ésta de las normas pretranscritas, con fundamento en el siguiente razonamiento:

"Con fundamento en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1.989, atentamente solicito

la suspensión provisional de las normas contentivas en los artículos primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo de la Circular 1399, de 3 de agosto de 1.990, expedida por el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ya que son manifiestamente violatorias de los artículos atrás referenciados de la Constitución Nacional, del Código de Procedimiento Civil, del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto 196 de 1.971 (Estatuto del Abogado)."

"Se ha demostrado no sólo que el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar profirió la Resolución 1399 de 3 de agosto de 1.990, sin disponer de competencia para ello, sino que la violación de las normas de mayor jerarquía producida por la misma es manifiesta, perceptible a través de su simple comparación, por lo cual es procedente la suspensión provisional, de acuerdo con lo establecido en el ya citado artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, pues se trata, además, de un hecho grave que atenta contra el libre ejercicio de la profesión de abogado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La demanda reúne los requisitos exigidos por la ley para su admisibilidad y así habrá de disponerse.

2. En cuanto hace a la suspensión provisional deprecada observa la Sala que en el acápite correspondiente a ésta, no se explican las razones jurídicas que en relación con los textos impugnados ameriten tomar tal medida por aparecer ostensible el quebranto al hacer el correspondiente cotejo normativo.

Se limita el actor a hacer comentarios de carácter general como es la falta de competencia del Director del I.C.B.F. para emitir los textos impugnados y la violación por éstos de normas de mayor jerarquía.

Mas yendo a la explicación que en cuerpo de la demanda se da del concepto de la violación de las normas superiores por la Resolución 1399 de 3 de agosto de 1.990 emitido por el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, surge de manera evidente el desconocimiento flagrante por dicho acto de variedad de textos tanto constitucionales como legales, como se verá a continuación y que ameritan de suspensión provisional.

En efecto:

Según el artículo 39 de la Carta Política "toda persona es libre de escoger su profesión u oficio". Al legislador le corresponde la exigencia de títulos de idoneidad y reglamento de las profesiones. En cuanto hace a la de abogado, el artículo 40 ibídem previene que solo podrán ser inscritos como tales quienes tengan título profesional.

Frente entonces a una potestad específica del Legislador para reglamentar las profesiones, entre las cuales se halla la de abogado, ello le está vedado a la Administración Pública y más concretamente, en el caso sub-judice, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En desarrollo de los textos citados se expidió el Decreto-Ley 196 de 1.971 "por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía", que trata de los siguientes temas: Disposiciones Generales (función social de la abogacía, misión principal del abogado, quién es abogado), inscripción (como requisito para ejercer la profesión, quién no podrá ser inscrito ante quién se solicita y su trámite), ejercicio de la profesión: régimen general: no se puede ejercerla ni anunciarse como abogado sin estar inscrito y tener vigente la inscripción, ni litigar en causa propia o ajena si no se es abogado inscrito, quiénes pueden examinar los expedientes; excepciones para litigar en causa propia o ajena sin ser abogado inscrito; incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía; ejercicio ilegal de la abogacía; inspección y vigilancia de la profesión, a cargo del Ministro de Justicia; deberes profesionales del abogado, régimen disciplinario: faltas, sanciones, jurisdicción y competencia y procedimiento.

A su vez el Código de Procedimiento Civil en las normas citadas como quebrantadas dispone: el artículo 63, contempla el derecho de postulación; el 65 define los poderes para actuar en los procesos; el 66 trata sobre la designación de apoderados; el 67 sobre el reconocimiento del apoderado; los artículos 149 a 157 versan sobre los impedimentos y las recusaciones y el 393 sobre la liquidación de costas.

Es así entonces que cotejada la Resolución acusada con la normatividad precedente, surge a las claras su infracción, sin hacer grandes razonamientos y según las siguientes y simples consideraciones: el artículo 1° de la misma establece una serie de requisitos (inscribirse en la Regional del I.C.B.F., etc.) para que un abogado pueda apoderar una persona adoptante, que no están contempladas en el estatuto del ejercicio de la abogacía (Decreto Ley 196 de 1.971), como tampoco las incompatibilidades ad-hoc que para litigar ante dicho Instituto se crean en el parágrafo del artículo 1°. Al respecto valga decir que el C.C.A. para garantizar la imparcialidad de los funcionarios que actúan en la vía gubernativa contempla las mismas causales de recusación del C. de P.C. y otras específicas (haber formado el funcionario parte de lista de candidatos a cuerpos colegiados inscritos o integrados por el interesado, etc.) y el procedimiento para tramitar los impedimentos y las recusaciones. Y es entonces a estas causales y procedimiento a que habrá de estarse.

Funambulesco es también el compromiso a que se constriñe al abogado consistente en asumir una serie de gastos y expensas que bien pudieron ser materia de arreglo contractual con su cliente, y lo que es todavía más extraño, se le restringe al tope máximo de diez (10) salarios mínimos legales el valor mensual de su remuneración profesional (literal e del art. 1°).

Los artículos 3°, 4° y 5° previenen la escogencia de los abogados que litigan ante el I.C.B.F. por el sistema de sorteo entre los inscritos en la respectiva oficina

SECCION PRIMERA

regional, mecanismo completamente exótico no previsto en el Decreto Ley 196 de 1.971 y que coarta frontalmente el libre ejercicio de la profesión de abogado. Además de que se inmiscuye en el contrato de mandato contemplado en el artículo 2142 del C.C. según el cual son las partes del mismo quienes convienen la gestión del asunto objeto del mismo, sin la presencia ni interferencia de persona extraña, como lo es en el caso sub-exámine el I.C.B.F.

Por último la anulación de las normas atrás indicadas, trae consigo la del artículo 6° de la Resolución 1399 sobre el tema.

Del mismo modo el Comité de Dirección que se contempla en el artículo 6° de la Resolución 1399 de 1.990, impugnada, con facultades para retirar la inscripción de abogados no está establecido en el Decreto Ley 196 de 1.971, pues las faltas disciplinarias de los abogados las sancionan los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y el Tribunal Disciplinario (Decreto Ley 196 de 1.971, artículo 217 de la C. Nac.) y ellas son las señaladas en el referido Decreto, razón por la cual las faltas ad-hoc de que da cuenta el artículo 6° examinado están por fuera de todo contexto normativo.

Si el profesional del derecho incurriere en inconducta disciplinaria, ésta será la prevista, se repite, en el Decreto 196 de 1.971, y su juzgamiento estará a cargo de los órganos mencionados.

Habrá por lo explicado que decretarse la suspensión provisional solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. Admítase la anterior demanda. Para ello se dispone:

a) Se tiene al ciudadano Gonzalo Hermógenes Alvarez C., como parte demandante.

Como parte demandada se tiene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

b) Notifíquese personalmente esta providencia al señor Fiscal Primero de la Corporación.

c) Comuníquese este proveído al Ministro de Salud Pública.

d) Notifíquese personalmente esta providencia al señor Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese el negocio en lista por el término y para los efectos previstos en el numeral 5) del artículo 207 del C.C.A.

f) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A. y del Decreto Reglamentario número 2867 de 1.989, y con el fin de 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) siguientes al de regreso del expediente a Secretaría.

g) Ordenáse al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el envío de los antecedentes administrativos del caso, lo cual se cumplirá dentro de los quince (15) días siguientes al del recibo de la correspondiente solicitud.

2. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de los artículos primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo de la Resolución No. 1399 de 3 de agosto de 1.990 emitido por el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "por la cual se establece un procedimiento".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de diez y nueve de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Simon Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa legal; Myriam Guerrero de Escobar.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

REGISTRO MERCANTIL/ POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites

El Decreto acusado se desvió en su simple función reglamentaria al consagrar una sanción a quien no renueve la matrícula mercantil, consistente en excluir al comerciante del correspondiente registro. De esta manera se agrega aquella a la que viene establecida en el Código de Comercio. Por norma reglamentaria no se puede crear una sanción más y diferente de la ya establecida en el mismo estatuto del ramo. Es al Congreso, por derecho propio, al cual compete proveer sobre la materia objeto de enjuiciamiento.

DECLARA LA NULIDAD del artículo 2° del Decreto 668 de 1.989 (abril 5), expedido por el Presidente de la República y cuyo tenor es como sigue: "Artículo 2. La no renovación anual de la matrícula mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Dr. Simon Rodríguez Rodríguez

Referencia: Proceso No. 1196. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry.

El doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad, regulada por el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del artículo 2° del Decreto 668 de 1.989 (abril 5), "por el cual se reglamenta parcialmente el Título III del Libro Primero del Código de Comercio".

La norma acusada es del siguiente tenor:

"La no renovación anual de la matrícula mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro".

I. ANTECEDENTES

El actor fundó su pretensión en el hecho de haber sido expedido el texto reglamentario por el Presidente de la República, para reglamentar parcialmente el Título III del libro Primero del Código de Comercio. El título en mención establece el trámite para la renovación de la matrícula mercantil y la norma correspondiente (art. 33 del C. de Co.) no señala sanción alguna para quien no renueva su matrícula.

En el concepto de la violación el actor alegó haberse quebrantado el mandato de los artículos 50, 76 y 120 numeral 3, en relación con el artículo 33 del Código de Comercio; se afirma que hubo abuso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. El sentido que surge de la norma reglamentaria acusada es la establecer sanciones para que quien no renueva su matrícula mercantil en tanto que en la norma reglamentada tal cosa no se infiere de ninguna manera. El propósito sancionatorio de la norma acusada es contrario al espíritu de la norma reglamentada.

Los actos de registro -agrega el actor- son verdaderos actos administrativos que no pueden ser revocados directamente, mediante autorización de un decreto reglamentario.

La exclusión del registro -concluye el actor- implicaría impedimento para que la sociedad continuara ejecutando sus actividades propias e impediría que la Cámara de Comercio certificara sobre su existencia y representación legal, con lo cual se perdería la única prueba.

Admitida la demanda y decretada la suspensión provisional de la norma acusada, la Cámara de Comercio de Bogotá, en su carácter de impugnadora de la demanda en el proceso, interpuso recurso ordinario de súplica que fundamentó con los siguientes argumentos.

1. No siempre una norma consagra en forma expresa una sanción.
2. Todo comerciante debe matricularse. La matrícula debe renovarse anualmente.

II. ALEGATOS DE CONCLUSION

No hubo.

III. VISTA FISCAL

Tras tomar los argumentos principales del Despacho en relación con los fundamentos de la suspensión provisional, el Agente del Ministerio Público considera que ellos no han cambiado por lo que estima debe decretarse la nulidad de la norma acusada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se sabe, el ejercicio de la acción de nulidad se subordina a la violación de precepto legal de superior jerarquía. Lo anterior quiere decir que, dentro de la noción de la organización jerárquica del **orden jurídico, la norma superior rige y condiciona a todo precepto que le debe estar sujeto**. La comparación tiene por objeto hallar las contradicciones entre uno y otro precepto de tal manera que, comprobadas, viene como consecuencia necesaria la anulación del precepto inferior que contradice y desconoce la norma que lo gobierna. Según la significación del vocablo, comparación viene a ser "expresión de la igualdad o **diferencia** (subraya la Sala) entre dos cosas o de una con otras" (Diccionario de Uso del Español, María Moliner (acepción 2.)).

De manera indudable, en el caso de autos surge de manera ostensible el quebranto de la disposición contenida en el artículo 120, numeral 3° de la Constitución Política por parte del acto acusado, artículo 2° del decreto 668 de 1.989.

En efecto:

a) El registro mercantil, regulado por el artículo 26 del Código de Comercio, tiene por objeto llevar la **matrícula** de comerciantes y de establecimientos de comercio, así como la **inscripción** de los actos, libros y documentos, de acuerdo con las determinaciones legales. De lo anterior se deduce que la matrícula es el registro a que están obligadas todas las personas que ejercen regularmente el comercio, en forma profesional, lo mismo que en relación con sus establecimientos de comercio. La petición de matrícula indicará el nombre del comerciante, documento de identidad, nacionalidad, actividad o negocios a que se dedique, domicilio y dirección, lugar o lugares donde desarrolle sus negocios de manera permanente, su patrimonio líquido, detalle de los bienes raíces que posea, monto de las inversiones en la actividad mercantil, nombre de la persona autorizada para administrar los negocios y sus facultades, entidades de crédito con las cuales hubiere celebrado operaciones y referencias de dos comerciantes inscritos. Si se trata de un establecimiento de comercio, se señalará su denominación, dirección y actividad principal a que se dedique; nombre y dirección del propietario y del factor, si lo hubiere, y si el local que ocupa es propio o ajeno. Se presumirá como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro. (art. 32 del C. de Co.).

Dicha matrícula-que debe ser solicitada dentro del mes siguiente al comienzo de la actividad mercantil (artículo 31 del C. de Co.) cumple con el propósito, no de otorgar la calidad de comerciante, sino de ponerla en conocimiento de los demás. Así a los terceros se les posibilita la información sobre ciertas condiciones y circunstancias del comerciante en cuanto hace al objeto de sus negocios y de ahí, en primer lugar, la obligación profesional que tiene de matricularse en el registro mercantil (art. 19-1 *ibidem*) y de suministrar el conjunto de datos al solicitar la matrícula a que se refiere el artículo 32 *ibidem* antes mencionado.

A su vez la renovación de la matrícula, que ha de hacerse dentro de los tres primeros meses del año, tiene por objeto actualizar los datos que el comerciante dió al abrirse aquella por primera vez. Al describir dichos datos la norma (art. 33 del C. de Co.) incluye los relativos a "la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente".

La inscripción está referida al registro en las Cámaras de Comercio de todos los actos, libros y documentos en relación con los cuales la ley impusiere tal requisito (art. 28 numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del C. de Co. En conexión con este numeral los arts. 111, 113, 114, 116, 121, 158, 160, 163, 164, 165, 192, 196, 219, 227, 228, 263, 280, 300, 301 ib. etc.).

b) El decreto acusado se desvió en su simple función reglamentaria al consagrar una sanción a quién no remueve la matrícula mercantil, consistente en excluir al comerciante del correspondiente registro. De esta manera se agrega aquélla a la que viene establecida en el Código de Comercio.

En efecto: Según el artículo 37 de dicho estatuto la persona y el establecimiento de comercio que ejerzan el comercio sin estar inscritos en el registro mercantil incurrirán en multa de hasta diez mil pesos que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las sanciones legales. No renovar la matrícula equivale a carecer de registro, luego quién no cumpla con esta obligación de renovar la se hará acreedor a tal sanción pecuniaria.

En tales condiciones, el Gobierno Nacional so pretexto de reglamentar el C. de Co., y más concretamente su artículo 33, que se limita a repetirlo en su primera parte ("la matrícula se renovará anualmente dentro de los tres primeros meses de cada año"), suma a la multa antes mencionada a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio otra sanción que el Decreto 668 de 1.989 acusado hace consistir en "la exclusión de comerciante del respectivo registro".

Es así entonces que por norma reglamentaria no se puede crear una sanción más y diferente a la ya establecida en el mismo estatuto del ramo. Nótese que si bien el susodicho artículo 37 deja a salvo las demás sanciones que puedan imponerse por no renovar la matrícula, en los términos atrás explicados, es bien preciso al calificar tales sanciones de legales, esto es, las determinadas por el propio legislador.

c) Es al Congreso, por derecho propio, el cual compete proveer sobre la materia que es objeto de enjuiciamiento. Sí aquél confirió facultades extraordinarios al Gobierno Nacional, en la Ley 16 de 1.968, para la expedición del nuevo Código de Comercio, y en todo su texto no incorporó disposición alguna relativa a la sanción controvertida por la no renovación de la matrícula mercantil, sino la comentada anteriormente de una multa, no le corresponde al Ejecutivo echando mano, indebidamente de la potestad reglamentaria, crear una diferente. Al haber expedido el precep-

SECCION PRIMERA

to acusado con tales anomalías, rebasó la simple facultad reglamentaria e invadió al propio tiempo el ámbito de las atribuciones propias del legislador.

Lo anterior es suficiente para que la Sala, en un todo de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público ante la Corporación, acceda plenamente a las pretensiones de la demanda.

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:

Anúlase el artículo 2° del Decreto 668 de 1.989 (abril 5), expedido por el Presidente de la República y cuyo tenor es como sigue:

"Artículo 2°. La no renovación anual de la matrícula mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de 19 de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

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.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/ DELEGACION DE FUNCIONES/ MINISTRO DELEGATORIO/ DOCUMENTOS/ TELEFAX

El decreto demandado expedido por el Presidente de la República, refrendado y comunicado por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contenido en Telefax, es un documento -instrumento público- auténtico. El artículo 128 de la Constitución no sujeta al Presidente de la República a la autorización del Senado, o en receso de éste de la Corte Suprema de Justicia, para fines de viajar al extranjero en ejercicio de su cargo; se trata de una decisión y de un hecho autónomo del Ejecutivo. Las funciones constitucionales, sin distingo alguno entre las de naturaleza política y las puramente administrativas, son delegables en el Ministro Delegatorio, razón que explica, precisamente, por qué el artículo 135 de la Carta resultaba insuficiente, en el evento del traslado del Presidente de la República a territorio extranjero en ejercicio del cargo, pues dicha norma hace relación exclusivamente a funciones de naturaleza administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: Doctora Myriam Guerrero de Escobar

Expedientes Acumulados Nos. 729-730. Actores: Hugo Escobar Sierra y Jose Ignacio Vives Echeverria.

Procede la Sala a proferir sentencia en los procesos acumulados, radicados bajo los números 729 y 730, originados en las demandas instauradas en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública contemplada en el artículo 84 del C.C.A., por los ciudadanos y abogados HUGO ESCOBAR SIERRA Y JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto

No 1766 de 16 de septiembre de 1.987, proferido por el señor Presidente de la República, "Por el cual se prorroga la delegación de funciones constitucionales".

A. LA DEMANDA

1.- Como pretensión formulan los actores ante esta Corporación y contra la Nación -Departamento Administrativo de la Presidencia de la República-, la declaratoria de nulidad del Decreto No. 1766 del 16 de septiembre de 1.987, expedido por el señor Presidente de la República de Colombia, doctor Virgilio Barco Vargas, "Por el cual se prorroga la delegación de funciones constitucionales".

2.- Como hechos de las demandas se aducen, en síntesis, los siguientes.

a.- El 1° de septiembre de 1.987, el señor Presidente de la República con fundamento en el artículo 128 de la Constitución Nacional y previo aviso al Senado, dictó el Decreto No. 1685 "Por el cual se delegan algunas funciones constitucionales".

En los considerandos del mismo se expresó que el Presidente había aceptado la invitación que le hicieran los Gobiernos de la República Popular China, Corea y Filipinas y que para atender tales invitaciones oficiales se ausentaría del país entre los días 5 y 16 de septiembre, inclusive, del mismo año, período dentro del cual se desempeñaría como Ministro Delegatorio el Ministro de Relaciones Exteriores, encargado del Despacho del Ministerio de Gobierno, por razones de precedencia y de filiación política.

En el artículo 1° se indicaron las funciones materia de delegación, cuales fueron:

En relación con el congreso, las señaladas en los numerales 5, 6, 7, y 8: del artículo 118 de la Carta.

En relación con la administración de justicia, las previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 119 *ibídem*;

Como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa, todas las contempladas en el artículo 120 *ibídem*, con la única excepción de las señaladas en el numeral 20. Igualmente las establecidas por los artículos 121 y 122 del mismo Estatuto.

El Decreto en mención fue publicado en el Diario Oficial No. 38.028 de 1° de septiembre de 1.987.

b.- El 16 de septiembre de 1.987, el señor Presidente de la República expidió en Seúl, República de Corea, el presunto Decreto N° 1766, acusado, prorrogando hasta el 20 de septiembre, inclusive, la delegación contenida en el Decreto 1685, en razón a que se prolongaría hasta tal fecha su estadía en territorio extranjero.

En el citado Decreto se hace constar su expedición en Seúl, su refrendación y comunicación en Bogotá, en la misma fecha, por el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

c.- En la fecha anotada, 16 de septiembre, el Secretario General de la Presidencia de la República comunicó al Presidente del Congreso, que aquél "ha decidido prolongar hasta el 20 de septiembre próximo su permanencia en territorio extranjero", agregando que por tal razón había dispuesto prorrogar hasta tal fecha la delegación de funciones constitucionales ya conferida y que el aviso previo al Senado había tenido lugar según nota de 1° de septiembre.

3.- Como normas violadas y concepto de la violación, plantean los actores, en resumen, los siguientes:

Se infringieron los artículos 57, 128, 3°, 118 numeral 8°, 119 numeral 4, 120 a excepción del numeral 20, 121 y 122 de la Constitución Nacional y el Decreto N° 1685 del 1° de septiembre de 1.987.

a.- De conformidad con el artículo 57 de la Carta Política "el Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de Departamento Administrativo, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente constituyen el Gobierno". Su inciso segundo prescribe: "Ningún acto del Presidente excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables".

Siendo un hecho público y notorio que el 16 de septiembre de 1.987, el doctor Virgilio Barco Vargas se encontraba recluso en el Hospital Universitario de Seúl, República de Corea y que el señor Germán Montoya Vélez, Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se hallaba y residía en Bogotá, es evidente que el original del Decreto 1766 sólo fue firmado por el Presidente, violándose la norma citada que requiere que las firmas se estampen en forma instantánea, simultánea y armónica.

Además no existe Decreto original distinguido con el N° 1766 firmado y refrendado por los funcionarios mencionados, pues el prenombrado Decreto se transmitió utilizando los servicios de un telefax. Es decir, la fotocopia del Decreto transmitida por vía electrónica fue refrendada y comunicada por el Jefe del citado Departamento Administrativo. De esta forma la decisión no fue tomada por quienes de conformidad con la norma en mención, constituían Gobierno.

De otra parte, la fotocopia en cuestión no es documento auténtico de acuerdo con las leyes colombianas, se trata de un "TELE-DECRETO exótico, inaudito, sin antecedentes en la administración pública Colombiana".

b.- El aviso al Senado de la República, para efectos de la permanencia en el exterior del señor Presidente de la República, entre los días 18 y 20 de septiembre, lo dió el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia y no el Presidente como lo exige el artículo 128 de la Carta Política, ello "quiere decir que el señor Presidente de la República no está autorizado constitucionalmente para permanecer en el exterior durante los días 18 y 20 porque la citada autorización se produce de manera automática tan pronto el Presidente comunica por sí mismo, y no por interpuesta persona o funcionario, que estará ausente del país. No pudo hacerlo seguramente porque se encontraba en el Hospital Universitario de Seúl y no en el territorio nacional pero hubiera podido hacerlo en forma irregular utilizando también los servicios del fantástico TELEFAST". (sic).

c.- Las funciones que el señor Presidente de la República se reservó, en cuanto no fueron materia de delegación, o bien se habían agotado en su ejercicio con relación al período de su ausencia del país, como las de los numerales 1, a 4, del artículo 118, 1. del artículo 119 de la Carta Política, o bien no le facultaban para dictar el llamado Decreto 1766, pues habiendo delegado todas sus funciones en ese momento susceptibles de ejercicio, a excepción de las del numeral 3, del artículo 119 y las del numeral 20 del artículo 120 *ibidem*, éstas no le permitían expedir el Decreto citado, con lo cual además, se infringió el Decreto No. 1685 de 1° de septiembre de 1.987.

Tampoco podía expedirlo con invocación del artículo 135 *ibidem*, porque la ley no le atribuye tal función y las competencias delegadas las ejerce el delegatorio bajo su propia responsabilidad.

d.- El Jefe del Estado ejerce jurisdicción de manera natural, plena y soberana, con las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes en el territorio de la República, delimitado en el artículo 3° de la Constitución Política. El ordenamiento jurídico regula la órbita de su competencia en la República de Colombia y no en el exterior con la sola excepción contemplada en el artículo 128 de aquélla, por lo cual no puede ejercer todas sus funciones en el exterior.

Para justificar lo injustificable se ha querido hacer entender que el Presidente Barco dictó el decreto 1766 dentro de la sede de la Embajada de Colombia en Corea con asiento en Seúl, para amparar la inconstitucionalidad e ilegalidad del acto en el principio de la extraterritorialidad diplomática cuando estuvo todo el tiempo en el Hospital Universitario de aquella ciudad y sólo durante media hora abandonó el Centro Hospitalario el 17 de septiembre para hacer una visita oficial al Presidente de la República de Corea, y una vez concluída volvió al Hospital".

e.- El Ministro Delegatario no asume la plenitud de las funciones presidenciales, ni tiene sus mismos poderes y preeminencia, por cuanto éste no es elegido por el pueblo. "Por eso Duverger proclamó que `Si todos los hombres son libres e iguales, ninguno puede mandar a los demás, SALVO QUE HAYA SIDO ELEGIDO POR ELLOS PARA HACERLO". Empero el **nombramiento** que es la designación pero no por elección, no confiere los mismos poderes, y este es el caso de los Ministros,

así sean delegatarios de funciones presidenciales, porque para ser Ministro solamente se requiere que el Presidente quiera nombrarlo.- Por eso el Ministro aún delegatario de funciones constitucionalmente presidenciales, no es Presidente y menos Jefe del Estado, porque no pierde su condición de subalterno del Presidente ni su status de ministro simplemente".

"Por eso los `poderes' que mediante elección el pueblo confiere a la persona que designa como su Presidente de la República, o su Jefe de Estado, nunca son por éste delegables en cuanto son poderes de `mando', y esos poderes especialmente señalados en los artículos 120, 121 y 122 de la Constitución Política de Colombia, no puede traspasarlos ni transferirlos su titular a ninguno de sus subalternos nombrados. Son suyos, exclusiva y privativamente". Igual acontece con las funciones previstas en el numeral 8, del artículo 118, pues la expedición de Decretos con fuerza legislativa es privativa del Presidente, como lo es la estatuida en el numeral 4 del artículo 119 ibídem atinente a la concesión de indultos por delitos políticos.

Al prorrogar el Decreto N° 1766 la delegación de funciones antes mencionadas violó ostensiblemente las disposiciones citadas, como también las infringió, por la misma razón el Decreto 1685 (fls. 19 al 30 Proceso N° 729 y 3 al 12 Proceso N° 730).

B. LA IMPUGNACION

La Nación -Departamento Administrativo de la Presidencia de la República- por conducto de apoderados debidamente reconocidos como tales, en uno y otro proceso (fls. 84 y 85 Proceso N° 729 y 52 a 54 Proceso N° 730), procedió a contestar las demandas, haciendo precisiones en cuanto a los hechos, solicitando el decreto y práctica de pruebas y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones sobre la base del ajuste a la normatividad vigente del acto acusado (fls. 73 a 81 Proceso N° 729 y 37 a 48 Proceso N° 730).

C. LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada expone que como se desprende de la inspección judicial practicada en la Casa de Nariño, con fecha 7 de julio de 1.988, se demostró que el Decreto acusado es auténtico, su texto es idéntico al primeramente emitido y en él aparecen las firmas del señor Presidente de la República y del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia, siendo así numerado, fechado y publicado.

De otra parte reitera los planteamientos expuestos en la contestación de las demandas que la Sala sintetiza, así:

a.- El artículo 57 de la Constitución, solamente exige que la decisión del Presidente sea refrendada por el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo, pero no implica que no pueda proferirse en el exterior y ser refrendado por el último en territorio nacional.

b.- La ciencia moderna ha perfeccionado el sistema de las reproducciones electrónicas para la transmisión de documentos, con plena garantía de su fidelidad y cuya validez "no puede desconocerse aún cuando el legislador no contemple expresamente o autorice su utilización".

Lo que interesa para efectos legales es que el documento en el que conste el acto auténtico, lo que se establece según el artículo 252 del C.P.C. "cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado".

El demandante no duda en ningún momento que el Decreto 1766 de 16 de septiembre de 1.987 "fue firmado por el Presidente de la República". Al utilizar el procedimiento moderno del telefax, el Decreto en referencia está conformado por un juego de documentos que integran una unidad probatoria perfecta, como son el texto del Decreto expedido en Seúl con la firma manuscrita del Presidente de la República, el telefax 011-57-2867434 por medio del cual se transmitió el anterior documento y que contiene la firma de los señores Presidente de la República y Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, un texto igual con la firma del señor Presidente debidamente autenticada por el Cónsul de Colombia en la ciudad de Seúl y otro texto con la firma autógrafa del señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

No puede sostenerse entonces que el texto del Decreto no fue expedido y suscrito por el señor Presidente y el mismo texto refrendado por el Jefe del respectivo Departamento Administrativo. Lo sustantivo es la unidad ideológica y dispositiva del acto, no la mecánica o forma de expedición y firma que la determinan circunstancias de hecho.

c.- El artículo 128 de la Carta no impone autorización por parte del Congreso al Presidente de la República, se trata de un simple aviso. Tampoco presupone que el aviso debe darlo el Presidente en comunicación manuscrita por él, máxime cuando, como se sabe, la Secretaría General de la Presidencia es la encargada precisamente de tramitar todo el sistema de comunicaciones entre la Presidencia y los distintos organismos del Estado, con mayor razón cuando el Presidente está fuera del país.

Además, la formalidad del aviso se cumplió con la nota del 1° de septiembre, en la que no se indicó la fecha de regreso. La nota de 16 de septiembre no podría ser la prevista por el artículo 128 de la Constitución, puesto que no se trataba del traslado del Presidente a territorio extranjero, pues ya estaba ausente del país. Su finalidad era informar al Senado sobre la permanencia del Presidente en el exterior por mayor tiempo del inicialmente previsto y la consecuencial prórroga de la delegación de funciones en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Es impropio, de otra parte, hablar de reintegro del Presidente al cargo a su regreso del exterior, puesto que al ausentarse del país conservando su investidura no hace dejación del cargo, luego mal puede reintegrarse al mismo.

d.- Ninguna norma constitucional o legal clasifica las atribuciones Presidenciales en inferiores y superiores, como para que pueda afirmarse que en ejercicio del

artículo 128 de la Carta sólo puedan delegarse las primeras y, por tanto, no es dable sostener que son indelegables aquellas funciones que competen al Presidente como Jefe de Estado, como lo pretende el demandante con apoyo en la sentencia de 12 de diciembre de 1.986, de la Corte Suprema de Justicia, Expediente N° 5-R, actor Javier Hernando Alvarez (fls. 141, 142, 73 a 81 Proceso N° 729 y 37 a 49 Proceso N° 730).

EL CONCEPTO DE LA FISCALIA

Considera el señor Fiscal Primero de esta Corporación debe negarse la súplica de las demandas, por cuanto el Decreto 1766 fue expedido dentro de las formalidades y funciones propias del Presidente de la República; no se violaron normas superiores al proferirlo y finalmente el telefax es un nuevo sistema de comunicaciones que implica un avance tecnológico que no puede desconocerse aunque no existía norma expresa al respecto, ya que la legislación no tiene la capacidad de avance y actualización de una ciencia tan sofisticada como las telecomunicaciones (fls. 146 a 154 Expediente N° 729).

CONSIDERACIONES

I. Encuentra la Sala debidamente acreditados los siguientes hechos:

a.- Elaboración y envío en Bogotá -Presidencia de la República- con firma autógrafa del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República del Proyecto de Decreto "Por el cual se prorroga la delegación de funciones constitucionales", por telefax de fecha 15 de septiembre de 1.987, a las 17:27, No. TELE011-57-2867434 PAGE -05 (fls. 114 y 63 Expedientes 729 y 730, respectivamente).

b.- Recepción del Proyecto del Decreto en Seúl, por parte del señor Presidente de la República, quien lo suscribió en forma autógrafa (fls. 115 y 62 Expedientes 729 y 730, respectivamente).

c.- Remisión del acto mencionado por la misma vía -telefax- el 16 de septiembre de 1.987, a las 10:31, reuniéndose así en éste las dos firmas a que se ha hecho mención (fls. 116 y 61 Expedientes 729 y 730, respectivamente).

d.- Comunicación de 16 de septiembre de 1.987, por parte del Secretario General de la Presidencia de la República, al Presidente del Congreso, sobre la prolongación hasta el 20 del mismo mes y año de la estadía del señor Presidente de la República en territorio extranjero y sobre la prórroga hasta tal fecha de la delegación de funciones constitucionales en el Ministro Delegatario, según aviso previo del 1° del mismo mes y año (fls. 2 y 79 Expedientes 729 y 730, respectivamente).

e.- Publicación del Decreto N° 1766 de 16 de septiembre de 1.987 en el Diario Oficial N° 38.045 de esta fecha (fls. 45 y 73, Expedientes 729 y 730, respectivamente).

f.- Práctica de una intervención quirúrgica, al señor Presidente de la República, doctor Virgilio Barco Vargas, con fecha 8 de septiembre de 1.987, en Seúl, Hospital Universitario, habiendo sido dado de alta el 16 del mismo mes y año, y salido de regreso a Colombia el día 18.

g.- Expedición del Decreto N° 1685 de 1° de septiembre de 1.987 "Por el cual se delegan algunas funciones constitucionales" y publicación del mismo en el Diario Oficial N° 38.028 de la misma fecha (fls. 104 y 105 Expediente N° 730).

II. Analizará la Sala los diferentes cargos planteados, así:

1.- Para que pueda predicarse la existencia de la manifestación de voluntad en virtud de la cual el Presidente de la República delega precisas funciones que la Constitución Política le confiere en el llamado Ministro Delegatario, conforme a las previsiones del artículo 128 del Estatuto citado, se requiere que haya certeza sobre la emisión de tal manifestación, aspecto éste que hace relación a la forma como ella debe contenerse, que no es otra que el escrito procedente del primero, refrendado y comunicado por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, funcionarios éstos dos que para el caso constituyen el Gobierno, según voces del artículo 57 de la Carta Política.

De manera pues que el documento, para este caso denominado Decreto, es simplemente el instrumento destinado a contener la respectiva declaración, dándole de esta manera seguridad, certeza y precisión a la misma. Aparecen así, dos aspectos nítidamente diferenciables, cuales son el acto o decisión propiamente dicho, manifestación de voluntad con vocación de producción de efectos jurídicos, elemento ideológico y dispositivo, y el documento escrito que lo contiene y que viene a ser el elemento formal que le da certeza, constituyéndose así en la prueba de expedición del primero.

El artículo 251 del C. de P.C. preceptúa que "Son documentos los escritos, ... y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo..." y el artículo 3° del Decreto-Ley N° 2279 de 7 de octubre de 1.989, otorga expresamente a los "telegramas, telex, fax..." el carácter de documento.

De otra parte, la norma primeramente citada confiere el carácter de documento público, con la categoría de instrumento público, al escrito "autorizado suscrito por el respectivo funcionario..." y el artículo 252 *ibidem*, modificado por la regla o numeral 115 del Decreto N° 2282 de 1.989, dispone que el documento es auténtico "cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o firmado" y, que "El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad".

De lo anterior se desprende que el Decreto No. 1766 de 16 de septiembre de 1.987 expedido por el señor Presidente de la República, refrendado y comunicado por el Jefe de Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se

contiene en el TELEFAX N° 011-57-1-2867434 de 16 de septiembre de 1.987, siendo éste un documento -instrumento público- auténtico.

No puede la ciencia jurídica ignorar o colocarse al margen de las innovaciones y progresos que la tecnología moderna y especialmente en el terreno de la electrónica imponen en materia de concreción y transmisión del pensamiento. El derecho como tal es expresión de una cultura y al establecer las reglas que han de regular la conducta y las formas de manifestación de ésta, tanto para los Gobernantes, como para los gobernados, no puede deshacerse, olvidar o relegar los descubrimientos o invenciones provenientes de la tecnología y que como tales hacen parte de dicha cultura.

No se ha incurrido pues, en infracción, por este aspecto, del artículo 57 de la Constitución Nacional, pues el Decreto en mención, como ya se anotó, fue expedido por el señor Presidente de la República, refrendado y comunicado por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, como lo requiere la norma en cita.

En cuanto a la presunta violación de la norma en mención, que los actores hacen consistir en el hecho de no haber sido simultáneamente, en tiempo y lugar, suscrito el Decreto N° 1766 por parte de los dos funcionarios prenombrados, anota la Sala que dicha norma no consagra tal exigencia. Ella hace relación a que para la determinación de la fecha de expedición del acto, para efectos de su validez y fuerza se requiere que haya sido suscrito por los funcionarios que para el caso conformen el Gobierno y en el evento en estudio, el acto - Decreto N° 1766 - satisfizo tales requisitos.

No prospera el cargo.

2.- El artículo 128 de la carta Política impone al Presidente de la República para fines de su traslado a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, la obligación de dar aviso previo al Senado o, en receso de éste, a la Corte Suprema de Justicia, so pena de incurrir en abandono del cargo.

Anota la Sala, de una parte, que la comunicación de 16 de septiembre de 1.987, no contiene aviso alguno de traslado, por parte del Jefe del Estado Colombiano, a territorio extranjero, puesto que dicho aviso fue dado con fecha 1° de septiembre del mismo año. Resulta pues inaplicable la norma respecto del cargo formulado, lo cual sería suficiente para derivar la no prosperidad del mismo.

Sin embargo considera conveniente la Sala hacer algunas precisiones atinentes a los planteamientos expuestos por los demandantes.

La norma en mención, no sujeta al Presidente de la República a la autorización del Senado, o en receso de éste de la Corte Suprema de Justicia, para fines de viajar al extranjero en ejercicio de su cargo. Se trata de una decisión y de un hecho autónomo del Ejecutivo, desprovisto de toda injerencia de las otras dos ramas del Poder Público. Su obligación se limita a poner en conocimiento del Senado de la República

tal hecho. Tampoco exige la norma en comento que el escrito contentivo del aviso sea suscrito directa y personalmente por aquél, teleológicamente la norma se encamina a poner en conocimiento del Senado el traslado del Jefe del Estado al exterior, y la asunción de las funciones constitucionales que éste delegue por parte del Ministerio Delegatario y ello por razones del ejercicio del control político que compete al Congreso con relación a las actuaciones del Presidente de la República dentro del sistema Presidencial, como lo es el colombiano.

No prospera el cargo.

3.- No encuentra tampoco la Sala infracción de la Constitución Nacional y del Decreto N° 1685 de 1.987 originada en el hecho de que, como se afirma en la demanda que dió origen al proceso N° 729 habiendo delegado el Presidente de la República todas sus funciones susceptibles en ese momento de ejercicio, a excepción de las previstas en el numeral 3 del artículo 119 y en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, carecía de sustento constitucional para proferir el Decreto N° 1766 acusado.

El Presidente de la República no delegó todas sus funciones constitucionales con excepción de las antes enumeradas, sino únicamente las que expresamente señala en forma por demás precisa el Decreto N° 1685 de 1° de septiembre de 1.987.

Las atribuciones constitucionales del Presidente de la República no se encuentran exclusivamente contenidas en los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 de la Carta Política, por el contrario a lo largo de su articulado se hallan previstas y asignadas a éste distintas competencias. Concretamente para el caso *sub-judice* la facultad ejercitada no emana de ninguna de las normas contentivas de las facultades que fueron materia de delegación, ella emerge del inciso tercero del artículo 128 del Estado Fundamental que hace relación, en su inciso primero, a un hecho, y en su inciso tercero a un acto jurídico provenientes uno y otro de quien ostenta, única y exclusivamente, el carácter de Presidente de la República, ya que éstos y dados los supuestos fácticos de la norma no pueden dimanar de quien se desempeñe como Ministro Delegatario, pues como es bien sabido el Ministro Delegatario no ostenta ni asume tal carácter en razón de la delegación que el primero haga en él de algunas funciones constitucionales a éste atribuídas.

No prospera el cargo.

4.- Es incuestionable que el artículo 3° de la Constitución Nacional delimita el ámbito geográfico de la República de Colombia, que dentro de éste tienen su asiento las autoridades y que en consecuencia y en principio es apenas natural que los actos jurídicos que de ellas emanen sean proferidos dentro del tal ámbito. Ello no significa sin embargo, que no pueda el Presidente ejercer sus funciones constitucionales cuando se halla en el exterior en ejercicio del cargo, como que ostenta la investidura de tal, profiriendo decisiones que han de surtir sus efectos en territorio colombiano, máxime cuando se trata precisamente de atender las prescripciones del artículo 128 de la Carta atinentes al ejercicio de funciones por parte del Ministro

Delegatorio. No se requiere para tales efectos invocar el principio de la extraterritorialidad diplomática, a más de que no se encuentra acreditado en el plenario que el Decreto N° 1766 no fue proferido dentro de la sede de la Embajada de Colombia en Seúl.

Además, no se ve por qué razón la expedición de un acto jurídico en el exterior cuyos efectos han de producirse en territorio colombiano, sin que trasciendan en forma alguna a territorio extranjero, implique desconocimiento de los límites de Colombia con los países vecinos.

No prospera el cargo.

5.- El Decreto N° 1766 demandado no contiene decisión alguna atinente al señalamiento de las funciones constitucionales materia de delegación en el Ministro Delegatario, pues se contrae a disponer la prórroga de tal delegación por el período comprendido entre el 19 y el 20 de septiembre de 1.987.

Fue el Decreto N° 1685 de 1° de septiembre del mismo año el que se ocupó de determinar las funciones que el Ministro Delegatario podía ejercer dentro del período en que el Presidente de la República se encontrara, en ejercicio de sus funciones, en el exterior y que inicialmente fue el comprendido entre los días 5 y 18 de septiembre, inclusive, de 1.987.

Mal puede entonces pretenderse obtener la declaratoria de nulidad del Decreto primeramente citado con fundamento en haberse efectuado una delegación de funciones que por su naturaleza eran indelegables, sin cuestionar y más exactamente impugnar la decisión en virtud de la cual se confirió tal delegación. Es decir, la infracción de las disposiciones Constitucionales que los actores derivan, en decir de éstos, de haberse dispuesto la delegación de funciones Constitucionales del Presidente de la República en el Ministro Delegatario, siendo tales funciones indelegables, tiene su origen en el acto -Decreto N° 1685- en virtud del cual se confirió tal delegación, mas no en el acto -Decreto N° 1766- que dispuso la prórroga del tal delegación y, el primero de tales actos no ha sido materia de impugnación.

El razonamiento anterior sería suficiente para desechar el cargo. Sin embargo, estima conveniente la Sala, de una parte, precisar que en la sentencia de 15 de octubre de 1.985, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Miguel Betancourt Rey, Procesos Nos. 1134 y 1142, Acumulados, esta Corporación, no sentó la tesis que el actor en una de las demandas que ahora se decide, pretende encontrar y, de otra parte, reiterar lo que a éste respecto expresó esta misma Sala en sentencia de 14 de febrero de 1.990, con ponencia del Consejero Simón Rodríguez Rodríguez, Proceso N° 722.

En efecto:

a.- En el fallo primeramente citado, sostuvo esta Corporación y en lo que puede hacer relación al tema materia del cargo que se analiza, lo siguiente:

"...es absolutamente claro que haber ejercido la Presidencia difiere de haber sido Ministro Delegatario de funciones presidenciales, por razones diversas: porque el Presidente tiene el todo de las funciones y el ministro apenas la parte, pues el supuesto de hecho consiste en que el Presidente viaja a territorio extranjero en ejercicio del cargo, es decir, con funciones presidenciales, y el ministro sólo recibe las funciones parciales que aquél tenga a bien delegarle (ib. art. 128, inc. 4°); porque el Presidente ejerce funciones propias y el ministro apenas funciones delegadas; porque el cargo de Presidente es en propiedad y el de delegatario en interinidad; y porque el cargo de Presidente es una institución de funcionamiento normal, regular, ordinario, necesario, al paso que el de Ministro Delegatario es de funcionamiento por entero excepcional, y bien podría dejar de presentarse durante todo un período presidencial o durante varios....

"...la institución del Ministerio Delegatario de funciones presidenciales se creó mediante el Acto Legislativo N° 1 de 1.977. Obedeció a una larga cadena de dificultades constitucionales teóricas y prácticas que surgían cada vez que el Presidente de la República viajaba a tierra extranjera 'en ejercicio de funciones presidenciales'. No se sabía a que norma acudir; si al artículo 135, éste resultaba demasiado estrecho porque sólo autoriza delegación de funciones administrativas y exige una ley; si al 124, resultaba inadecuado, ora porque la salida del Presidente no es 'falta', ora porque el Designado quedaba con todas las facultades del Presidente, y ora porque entonces, contrariando el sistema unipersonal de la presidencia que tenía la constitución, aparecían dos Presidentes simultáneos; uno adentro y otro afuera."

De la lectura de los apátes transcritos del fallo mencionado, no se desprende que esta Corporación haya sostenido en él que las funciones que la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la República en su carácter del Jefe de Estado sean indelegables en el Ministro Delegatario, circunscribiéndose así, la posibilidad de tal delegación a aquellas funciones que le competen como Suprema Autoridad Administrativa. Por el contrario, de la simple lectura de los mismos se concluye que las funciones constitucionales, sin distingo alguno entre las de naturaleza política y las puramente administrativas, son delegables en el Ministro Delegatario, razón que explica, precisamente, porque el artículo 135 de la Carta resultaba insuficiente, en el evento del traslado del Presidente de la República a territorio extranjero en ejercicio del cargo, pues dicha norma hace relación exclusivamente a funciones de naturaleza administrativa.

b.- En el segundo de los fallos mencionados, se expresó lo siguiente:

"La Sala examina la teoría de la delegación para concluir si efectivamente la Constitución Política establece categorías en las atribuciones por delegar entre las cuales haya algunas que sean indelegables.

"Para la Sala es claro que la Constitución Nacional establece dos clases de delegación: la mencionada del artículo 128 (que es atribución de funciones

constitucionales) y la del artículo 135 (que es la que el presidente de la República puede efectuar en sus ministros para llevar a cabo una especie de desconcentración).

"No hay que olvidar que la institución de la delegación del 128 tuvo origen en la inconveniencia de que fuera el Primer Designado quien supliera las ausencias temporales del Presidente de la República. Mientras el delegado, según el artículo 128 de la Constitución Nacional es un reemplazo del Presidente de la República, según el artículo 135 es un mero colaborador. Respecto de esta disposición el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de materias que le están vedadas al funcionario delegado.

"En relación con el inciso 4° del artículo 128 de la Constitución Política se debe observar que no se habla de ninguna limitación a la posibilidad de delegar funciones constitucionales. La interpretación más confiable lleva a pensar que depende de la discrecionalidad del Presidente de la República y de las necesidades del momento la determinación de las funciones delegadas. El precepto en mención no señala restricción alguna a las facultades que por vía de delegación puede ejercer el ministro encargado mientras dura el viaje del Presidente de la República al exterior".

Por las razones antes aducidas y al reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en la materia, no puede tampoco prosperar este cargo.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Niégrese la pretensión de la declaratoria de nulidad del Decreto N° 1766 de 16 de septiembre de 1.987, formulada en las demandas que dieron origen a los procesos Nos. 729 y 730.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Simon Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa legal.

TRANSITO DE LEGISLACION/ PRESCRIPCION/ CADUCIDAD

De la aplicación armónica del principio según el cual "donde hay la misma razón debe existir la misma disposición" y de los artículos 41 y 42 de la Ley 153 de 1.887, se colige con absoluta certeza que de la misma manera que el derecho o situación que eran prescriptibles, dejan de serlo en virtud de una nueva ley que elimine la prescripción, el derecho o situación que eran imprescriptibles pasan a serlo como consecuencia de una nueva ley que así lo determine y, por tanto, si bajo la vigencia de una ley no existía término de caducidad para accionar por la vía jurisdiccional y una nueva ley lo establece, tal término regula la situación jurídica en cuestión y empezará a correr desde la fecha la vigencia de la norma que lo consagra.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: Doctora Myriam Guerrero de Escobar

Expediente N° 1430. Actor: Eduardo Delgado Rodríguez.

Se resuelve sobre el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de seis de abril de 1.990 inadmisorio de la demanda.

I. EL AUTO RECURRIDO

Mediante la providencia impugnada se resolvió inadmitir la demanda por haberse configurado la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho incoada a la fecha de presentación de la misma y, ello con fundamento en los planteamientos que la Sala resume así:

a.- Los oficios, actas y resoluciones acusadas cronológicamente se sitúan entre el 7 de septiembre de 1.983 y el 2 de diciembre de 1.986, fecha la primera, en la que la Policía de Control de Sustancias que producen adicción física o síquica, informó al Consejo Nacional de Estupefacientes sobre la presunta vinculación al tráfico de estupefacientes de la Avioneta marca Piper, Modelo PS-34200.T, Serie N° 34-8070298, Matrícula N° HK-2582-P, como de propiedad de Carlos Enrique Ledher Rivas, en que el Consejo Nacional de Estupefacientes, Acta de 7 de septiembre de 1.983, ordenó revocar el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes expedido en favor del señor Eduardo Delgado Rodríguez, propietario de la avioneta de Matrícula N° HK-25 82-P, en que se expidió la Resolución N° 001 del Consejo Nacional de Estupefacientes, en la cual éste fijó las políticas para el control del tráfico de estupefacientes recomendando al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, entre otras cosas, suspender el permiso de operaciones de las aeronaves respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el tráfico de estupefacientes, así como el certificado de aeronavegabilidad según el caso, y en que se libró el Oficio DM-137 dirigido por el señor Ministro de Justicia, como Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, solicitando la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la aeronave de Matrícula HK-2582-P y fecha de la última, en que se profirió la Resolución N° 0055 por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en la cual se ordenó la suspensión del Certificado de Aeronavegabilidad de la avioneta de Matrícula HK-2582-P y su traslado a la Base Militar que indique el Ministerio de Defensa Nacional.

b.- Como premisa del agotamiento de la vía gubernativa, solicitó la actora, declarar la ocurrencia del silencio administrativo negativo, por el no pronunciamiento del Consejo Nacional de Estupefacientes sobre las solicitudes de 16 de julio y 12 de diciembre de 1.986, encaminadas a obtener el levantamiento de la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la aeronave, de la revocatoria del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes respecto del propietario de ésta, así como la Resolución N° 0055 y la entrega de la aeronave a su propietario.

c.- El escrito de 16 de julio de 1.986 se encamina a obtener el levantamiento de las medidas adoptadas con fecha 7 de septiembre de 1.983, luego el silencio administrativo se configuró frente a tal petición el 16 de octubre del mismo año, por haber transcurrido el lapso de los tres meses a que aluden los artículos 40 y 63 del C.C.A.

d.- Con fecha 12 de diciembre de 1.986 se interpuso el recurso de reposición contra la Resolución N° 0055 de 1.986, el cual según afirma el actor, hasta la fecha de la demanda no ha sido resuelto por la Administración.

e.- De conformidad con el inciso quinto el artículo 136 del C.C.A., la acción contra el acto presunto que resuelva un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, norma que fue modificada por el artículo 28 del Decreto-Ley N° 2304 de 1.989, al disponer que "...Si se demanda un acto administrativo presunto el término de caducidad será dentro de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se configure el silencio administrativo".

Significa lo anterior que la acción debía instaurarse dentro del término antes señalado, contado desde la fecha de la entrada en vigor del Decreto mencionado, por cuanto las decisiones fictas negativas fueron sometidas para su cuestionamiento jurisdiccional a término de caducidad del que antes carecían.

De manera que habiendo empezado a regir el Decreto-Ley N° 2304 el 7 de octubre de 1.989, a la fecha de presentación de la demanda, 13 de marzo de 1.990, ya había operado el fenómeno de la caducidad.

No es de recibo para arribar a conclusión contraria, la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1.887, según el cual "...los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", por cuanto en el caso *sub-lite* no hay un término que hubiese empezado a correr, por el contrario, se presenta la hipótesis de la facultad de accionar sin término alguno.

Tampoco es aplicable al caso el artículo 1° del Decreto 2823 de 1.989 que preceptúa: "Lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Decreto-Ley 2304, sólo se aplicará a las peticiones presentadas a partir del 7 de octubre de 1.989", ya que tales artículos no atañen al silencio negativo respecto del recurso de reposición. Además tal disposición tiene visos de inconstitucionalidad, si se considera que rebasa la potestad reglamentaria, por cuanto so pretexto de expedir normas para la cumplida ejecución de la ley, resulta en una injurídica prórroga de facultades a la Administración Pública.

II. EL RECURSO

Sustenta el actor el recurso de súplica interpuesto en los planteamientos que la Sala resume así:

a.- Dar aplicación al Decreto N° 2304 de 1.989 a situaciones generadas con anterioridad es desconocer el carácter irretroactivo de las normas. El recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0055 lo fue bajo la vigencia del Decreto-Ley 01 de 1.984 que permitía intentar la acción de restablecimiento del derecho en cualquier tiempo frente a actos presuntos negativos.

b.- El Decreto 2823 no es inconstitucional en cuanto simplemente reitera el principio de irretroactividad de la ley, máxime si se tiene en cuenta que bajo la legislación anterior los actos presuntos eran recurribles en vía gubernativa.

CONSIDERACIONES

I. Las normas atinentes al señalamiento de términos de prescripción y de caducidad tienen el carácter de normas de orden público, razón para que sean de aplica-

ción inmediata. Si bien el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 no resulta aplicable al evento *sub-judice*, pues regula el tránsito de legislación en materia de naturaleza procedimental, el artículo 41 *ibídem* dispone que "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o por la segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir", el artículo 42 del mismo Estatuto Legal contempla el evento en que la Ley posterior elimine la prescripción respecto de una situación en que la ley anterior lo permita, para preceptuar que el respectivo derecho no quedará sujeto a prescripción si ésta ha de completarse bajo el imperio de la nueva ley.

De la aplicación armónica del principio según el cual "donde hay la misma razón debe existir la misma disposición" y de las normas citadas, se colige con absoluta certeza que de la misma manera que el derecho o situación que eran prescriptibles, dejan de serlo en virtud de una nueva ley que elimine la prescripción, el derecho o situación que eran imprescriptibles pasan a serlo como consecuencia de una nueva ley que así lo determine y, por tanto, si bajo la vigencia de una ley no existía término de caducidad para accionar por la vía jurisdiccional y una nueva ley lo establece tal término regula la situación jurídica en cuestión y empezará a correr desde la fecha de vigencia de la norma que lo consagra.

II. Los Oficios, el Acta y la Resolución N° 0055 conforman una sola actuación administrativa, cuyo acto definitivo es la Resolución mencionada. En cuanto a la Resolución N° 001 los efectos que le son propios se producen o concretan precisamente a través de los Oficios, Acta y Resolución relacionados con los informes sobre presunta vinculación al tráfico de estupefacientes de la aeronave en cuestión.

III. El Decreto-Ley N° 01 de 1.984 bajo cuya vigencia se profirieron los actos acusados, se formuló la solicitud de 16 de julio y se interpuso el recurso de reposición contra la Resolución N° 0055 no establecía término de caducidad para ejercitar la acción de restablecimiento del derecho contra actos fictos o presuntos resultantes del silencio administrativo frente a la interposición de los recursos de reposición o de apelación.

IV. Habiendo entregado a regir el Decreto-Ley N° 2304 de 1.989, el 7 de octubre del mismo año, empezó en esta fecha a correr el término de caducidad para ejercitar la acción de restablecimiento del derecho con relación a los actos presuntos derivados de la no decisión oportuna de los recursos interpuestos, en virtud de la preceptiva del artículo 23 del Estatuto mencionado.

En el evento de autos, con fecha 7 de octubre de 1.989 se inició el término de caducidad para demandar la actuación administrativa que culminó con la expedición de la Resolución N° 0055, al quedar ésta confirmada por ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reposición interpuesto contra ella, habiendo operado la caducidad de la acción para la época en que se presentó la demanda.

SECCION PRIMERA

V. Finalmente el artículo 1 ° del Decreto N° 2823 de 1.989 no regula el término de caducidad de la acción frente a actos presuntos resultantes del silencio administrativo, razón para que no resulte aplicable al evento *sub-judice*.

De lo anterior se concluye, que habiendo sido presentada la demanda cuando ya había operado la caducidad de la acción, la Sala habrá de confirmar el auto suplicado.

En mérito de lo expuesto, se RESUELVE:

Confirmase el auto de seis (6) de abril de 1.990, en cuanto dispuso inadmitir la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.

ACUERDO MUNICIPAL- Iniciativa/ ALCALDE- Facultades

La norma demandada dispone el aumento del auxilio para el sostenimiento del Cuerpo de Bomberos, rubro II, 4-72 presupuesto de la vigencia de 1.988, lo cual como es natural implica una determinación que ha de afectar necesariamente el presupuesto de rentas y gastos del año. Para la Sala resulta convincente la argumentación del actor en cuanto sostiene que las decisiones sobre la determinación del presupuesto de rentas y gastos del municipio han de proceder de la iniciativa del alcalde municipal, y en esos casos indudablemente van envueltas cuestiones que tienen que ver con la disposición de ese presupuesto.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE el Acuerdo 1 de 1.988 (abril 19) del Consejo Municipal de Circasia (Quindío), "por el cual se toman decisiones sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia, Quindío", sólo en relación con sus artículos 1°, 2°, 4° y 6°.

RECURSO DE APELACION

El recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante; el juez que conoce de la apelación tiene facultad para estudiar la cuestión decidida, con las mismas facultades de examen de los hechos y del derecho de quien tomó la decisión recurrida; y la prosperidad del recurso faculta al funcionario que conoce de la apelación para revocar y reformar la decisión, o para confirmarla en caso de que la encuentre ajustada a derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E. veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso No. 1506. Actor: Mercedes Naranjo Toro.

La actora, por escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Quindío, interpone recurso de apelación contra el auto de enero 29 de 1.990, proferido por el mismo Tribunal, por medio del cual admitió la demanda y negó suspender provisionalmente la norma acusada que es el Acuerdo 1 de 1.988 (abril 19), expedido por el Concejo Municipal de Circasia (Quindío), "por medio del cual se toman decisiones sobre el Cuerpo de Bomberos de Circasia, Quindío".

I. EL ACTO ACUSADO

El acto acusado, fundado especialmente en el artículo 92 de Decreto 1333 de 1.986, tuvo en cuenta los siguientes considerandos:

- A. El Cuerpo de Bomberos goza de personalidad jurídica.
- B. Para fines de organización, es conveniente fusionar la Guardia permanente con la voluntaria.
- C. El Cuerpo de Bomberos se rige por sus estatutos.
- D. Compete a las autoridades municipales establecer el ordenamiento jurídico para la eficacia de los entes dedicados al servicio comunitario.

La parte dispositiva es del siguiente contenido:

- 1o. Suprime plazas del Cuerpo de Bomberos.
- 2o. Aumenta el auxilio (sic) para el sostenimiento del mismo.
- 3o. Señala facultad nominadora en el mismo.
- 4o. Determina la afiliación forzosa del personal a la Caja de Previsión Social.
- 5o. Determina competencia para aprobar el presupuesto del Cuerpo de Bomberos.
- 6o. Establece la obligación del municipio de suministrar periódicamente combustible y demás elementos necesarios al Cuerpo de Bomberos.
- 7o. Establece obligaciones fiscales del Tesorero del cuerpo de Bomberos.
- 8o. Vigencia.

II. AUTO DE TRIBUNAL

Mediante providencia del 29 de enero de 1.990 niega la suspensión provisional sin hacer estudio de cotejo normativo, así:

"De simple comparación entre lo dispuesto en el acto demandado y las normas de superior jerarquía que se indican como violadas para apoyar la petición de suspensión provisional, se puede concluir que no se aprecia *prima facie* el quebrantamiento señalado por la demandante, pues mediante dicho acto no se está creando alguna de las entidades citadas en el ordinal 4° del artículo 197 de la C. Nacional y la actora no indica cuál es el asunto en el que el Concejo de Circasia, por medio del acto acusado, se ha inmiscuido, que le esté prohibido por norma concreta alguna que en el libelo no se señala (art. 99 ordinal 4° D. 1333/86)."

III. EL RECURSO DE APELACION

El actor disiente de la providencia negativa con los siguientes argumentos:

"...Si analizamos -afirma-el numeral primero del acuerdo de marras (sic), podemos concluir que el mentado numeral (sic) suprimiendo unas plantas (sic) del personal que labora en el Cuerpo de Bomberos, pero que hacen parte de la planta de personal del municipio, es decir son empleados del orden municipal." (fl. 57).

Sobre el artículo 3o. del acuerdo, arguye de la siguiente forma:

"La designación del personal de planta tanto para la parte administrativa como de personal de guardia permanente de la institución, será hecha por el consejo de oficiales conforme al ordenamiento estatutario."

"Como podemos observar -concluye-, estos dos numerales del acuerdo 001 de abril 9 de 1988, están violando normas de superior jerarquía, como son los artículos 106 y 289 del Decreto 1333 de 1.986, en razón de la falta de iniciativa del ejecutivo municipal tanto para nombrar como para suprimir cargos (sic) municipales, máxime cuando se está acercando la prueba del proyecto (?) de acuerdo y el nombre de los ponentes de ese proyecto de acuerdo."

Para resolver se considera:

A. Técnica del recurso ordinario de apelación.

De acuerdo con lo que determina la norma procesal (C. de P.C., art. 357), el recurso de apelación ofrece las siguientes características:

i. Se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante.

ii. El juez que conoce de la apelación tiene facultad para estudiar la cuestión decidida, con las mismas facultades de examen de los hechos y del derecho de quien tomó la decisión recurrida.

iii. La prosperidad del recurso faculta al funcionario que conoce de la apelación para revocar o reformar la decisión, o para confirmarla en caso de que la encuentre ajustada a derecho.

B. Condiciones de la suspensión provisional.

Establece la ley contencioso-administrativa (art. 152) que, en tratándose del ejercicio de la acción de nulidad, la suspensión provisional del acto acusado se produce indefectiblemente si hay **manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.** (subraya la Sala).

C. Carácter de la manifiesta violación.

Ciertamente, la diferencia específica de la suspensión provisional radica en el carácter de manifiesto que ha de tener la violación- normativa. Para el Diccionario de Uso del Español, de María Molines, **manifiesto es lo claro, evidente, declarado;** esto es, que viene a ser manifiesto lo que aparece con luz o con mucha luz; de **evidente** agrega la misma obra "tan claro, incontrovertible, indiscutible, que resulta indudable o innegable."

Luego ha de ser suficiente el simple cotejo para que la contradicción surja sin más nada.

D. Fundamentos de la solicitud de suspensión provisional.

El actor, simultáneamente a la presentación de la demanda, fundó su solicitud de suspensión en los siguientes puntos:

i. El acto acusado viola el artículo 197, numerales 4o. y 5o. de la Constitución Política, pues el concejo solo determina la estructura de la administración municipal, a iniciativa del alcalde municipal, cuando la ley lo exige.

Sobre este punto alega el actor:

"Según certificación del señor Secretario del Concejo Municipal de Circasia, **podemos concluir** (subraya la Sala) que es manifiesta la violación de esta disposición. De igual manera, el oficio 048 del 10 de octubre de 1.989, firmado por el señor Humberto Chicaiza Ramírez y dirigido a la suscrita, tipifica más (sic) la violación, ya que no fue iniciativa de Alcalde" (fl. 35).

ii. En los folios 27 y 28 del expediente se hallan certificaciones expedidas por el Secretario General del Concejo Municipal de Circasia (Quindío) del siguiente tenor:

"CERTIFICACION

"El Secretario General del Honorable Concejo Municipal de Circasia, Quindío.

"CERTIFICA:

"Que el Acuerdo número 001 de abril 19 de 1.988, por el cual medio del cual se toman desiciones (sic) sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia Quindío, emanado del Honorable Concejo Municipal; tuvo origen en el proyecto de acuerdo presentado por los honorables Concejales: Sr. Carlos Eduardo Gómez Gómez y Dr. Norberto Arias Marín, con fecha abril 12 de 1.987".

"Circasia, noviembre 9 de 1.989.

"Humberto Chicaiza Ramírez

Secretario General"(hay una firma)

(Aparece un sello en que se lee: Concejo Municipal Secretario Circasia - Quindío).

iii. Precepto constitucional que se dice violado.

Constitución Política, artículo 197, ordinales 4o. y 5o.

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"...

"4o. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine le ley:

"5o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde;

"..."

iv. Disposiciones legales violadas.

Decreto-ley 1333 de 1.986.

"Artículo 99, ordinal 4o.:

"Es prohibido a los concejos:

"...

"4o. Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de acuerdos o de simples resoluciones;

..."

"Artículo 92, ordinales 4o. y 5o.

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"4o. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley:

"5o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde;

"..."

"Artículo 106.

"Los acuerdos a que se refieren los artículos 92, atribuciones 4a. y 5a., 288, inciso primero, 289, inciso primero y 311, solo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde. Los concejos conservarán el derecho de introducir en estos proyectos y respecto de las materias específicas sobre que versen, las modificaciones que acuerden."

De todo lo anterior se llega a las siguientes inferencias:

1a. De acuerdo con la copia auténtica allegada al proceso, el Cuerpo de Bomberos Voluntarios, de Circasia, Quindío, es una persona jurídica de derecho privado (fls. 1 a 8) distinta del ente municipal;

2a. En virtud del Acuerdo acusado, artículo 1o., el Concejo Municipal dispone en relación con tal persona jurídica, suprimiendo "las plazas asignadas en el acuerdo de asignaciones civiles que corresponden al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia, Quindío."

En el artículo 2o. *ibidem* se dispone el aumento del auxilio para el sostenimiento del mentado Cuerpo de Bomberos, rubro II, 4 - 72 presupuesto de la vigencia de 1.988, lo cual como es natural implica una determinación que ha de afectar necesariamente el presupuesto de rentas y gastos de tal año.

Por el artículo 4° se dispone la afiliación forzosa del personal permanente del Cuerpo de Bomberos a la Caja de Previsión Social. Por el 6° se obliga al Municipio a prestarle a las máquinas de este cuerpo el suministro de combustible, repuestos y lubricantes.

ii. En los folios 27 y 28 del expediente se hallan certificaciones expedidas por el Secretario General del Concejo Municipal de Circasia (Quindío) del siguiente tenor:

"CERTIFICACION

"El Secretario General del Honorable Concejo Municipal de Circasia, Quindío.

"CERTIFICA:

"Que el Acuerdo número 001 de abril 19 de 1.988, por el cual medio del cual se toman desiciones (sic) sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia Quindío, emanado del Honorable Concejo Municipal; tuvo origen en el proyecto de acuerdo presentado por los honorables Concejales: Sr. Carlos Eduardo Gómez Gómez y Dr. Norberto Arias Marín, con fecha abril 12 de 1.987".

"Circasia, noviembre 9 de 1.989.

"Humberto Chicaiza Ramírez

Secretario General"(hay una firma)

(Aparece un sello en que se lee: Concejo Municipal Secretario Circasia - Quindío).

iii. Precepto constitucional que se dice violado.

Constitución Política, artículo 197, ordinales 4o. y 5o.

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"...

"4o. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine le ley:

"5o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde;

"..."

iv. Disposiciones legales violadas.

Decreto-ley 1333 de 1.986.

"Artículo 99, ordinal 4o.:

"Es prohibido a los concejos:

"...

"4o. Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de acuerdos o de simples resoluciones;

"..."

"Artículo 92, ordinales 4o. y 5o.

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"4o. Crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley:

"5o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde;

"..."

"Artículo 106.

"Los acuerdos a que se refieren los artículos 92, atribuciones 4a. y 5a., 288, inciso primero, 289, inciso primero y 311, solo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde. Los concejos conservarán el derecho de introducir en estos proyectos y respecto de las materias específicas sobre que versen, las modificaciones que acuerden."

De todo lo anterior se llega a las siguientes inferencias:

1a. De acuerdo con la copia auténtica allegada al proceso, el Cuerpo de Bomberos Voluntarios, de Circasia, Quindío, es una persona jurídica de derecho privado (fls. 1 a 8) distinta del ente municipal;

2a. En virtud del Acuerdo acusado, artículo 1o., el Concejo Municipal dispone en relación con tal persona jurídica, suprimiendo "las plazas asignadas en el acuerdo de asignaciones civiles que corresponden al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia, Quindío."

En el artículo 2o. *ibidem* se dispone el aumento del auxilio para el sostenimiento del mentado Cuerpo de Bomberos, rubro II, 4 - 72 presupuesto de la vigencia de 1.988, lo cual como es natural implica una determinación que ha de afectar necesariamente el presupuesto de rentas y gastos de tal año.

Por el artículo 4° se dispone la afiliación forzosa del personal permanente del Cuerpo de Bomberos a la Caja de Previsión Social. Por el 6° se obliga al Municipio a prestarle a las máquinas de este cuerpo el suministro de combustible, repuestos y lubricantes.

Es así entonces que examinado cada uno de esos textos, para la Sala resulta convincente la argumentación del actor en cuanto sostiene que las decisiones sobre la determinación del presupuesto de rentas y gastos del municipio han de proceder de la iniciativa del Alcalde Municipal, y en esos casos indudablemente van envueltas cuestiones que tienen que ver con la disposición de ese presupuesto.

La constancia del Secretario del Concejo Municipal establece, en forma fehaciente a criterio de la Sala, la pretermisión de un requisito de la formalidad previa a la expedición del mencionado Acuerdo. Es así entonces como se quebrantó por el Acuerdo acusado los artículos 197 ordinal 5o. de la Carta Política, en armonía con los artículos 92 ordinal 5° y 106 del Decreto 1333 de 1.986 (Código de Régimen Municipal) antes referidos y aducidos como violados por el actor.

En cuanto hace a las normas restantes del Acuerdo No. 1 (esto es, los artículos 3°, 5° y 7°) son ajenas a la previsión del artículo 197 numeral 4° de la Carta sobre creación por el Concejo a iniciativa del Alcalde de establecimientos públicos, etc.

Ha de anotarse que el artículo 5° no desconoce la iniciativa del Alcalde en la medida en que éste no tenga que incluir obligatoriamente el presupuesto de rentas y gastos del Cuerpo de Bomberos en el del municipio. Y respecto del artículo 7° debe decirse que la vigilancia de la Contraloría se justifica teniendo en cuenta los aportes económicos del Municipio a dicho Cuerpo.

Finalmente la Sala no puede dejar de pasar por alto la franca intromisión que el ente municipal ha pretendido efectuar en una institución -de indeclinable servicio comunitario, pero al fin y al cabo enteramente particular- que no se halla jurídicamente inserta en la estructura pública del municipio. Se observa ante todo, una exagerada y nada disimulada promiscuidad de regímenes, como que todo el acto acusado pretende disponer dentro del Cuerpo de Bomberos con pleno desconocimiento de su autonomía y su carácter privado. Y ello no para ahí. Se manda que los miembros del mismo han de ser forzosamente afiliados a la Caja de Previsión Social, en una extensión graciosa de carácter de funcionarios del municipio de que carecen. Todo ello, claro está, en el pretexto de que la entidad presta ciertos servicios comunitarios. Pero la improvidencia no se queda ahí. Porque se establecen cargas presupuestarias y obligaciones periódicas para el municipio, desbordando los límites legales y pretermitiendo la iniciativa del ejecutivo municipal, necesario en tales circunstancias.

En fin, no ha habido la necesaria tramitación de cuando se trata de establecer obligaciones del municipio con cargo al presupuesto de la ciudad. Estas condiciones, las precisas que el actor esbozó en su demanda, y a la naturaleza y contenido del acto acusado hacen que la declaración de suspensión provisional proceda respecto de los textos atrás indicados.

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

RESUELVE :

PRIMERO: Revócase el auto de 29 de enero de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la parte en que negó la suspensión provisional pedida por el actor.

SEGUNDO: Suspéndese provisionalmente el Acuerdo 1 de 1.988 (abril - 19), del Concejo Municipal de Circasia, Quindío, y "por el cual se toman decisiones sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Circasia, Quindío", sólo en relación con sus artículos primero (1°), segundo (2°), cuarto (4°), y sexto (6°).

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

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.

NOTARIO/ FUNCION PUBLICA NOTARIAL/ CULPA DEL AGENTE/ RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La función que desarrollan los notarios es por su esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fé pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquél vinculado o a cuyo nombre actúa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar*

Expediente No. 1515. Actor: Cesar Augusto Lopez Varela.

Se resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de seis (6) de febrero de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio del cual se negó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda.

LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD

La Superintendencia de Notario y Registro, parte demandada, promovió incidente de nulidad de conformidad con lo preceptuado por el artículo 154 del C.P.C., hoy modificado por el artículo 1º, numeral 82 del Decreto-Ley N° 2282 de 1.989,

con fundamento en la causal 1 del artículo 152 *ibidem*, hoy artículo 140 del C. de P. C. y para ello argumentó en resumen lo siguiente:

a.- La responsabilidad que pueda caber a los notarios por razón del ejercicio de sus funciones cuando causen daño o perjuicio a los usuarios del servicio, es una responsabilidad personal.

b.- Los artículos 195 del Decreto 960 de 1.970 y 112 del Decreto 2148 de 1.983 prevén, respectivamente, la responsabilidad civil de los notarios por los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo y la responsabilidad disciplinaria que les corresponde por irregularidades en que incurran en dicha prestación, independientemente de la responsabilidad civil y penal que también pueda serles deducida.

c.- Además, el artículo 116 del Decreto 2148 de 1.983 consagra la autonomía del notario en el ejercicio de su función, razón para que actúe bajo su personal responsabilidad, como lo contempla la norma en mención.

d.- La liquidación, ante notario, de herencias y de la sociedad conyugal a ellas vinculada, de conformidad con el Decreto 902 de 1.988, queda sujeta a las disposiciones antes mencionadas y, por tanto, no es la jurisdicción administrativa, sino la ordinaria, quien debe conocer de los procesos que se adelanten con fundamento en actuaciones de los notarios que puedan ocasionar daño a los usuarios del respectivo servicio, como ocurre en este caso en que el Tribunal avocó el conocimiento careciendo de jurisdicción para ello.

EL AUTO RECURRIDO

Vencido el traslado a la parte actora sin que ésta hubiera hecho manifestación alguna, el Tribunal Administrativo del Quindío, en auto de seis (6) de febrero de 1.990 negó la nulidad y para ello adujo, en síntesis, lo siguiente:

a.- Si bien es cierto que las normas que se invocan como fundamento de la solicitud de nulidad, contemplan la responsabilidad civil del notario en el ejercicio de sus funciones, no lo es menos, que de la falla en la prestación del servicio por parte de dichos funcionarios públicos, puede responder la Nación, quien a la postre, podrá repetir contra el notario, tal como se desprende del artículo 120 del Decreto 2148 de 1.983, según el cual "En los casos en que la Nación sea condenada por falla en la prestación del servicio notarial, podrá ejercitar la acción de repetición correspondiente".

b.- Los artículos 77 y 78 del C. C. A. consagran la responsabilidad personal de los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones y ello, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al ente público o privado que ejerza funciones públicas.

Además, los perjudicados pueden incoar la acción contra el ente público, contra el funcionario o contra ambos y de todas ellas conoce la jurisdicción administrativa.

EL RECURSO

Sustenta el interesado el recurso interpuesto en los planteamientos que la Sala resume, así:

1. De conformidad con las normas invocadas al formular la solicitud de nulidad, no hay lugar a responsabilidad estatal por perjuicios causados por los notarios; la responsabilidad es exclusivamente de éstos. Además se trata de una responsabilidad civil, que por lo mismo compete deducirla a la jurisdicción ordinaria.

2.- Es verdad que el artículo 120 del Decreto 2148 de 1.983 contempla la acción de repetición contra el notario, en los casos en que la Nación sea condenada por fallas en el servicio notarial, pero ello no significa que la norma esté consagrando responsabilidad del Estado por presuntas fallas en el servicio notarial.

Acceptar lo contrario, implica incurrir en contradicción entre las dos normas, artículo 195 del Decreto-Ley 960 de 1.970 y artículo 120 del Decreto 2148 de 1.983, a más de que el segundo es de carácter reglamentario y por lo tanto no puede contrariar lo dispuesto en el primero.

CONSIDERACIONES

I. La función que desarrollan los notarios es por su esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fé pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el artículo 82 del C. C. A.

II. Tanto los funcionarios públicos, como quienes sin serlo ejerzan función pública, asumen responsabilidad personal, la cual no solamente se haya consagrada en diversidad de normas de jerarquía legal, sino también en la propia Constitución Nacional que en su artículo 20 dispone: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". Como ya se anotó, los notarios por el hecho de ejercer una función pública participan del tratamiento que la Carta Política y la ley establece para los primeros, en cuanto toque con el desarrollo de la función pública en cuestión.

La responsabilidad personal del agente no tiene la virtualidad de excluir la que corresponde por el mismo hecho a la entidad pública a la cual se encuentra aquél

SECCION PRIMERA

vinculado o a cuyo nombre actúa. La conducta del agente que por acción o por omisión y estando vinculado a la prestación de un servicio público administrativo, sea susceptible de generar daño o perjuicio, vincula la responsabilidad del ente Estatal y es por esto que quien afirma haber sido perjudicado con ella puede intentar la acción contenciosa pertinente contra aquél, o contra el agente, o contra ambos, y en todos los casos es la jurisdicción administrativa quien conoce del respectivo proceso, tal como lo establece el artículo 78 del C. C. A.

III. No puede entenderse que cuando la ley habla de la responsabilidad civil que corresponde a los agentes del Estado, está remitiendo por esa simple expresión al régimen jurídico que se contiene en el derecho privado y más exactamente en el Código Civil, como tampoco que esté remitiendo para efectos procesales, el conocimiento de las respectivas controversias a la jurisdicción ordinaria, como lo pretende el recurrente.

Se trata simplemente de una expresión indicativa de que la responsabilidad es de tipo patrimonial, para diferenciarla de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria o administrativa que pueda derivarse para el agente de su conducta activa u omisiva.

Los planteamientos anteriores llevan a la Sala a confirmar el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

PRIMERO.- Confírmase el auto del seis (6) de febrero de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en el cual se dispuso negar la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda.

SEGUNDO.- Ejecutoriada la presente providencia y, previa desanotación, devuélvase al Tribunal de origen.

NOTIFIQUÉSE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION- Requisitos/ DEMANDA-
Requisitos/ ACCION DE LESIVIDAD**

El artículo 189 del C.C. A. denomina en forma expresa el escrito contentivo del recurso extraordinario de revisión "demanda" y al referirse a los documentos utiliza la expresión "acompañada", expresión ésta que necesariamente refiere al escrito de interposición del recurso, que no a la causal invocada, para cuya demostración dispone el recurrente del término probatorio. Ha de entenderse en el *sub lite* que es el Departamento de Antioquia parte demandante y demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., Octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar*

Expediente No. 1502. Autor: Helena Herrán de Montoya.

Se resuelve sobre el recurso de súplica interpuesto por la señora Gobernadora del Departamento de Antioquia contra el auto de 10 de agosto de 1.990 por el cual se inadmitió el recurso extraordinario de revisión propuesto contra la sentencia de 11 de mayo de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

EL AUTO RECURRIDO

Se fundamenta la decisión inadmisoria del recurso extraordinario de revisión en las consideraciones que la Sala resume, así:

a.- El recurso de revisión, como extraordinario que es, dirigido a enervar 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".

Los requisitos exigibles para efectos de la admisión del recurso concerniente al señalamiento del ente demandado, la indicación precisa de la causal en que se funda éste y del concepto de la infracción legal, acompañando los documentos necesarios.

b.- La recurrente no señala el ente demandado, como lo prescribe el artículo 137 del C.C.A., ni acompañó el proyecto de Ordenanza objetado, ni las objeciones formuladas, diferentes de los documentos probatorios que se enuncian y solicitan en el acápite de pruebas del escrito del recurso, además que los primeros no constituyen en sí, elementos demostratorios de las situaciones en las cuales se pretenden fundar las causales 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.

c.- Por las razones anteriores no es procedente acudir a la corrección de la respectiva demanda para subsanar las omisiones observadas, por cuanto ello repugna al carácter restrictivo, extraordinario, formalista y restringido del recurso.

EL RECURSO

La recurrente sustenta la súplica en las razones que la Sala sintetiza, así:

a.- La sentencia cuya revisión se solicita declaró exequible un proyecto de ordenanza, objetado por la Gobernadora del respectivo Departamento de conformidad con el artículo 78 del Decreto-Ley 1222 de 1.986 y remitido al Tribunal Administrativo por la Asamblea Departamental conforme al procedimiento establecido por el artículo 80 *ibídem*.

Es pues incuestionable que el acto administrativo sobre el que recae la sentencia recurrida en revisión proviene del Departamento y quien lo recurre es la representante legal del mismo, de donde se desprende que mal puede exigirse como lo pretende el auto recurrido, en aplicación del artículo 137 del C. C. A., se indiquen las partes de la relación procesal, por cuanto el ente demandante y demandado son el mismo, el Departamento de Antioquia, no hay así contradictorio que integrar.

b.- Se desconoce lo dispuesto por el artículo 143 del C. C. A. cuando se afirma que no es viable señalar defectos formales de la demanda para efectos de ordenar su corrección.

c.- En aplicación del artículo 192 del C. C. A. procede el decreto de pruebas de oficio o a solicitud de parte, que el auto recurrido niega y además, las pruebas que se echan de menos fueron agregadas a la demanda y son precisamente aquéllas consideradas como piezas decisivas para decidir, pues fueron recobradas fallado el asunto por el Tribunal, en las que consta que con la reforma de la estructura administrativa de la Contraloría se excede el presupuesto para su funcionamiento.

Las demás pruebas mencionadas en el auto no pudieron agregarse a la demanda por formar parte del expediente, por lo cual sólo pueden obtenerse, por mandato legal, a través del órgano competente que para el caso lo es el H. Consejo de Estado y cuya práctica fue solicitada en el escrito del recurso.

Agrega la recurrente que adiciona la demanda dentro de la oportunidad legal para ello, artículo 143 del C. C. A., señalando como parte demandada a la Nación - Ministerio de Justicia -, puesto que se trata de la revisión de una sentencia de un Tribunal Administrativo.

CONSIDERACIONES

I. No es imposible o improcedente, como lo afirma la recurrente, señalar las partes de la relación procesal en un evento como el de autos, por el contrario, es este uno de los aspectos característicos de la llamada "acción de lesividad" en cuyo ejercicio la Administración impugna o demanda su propio acto, asumiendo dentro del proceso el carácter de parte demandante y demandada.

Pretende corregir, o como lo dice la recurrente adicionar la demanda, invocando para ello el artículo 143 del C. C. A., lo cual es a todas luces improcedente, pues la norma en cuestión es reguladora de una situación completamente distinta atinente a la corrección de la demanda en cumplimiento de lo dispuesto por el juez y dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que así lo ordene.

Además, incurre la actora en nuevo error al indicar como parte demandada a la Nación - Ministerio de Justicia -, con fundamento en que la sentencia cuya revisión se solicita procede de un Tribunal. El Juez tiene la función de dirimir una controversia en ejercicio del poder soberano que radica en la Nación y que para tales efectos encarna; pero ello no significa que sea entonces y por tal razón aquélla, por conducto del Ministerio de Justicia, parte en el proceso.

No obstante y dados los supuestos fácticos del recurso, haciendo uso de la facultad de interpretación de que dispone el juez a efectos de que los requisitos puramente formales no se conviertan en un obstáculo al ejercicio de los derechos consagrados en la ley, habrá de entenderse que es el Departamento de Antioquia parte demandante y demandada en este recurso, para lo cual se tendrá además en cuenta, que como ya se anotó, la pretendida corrección del escrito del recurso es improcedente y por tanto inadmisibile.

II. Como causales del recurso adujo la actora haberse recobrado piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso.

Si bien es cierto que a términos del artículo 189 del C. C. A., para fines de dar cumplimiento a los requisitos del recurso extraordinario de revisión deben acompañarse "los documentos necesarios", no es menos cierto que el artículo 192 *ibídem* contempla para efectos de la tramitación del recurso, un período o etapa probatoria.

Una interpretación armónica de las normas mencionadas lleva a concluir que los documentos necesarios hacen relación a los que el mismo Estatuto exige acompañar al escrito de demanda, y que para este evento son la sentencia recurrida, el escrito que acredite el carácter con que el recurrente comparece cuando tiene la representación de otra persona y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en la relación procesal. Es decir, los mismos documentos que el artículo 139 del C. C. A. exige acompañar al escrito de demanda, hecha la adecuación que la misma naturaleza del recurso requiere.

Destaca la Sala que el artículo 189 denomina en forma expresa al escrito contentivo del recurso "demanda" y que al referirse a los documentos utiliza la expresión "acompañada", expresión ésta que necesariamente refiere al escrito de interposición del recurso, que no a la causal invocada, para cuya demostración dispone el recurrente del término probatorio.

En las condiciones anteriores, encuentra la Sala satisfechos los requisitos para la admisibilidad del recurso, razón para revocar el auto suplicado y en su lugar disponer la admisibilidad del mismo.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

PRIMERO.- Revócase el auto de 10 de Agosto de 1.990.

SEGUNDO.- Admítase el recurso extraordinario de revisión presentado por la señora Gobernadora del Departamento de Antioquía, a través de apoderado judicial, contra la sentencia de 11 de mayo de 1.990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

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

Myriam Guerrero de Escobar, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.

USO DE MARCA/ LICENCIA DE MARCA/ USO DE MARCA-Cesión/ LICENCIA CONTRACTUAL/ ACUERDO DE CARTAGENA/ DERECHO CONTRACTUAL/ DERECHO COMUNITARIO ANDINO- Primacía

Siendo que Colombia es país miembro del Pacto Andino y que la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena fue incorporada a la legislación nacional colombiana mediante el Decreto 1190/78, no cabe duda que esas normas del derecho comunitario andino o derecho de integración, como supranacionales que son, tienen primacía sobre las disposiciones del derecho interno colombiano en cuanto hace a la materia correspondiente. Sólo el titular del derecho sobre una marca es quien puede "cederla en uso o transferirla por contrato escrito", y nadie más. Y el titular, dueño o propietario de una marca, es únicamente el que ha adquirido tal derecho de conformidad con las pautas o exigencias de las normas pertinentes, lo cual se traduce en "el registro de la misma ante la oficina nacional competente".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia:: Expediente No. 238. Actor : International Chemical & Cosmetic Company S. p. A.

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 sociedad internacional Chemical & Cosmetic Company, S. p. A., de nacionalidad italiana, domiciliada en Milán, Italia, contra las decisiones del Comité de Regalfas que se indican más adelante.

1. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La sociedad italiana Internacional Chemical & Cosmetic Company, S. p. A., en ejercicio de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, consagrada en el art. 85 del C. C. A., demandó ante esta Corporación la nulidad parcial de la decisión del Comité de Regalías contenida en el Acta 801 de 1.985 y en la comunicación 9204 3.22 CRS - 1067 de 6 de septiembre de 1.985, en cuanto se abstiene de pronunciarse sobre la solicitud de aprobación del contrato de licencia de la marca "AMOHA", para la clase 5a. del Decreto 755 de 1.972, presentada por la actora; y la nulidad de la decisión del mismo Comité de Regalías que consta en el Acta No. 812, según su comunicación 3.22 CRS-1389 de 19 de diciembre de 1.986, por la cual resolvió el recurso de reposición propuesto contra la anterior decisión.

Como consecuencia de las mencionadas nulidades, a manera de restablecimiento del derecho pide la actora que se ordene al Comité de Regalías aprobar el contrato de licencia de uso de la marca AMOHA para la clase 5a. del Decreto 755 de 1.972, por cumplirse los requisitos exigidos al efecto, y que se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de la Propiedad Industrial (V. fl. 18).

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (Cfr. fls. 19 a 23):

1. La sociedad Internacional Chemical & Cosmetic Company S. p. A. es titular del registro No. 101862 de 10 de agosto de 1.983 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, correspondiente a la marca "AMOHA", para distinguir productos de la clase 3a del Decreto 755 de 1.972.

2. La misma sociedad es titular de la solicitud de registro No. 186.145 ante la citada División de Propiedad Industrial de la marca "AMOHA", para distinguir productos de la clase 5a. del decreto 755 de 1.972.

3. Con fecha 1o. de enero de 1.982 la actora y la sociedad CHESEBROUGH-POND'S INTERNATIONAL LTD. celebraron un contrato de "licencia de uso sin regalías" sobre las siguientes marcas:

a) "AMOHA", para distinguir productos de la **clase 3a.** Del decreto 755 de 1.972, registrada en la División de Propiedad Industrial bajo el No. 101.862 de fecha 10 de agosto de 1.983 a favor de la sociedad demandante; y

b) "AMOHA", para distinguir productos de la **clase 5a.** del Decreto 755 de 1.972, cuyo registro pidió la sociedad actora ante la División de Propiedad Industrial el 11 de diciembre de 1.979.

4. El 31 de julio de 1.985 la actora solicitó al Comité de Regalías la aprobación del contrato de licencia a que se refiere el punto anterior, a la cual solicitud la peticionaria acompañó los documentos relacionados en los sub-numerales 5.1 a 5.5 de los folios 20 y 21 del expediente, documentos exigidos por el artículo 2o. de la resolución 001 de abril de 1.982 del Comité de Regalías.

5. Mediante comunicación 3.22 CRS-1067 de 6 de septiembre de 1.985, el Presidente del Comité de Regalías le informó a la actora que, conforme consta en el acta 801, con relación al contrato de licencia sometido a consideración del Comité de Regalías, se tomaron estas decisiones:

a) "Aprobar el contrato de licencia de uso de la marca "AMOHA" para la clase 3a. del decreto 755 de 1.972 (por) el término comprendido entre el 30 de julio de 1.985 y el 10 de agosto de 1.988 (sic), sin el pago de ningún tipo de regalías presentes ni futuras"; y

b) "Respecto de la marca 'AMOHA' para la clase 5a. del Decreto 755 de 1.972, el Comité no se pronuncia hasta tanto el interesado obtenga el registro correspondiente, ya que sobre la dicha marca sólo existe la solicitud ante la División de Propiedad Industrial".

6. El 19 de septiembre de 1.985 interpuso la actora el recurso de reposición contra la parte de la decisión aludida en el punto 5b) anterior, en que se abstenía el Comité de Regalías de pronunciarse sobre el contrato de licencia de la marca AMOHA de la clase 5a del Decreto 755/72.

7. En comunicación 3.22 CRS-1389 de 19 de septiembre de 1.985 el Presidente del Comité de Regalías informó a la actora que según consta en el acta 812, dicho Comité decidió ratificar su pronunciamiento contenido en el acta 801, objeto de la reposición, "puesto que principios fundamentales de derecho enseñan que las meras expectativas no dan acción ni excepción y por consiguiente no constituyen interés jurídico, cuya protección por medio de acciones judiciales (sic) pueda efectuar ante los estrados de la justicia".

En consecuencia, expresa que "de conformidad con el artículo 30 C.N... con las normas vigentes sobre Propiedad Industrial, en concordancia con la Resolución 001 de 1.982 emanada del Comité de Regalías se concluye que los fundamentos plasmados en el recurso no desvirtúan las razones que el Comité tuvo en cuenta al tomar la decisión que consta en el Acta 801".

8. La comunicación anterior declaró agotada la vía gubernativa y fue debidamente notificada.

c. 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 tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (V. fls. 23 a 33 y 133 a 137).

a) El derecho del actor se origina en los arts. 555 y 597 del C. del Co., que transcribe (fl. 23), según los cuales el titular de una patente o de una solicitud de patente puede conceder a otra persona licencia para explotar su invención, que recibe el nombre de licencia contractual (art. 555), y a las marcas se aplican las normas sobre patentes relativas al régimen de dicha licencia contractual (art. 597), de tal manera que el titular de una marca o de una solicitud de marca "puede conceder licencia a otro para explotarla". Tales dos artículos cobijan lo relacionado con licencias de marcas solicitadas, pues así lo dispone el art. 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de manera general, ya que según este último "Como la licencia de marcas y patentes solicitadas es uno de los temas sobre los cuales no se ocupa la Decisión 85, deben considerarse regulando la materia las disposiciones nacionales correspondientes, en nuestro caso, los artículos 555 y 597 del Código de Comercio".

b) **El art. 102 del Decreto 444 de 1967, modificado por el art. 6 del Decreto 688 de 1967**, ordena someter a la aprobación del Comité de Regalías los contratos sobre derechos a giros al exterior por concepto de regalías, comisiones, uso de marcas, patentes y similares y le fija al Comité criterio para autorizar o negar el registro.

c) El art. 1o. del Decreto 1234 de 1972 traza las pautas que debe aplicar dicho Comité para autorizar o negar el registro de los contratos a que se refieren el art. 102 del Dec. 444 y el Dec. 688 de 1967.

d) El art. 2o. del Decreto 1234 de 1972 señala el tipo de cláusulas restrictivas que no podrán contener los contratos sometidos a la aprobación del Comité de Regalías.

e) El art. 18 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena, en concordancia con las Decisiones 37 y 37-A, somete a la aprobación del Comité de Regalías todos los contratos de licencia de patentes y marcas.

f) El Comité de Regalías carece de facultades discrecionales para aprobar o improbar los contratos sometidos a él y sólo debe limitarse a verificar si cumplen o no los requisitos que la ley exige. Así lo expresó la Sección Primera del Consejo de Estado al comentar el art. 102 del Dec. 444, tal como fue modificado. Al efecto, el actor transcribe parte de la providencia de 6 de noviembre de 1981, Ponente doctor Mario Enrique Pérez; Exp. No. 2420, demandante: Compañía Manisol S.A., (folios 31 y 32).

g) Al abstenerse el Comité de Regalías de pronunciarse sobre la solicitud de aprobación del contrato, viola las citadas normas, al no aplicar, siendo aplicables, los arts. 555 y 597 del C. de Co., 102 del Dec. 444 de 1967 y 1o. del Dec. 1234 de 1967.

h) En lo que atañe a la afirmación del Comité de Regalías sobre la naturaleza de las meras expectativas, aunque no es de su competencia, se tiene que si las meras expectativas "solamente fueran las solicitudes de registro de marca, no serían fuentes

de derechos para sus titulares, cual es el caso de los titulares de solicitudes de marcas, beneficiados por los derechos de prioridad a los que se refieren los artículos 57, literal f) de la Decisión 85 y 586 del Código de Comercio”.

d.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis los siguientes argumentos: (V. fls. 52-55 y 130-132):

Con la expedición de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena perdió su vigencia el artículo 555 del Código de Comercio, pues después de haber sido incorporada dicha Decisión a nuestra legislación nacional, es norma supranacional. “Esta norma 555 y las demás que dice el actor resultar violadas, no tienen aplicación alguna en el caso que nos ocupa, dentro del régimen de las licencias”.

La Decisión 85 suprimió “la facultad de otorgar licencia respecto de patentes en trámite, que permitía el (...) artículo 555” del C. de Co.

La facultad contractual “quedó limitada a la titularidad de la patente. Esto tiene su razón de ser, pues lo que hace posible el uso, el goce y el dominio, ínsita la facultad para disponer de un bien o mejor de un derecho, en este caso, intangible, es el **título** (...). Esto es, el certificado o documento mediante el cual el Estado... materializa ese derecho”.

La licencia contractual de una patente “solo la puede otorgar el titular de la misma (...) No se puede disponer de un bien, cuando realmente no se es titular del mismo”.

Más adelante dice el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio que “teniendo en cuenta que la dicha norma 555 no tiene aplicación toda vez que fue derogada por la 32 del Decreto 1190 de 1978, por sustracción de materia (...) no pueden tener aplicabilidad alguna las normas siguientes a que se refiere el Actor (...) es decir, artículos 597 del Código de Comercio y 84 del Decreto No. 1190/78”.

Termina pidiendo que se nieguen las súplicas de la demanda.

e.- La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por providencia de 19 de julio de 1986 (fl. 40) se admitió la demanda y al proceso se ordenó darle el trámite de ley.

Hechas las notificaciones de rigor, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda y se constituyó en parte impugnadora a través de mandatario judicial. (V. fls. 41 a 55).

Vencida la fijación en lista, mediante auto visible al fl. 58 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Dentro del término del traslado dispuesto por auto del fl. 129, alegaron de conclusión tanto la parte impugnadora (fls. 130 a 132), como la demandante (fls. 133 a 137).

El concepto de fondo del Fiscal Primero de la Corporación aparece a folios 141 a 146.

Ante la renuncia del poder que les había conferido la sociedad actora a los mandatarios judiciales principal y sustitutos, previo el trámite de ley, ésta designó "para los asuntos relativos a la propiedad industrial" como representantes legales y apoderados a los Abogados José Lloreda Camacho y/o Alfonso Lloreda Camacho y/o José Antonio Lloreda (V. copia de la escritura pública No. 7368 de 17 de noviembre de 1988 de la Notaría Cuarta de Bogotá, sobre protocolización de poderes, a folios 155 a 161).

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente: (Cfr. fls. 141 a 146).

Comienza expresando que considera como punto clave para solucionar el problema jurídico planteado, dilucidar el régimen normativo aplicable a los contratos de licencia de uso de marca y aclarar entonces si los actos administrativos acusados se ajustan o no al régimen correspondiente.

La actora dice derivar su derecho alegado de los arts. 555 y 597 del C. de Co., que transcribe la vista fiscal a fls. 142 y 143. Seguidamente transcribe también lo que en defensa de los actos acusados indica el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio.

"En síntesis, el demandante aspira a que el caso *sub judice* sea juzgado con fundamento en el Código de Comercio, mientras el demandado plantea la solución con base en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena".

Al respecto afirma que es efectivamente cierto que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por ser norma supranacional incorporada a la legislación colombiana, "prima sobre la legislación ordinaria vigente, valga decir,, sobre el Código de Comercio".

"Es igualmente cierto que lo aducido por el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio con fundamento en la Decisión 85 está consagrado en ella pero respecto de **patentes**, lo que significa que no puede ser de recibo pues en el caso sub-judice el derecho en cuestión está referido es a marcas".

Solo es viable aplicar el Código de Comercio "en el caso de que la citada Decisión no consagre mandatos reguladores de la situación jurídica en estudio; así lo consagra expresamente la misma en su artículo 84. Como quiera que, en sentir de esta Fiscalía, la Decisión sí contiene normas aplicables al caso prescinde del análisis a los argumentos del demandante".

Los actos demandados se originaron en una petición formulada por la actora al Comité de Regalías para que aprobara el contrato de licencia de uso de la marca AMOHA para la clase 5a. del Decreto 755 de 1972. Tal solicitud tuvo respuesta negativa al considerar el Comité que "no se pronuncia hasta tanto el interesado obtenga el registro correspondiente, ya que sobre dicha marca sólo existe la solicitud ante la División de Propiedad Industrial".

"Como se ve el problema se reduce a dilucidar si la simple expectativa que se tiene sobre una marca es susceptible de ser objeto de transacción". Al respecto expresa que "es tan diáfana la norma (art. 79, que transcribe), que de ella no se puede desprender sino que, a contrario sensu, quien no es titular no puede hacer tales transacciones con ella".

"Pero surge la inquietud: de dónde emanan los derechos o, lo que es lo mismo, qué da la titularidad de la marca? La misma Decisión 85 contesta Artículo 72.- El derecho exclusivo a una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente".

Y concluye así la vista fiscal:

"Frente a estos dos preceptos (los arts. 72 y 79 de la Decisión 85), se encuentra entonces que los actos demandados están ajustado a derecho, por cuanto, mientras no se obtenga el registro no se obtiene el derecho a la marca, esto es, no se es titular de la misma (artículo 72), y mientras no se obtenga la titularidad no se pueden efectuar transacciones con ese derecho (artículo 79), de donde se concluye que la decisión adoptada por el Comité de Regalías en los actos demandados, consistente en no aprobar el contrato de licencia de uso de la marca AMOHA para la clase 5a. del Decreto 755 de 1972 'hasta tanto el interesado obtenga el registro correspondiente', se encuentra plenamente ajustada a las normas supranacionales que, en materia de propiedad industrial, prohibió nuestra legislación mediante el Decreto 1190 de 1978".

Por consiguiente, finaliza el Fiscal Primero, "deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda".

III. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La controversia central planteada dentro del presente proceso consiste, como lo dice el Fiscal Primero en su vista de fondo, en dilucidar el régimen jurídico aplicable al caso controvertido, esto es, en determinar si el caso *sub judice* cae bajo las normas 555 y 597 del Código de Comercio, conforme lo sostiene la parte actora, o si, por el contrario, según lo sostiene la Superintendencia de Industria y Comercio, es la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena la que ha de aplicarse para resolver esta litis.

Expresamente la parte actora indica al fl. 23 de su demanda que "el derecho de mi poderdante se deriva especialmente de las siguientes normas:" y a continuación incorpora los arts. 555 y 597 del C. de Co., que son de este tenor:

C. de Co., Art. 555: "El solicitante de una patente o el titular de esta podrá conceder a otra persona licencia para explotar se invención, mediante contrato escrito.

"Esta licencia se denomina licencia contractual".

C. de Co., Art. 597.- "Son aplicables a las marcas, en lo pertinente, **los artículos sobre patentes relativos** a la obligación de los extranjeros de designar representante, régimen de las sociedades extranjeras que soliciten y obtengan patentes, documentos que deben acompañarse con la solicitud, abandono de solicitudes incompletas, examen de expedientes. **régimen de la comunidad y licencia contractual**, renuncia del derecho y disposiciones sobre medidas cautelares". (Subrayados de la Sala).

La Sala está de acuerdo con su colaborador fiscal cuando afirma que solamente sería viable la aplicación del Código de Comercio en el evento de que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no contenga norma reguladora de la situación jurídica materia de controversia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la mencionada Decisión, que expresa:

"Los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente reglamento serán regulados por la legislación interna de los países miembros".

Al respecto, debe tenerse presente que los actos materia de la demanda -que son parte de Actas del Comité de Regalías-, tuvieron origen en la solicitud que ante dicho Comité formulara la sociedad INTERNATIONAL CHEMICAL & COSMETIC COMPANY S. p. A., para que fuera aprobado el contrato de licencia de uso de la **marca "AMOHA"** para la clase quinta (5a.) de que trata el Decreto No. 0755 de 1972. Ante tal petición, el Comité de Regalías comunicó a la entidad solicitante mediante el oficio No. 3.22 CRS-1067 del 6 de septiembre de 1.985, que conforme consta en el Acta No. 801 de dicho Comité, éste "no se pronuncia hasta tanto el interesado obtenga el registro correspondiente, ya que sobre dicha marca sólo existe la solicitud ante la División de Propiedad Industrial". (V. fl. 7).

Al desatar el recurso de reposición que la firma interesada interpuso contra lo decidido por el Comité de Regalías en su reunión consignada en el Acta No. 801, este decidió ratificar su pronunciamiento, con base en que se trata de una mera expectativa que no constituye derecho.

Al respecto el actor afirma que la cuestión sobre las "meras expectativas" es extraña a al órbita de competencia del Comité de Regalías y que además dichas expectativas sí son fuente de derechos.

En últimas, pues, el cuestionamiento capital radica en determinar o precisar si las simples expectativas que un individuo tiene sobre una marca, como lo apunta el colaborador del Ministerio Público, puede ser o no materia transaccional o contractual frente a las normas aplicables al caso *sub judice*.

Sobre el particular, siendo que Colombia es país Miembro del llamado Pacto Andino y que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue incorporada a la legislación nacional colombiana mediante el Decreto número 1190 de 1978, no cabe duda que esas normas del derecho comunitario andino o derecho de integración, como supranacionales que son, tienen primacía sobre las disposiciones del derecho interno colombiano en cuanto hace a la materia correspondiente, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, tanto por conducto de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, lo mismo que la H. Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, es fundamental conocer el contenido de los artículos 72 y 79 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Dice el art. 72:

"El derecho exclusivo a una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la ofician nacional competente" (se ha destacado).

A su turno, expresa el artículo 79 *ibídem*:

"El titular de una marca de fábrica o de servicios podrá cederla en uso o transferencia por contrato escrito". (Igualmente se ha subrayado).

Y como si lo expresado en estas disposiciones no fueren suficiente, el artículo 74 de la misma Decisión 85 ordena:

" El titular o licenciatario de una marca tendrá el derecho de usarla en forma exclusiva y podrá solicitar las medidas de protección para la defensa de sus derechos, previstas en las respectivas legislaciones nacionales".

De las normas anteriores resulta claro que solo el titular del derecho sobre una marca es quien puede "cederla en uso o transferirla por contrato escrito", y nadie más. Y el titular, dueño o propietario de una marca, a la luz de las transcritas disposi-

ciones es únicamente el que ha adquirido tal derecho de conformidad con las pautas o exigencias de las normas pertinentes, lo cual se traduce en "el registro de la misma ante la oficina nacional competente".

Todo lo anterior surge obvia y espontáneamente de las transcritas disposiciones de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, las cuales, dada su evidente claridad, no requieren de esfuerzo interpretativo alguno e implican que su contenido prima sobre las normas del Código de Comercio en las cuales pretende el actor sustentar sus peticiones.

En consecuencia, los actos acusados en este proceso se acomodan a las normas jurídicas correspondientes, por lo cual han de negarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará, toda vez que, como lo expresa el Fiscal Primero, mientras no se tenga el registro no se adquiere el derecho a la marca y no se pueden realizar cesiones o transacciones sobre la misma. Por lo tanto, fue legalmente adoptada la decisión tomada por el Comité de Regalías a través de los actos materia de acusación es este proceso, en el sentido de no aprobar el contrato que le sometió a su consideración la sociedad demandante sobre licencia de uso de la marca AMOHA, para la clase quinta de que trata el Decreto 0755 de 1978, "hasta tanto el interesado obtenga el registro correspondiente", pues la mera solicitud no equivale ni puede sustituir el registro mismo.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en acuerdo con su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Costas para el demandante (C.C.A., art 171). Tásense por Secretaría.

Tercero.- En firme esta sentencia y después de cumplido el punto segundo que antecede, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Myriam Guerrero de Escobar*, *Rodrigo Vieira Puerta*.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA- Régimen Legal/ ESTATUTO CONTRACTUAL DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Facultades

Reproducir una norma que tiene eficacia por su carácter legal y que deberá ser aplicada en el caso de los contratos regionales no encierra ilegalidad alguna; a lo sumo habrá el cargo de inocuidad porque la vigencia de la norma no la recibe del acto administrativo que la reproduce o que la menciona sino de su propio carácter. La ordenanza demandada se circunscribió a repetir el D.L. 222/83 sin proveer nada contrario a temas o aspectos reservados a la competencia del legislador y sin contrariar la autonomía regional de los entes territoriales para disponer atendiendo a sus propios intereses y necesidades del servicio en asuntos relativos a la formación y adjudicación de contratos. En consecuencia, la mención al régimen legal del D.L. 222/83 implica sometimiento del mismo; y en lo demás, que la Asamblea, para lo cual es perfectamente competente, adopta los mismos términos del decreto nacional y con ello está regulando los servicios que debe atender.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 4° de la Ordenanza número 002 de 1987 (agosto 5), relativo al otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobernador del Departamento, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N° 1008. Demandante: Juan Carlos Hincapié Mejía

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Risaralda contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del proceso de nulidad de la Ordenanza N° 002 de 5 de agosto de 1.987 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda y promovido aquél por el ciudadano Juan Carlos Hincapié Mejía.

ANTECEDENTES

1. Dicho ciudadano en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicitó la nulidad de la Ordenanza N° 002 de 5 de agosto de 1.987 expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda que es del siguiente tenor:

"ORDENANZA NUMERO 002

(5 de agosto de 1.987)

Por la cual se adopta el Decreto 222 de 1.983 como estatuto Contractual del Departamento y su Instituciones Descentralizados y se dictan otras disposiciones.

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE RISARALDA, en uso de las facultades conferidas por el Decreto 222 de 1.983 y la Constitución Política de Colombia,

ORDENA:

ARTICULO 1° Adóptase el Decreto 222 del 2 de Febrero de 1.983 como Estatuto Contractual para el Departamento de Risaralda y sus Institutos Descentralizados.

ARTICULO 2° En lo sucesivo el Departamento de Risaralda y sus Institutos Descentralizados, se acogerán a las normas que se dicten modificando o adicionando el Decreto 222 del 2 de Febrero de 1.983.

PARAGRAFO Congélase las cuantías para contratación que hasta la fecha ha autorizado el Decreto 222 del 2 de febrero de 1.983.

ARTICULO 3° Establecer para la correcta aplicación del Estatuto Contractual, que por medio de esta Ordenanza se adopta, las siguientes equivalencias:

- a) Consejo de Ministros por Consejo de Gobierno.
- b) Jefe de Organismos por Gobernador del Departamento.

- c) Concepto de la Presidencia de la República, por concepto de la Gobernación.
- d) Departamento Nacional de Planeación por Jefe de Oficina de Planeación o quien haga sus veces,
- e) Los Ministros por Secretario de Despacho,
- f) Concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social "CONPES" por Concepto del Consejo de Gobierno Departamental.
- g) Publicar en el Diario Oficial por Publicar en la Gaceta Departamental.

ARTICULO 4° Facultar al Gobernador del Departamento para que a través del Departamento Jurídico se establezcan otras equivalencias que fueren necesarias para el cabal cumplimiento del Estatuto Contractual.

ARTICULO 5° La presente ordenanza rige a partir de la fecha de su sanción y promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, especialmente el Decreto número 1011 de 1.981.

Dada en Pereira, a los cinco (5) días del mes de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1.987)."

2. Plantea el actor los siguientes cargos de violación de la normatividad jurídica por la Ordenanza 002 de 1.987:

- a) Quebranta la Ordenanza el artículo 187, numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 20 ib.

Y ello porque la prestación de los servicios públicos a cargo de los Departamentos debe hacerse de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales. Mas la reglamentación de tales servicios por parte de las Asambleas no implica que éstas puedan ser aplicables al ámbito de los departamentos disposiciones legales, ya que esta facultad está reservada al Legislador. Por esta vía podrían las Asambleas adoptar el Código Nacional de Policía o cualquier estatuto de carácter nacional y hacerlos obligatorios para el Departamento, perdiendo así la razón de ser de la Asambleas y los Concejos.

- b) El artículo 76 de la Constitución Nacional otorga al Congreso la facultad de "expedir código en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones". Pues bien en el parágrafo del artículo 2° de la Ordenanza 002 de 1.987 se congelan las cuantías que hasta la fecha (5 de agosto de 1.987) ha autorizado el Decreto 222 de 2 de febrero de 1.983.

"Como quien dice variadas las cuantías del Decreto 222 rigen en toda la Nación o mejor para la Nación y sus institutos descentralizados menos para Risaralda...".

De esta manera el Departamento acoge el Decreto 222 en lo que le concierne y lo desecha en lo que es inútil, pudiendo dictarse un estatuto que consulte las necesidades locales.

El artículo 2° de la Ordenanza 002 sí desborda todo el ordenamiento constitucional y legal porque dado el caso de que se derogue el Decreto 222 por un estatuto exclusivamente regulador de los contratos de la Nación, no sería aplicable a los Departamentos por más que así lo dijese una ordenanza, como la aquí cuestionada.

c) Infringe el artículo 4° de la Ordenanza 002 de 1.987 el artículo 187 numeral 10 de la Carta Política al haber facultado al Gobernador del Departamento para establecer "otras equivalencias que fueren necesarias para el cabal cumplimiento del estatuto contractual pero sin límite de tiempo". Así las cosas los primeros contratos no estarán sometidos a esas equivalencias pero los siguientes si, pecándose entonces contra la certeza del derecho y la seguridad jurídica.

d) Transgrede la Ordenanza 002 el artículo 5° de la Ley 19 de 1.982 por cuanto dicho artículo da la posibilidad a los Departamentos y municipios de disponer sobre la formación y adjudicación de los contratos y sus cláusulas conforme a "sus intereses y a las necesidades del servicio", reservándose a la Ley las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, inhabilidades e incompatibilidades" ...no basta que una ordenanza diga acogerse a la Ley (Decreto 222) sino que es necesario un estatuto que regule la materia ya libremente y conforme a sus intereses (formación, adjudicación, cláusulas) ora con estricta sujeción a la Ley (Decreto 222), tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación)..."

e) La Ordenanza acusada viola el artículo 1° inciso final del Decreto 222 de 1.983 y ello porque este estatuto hace operar sus efectos a nivel departamental y municipal pero sólo respecto de los asuntos señalados en ese artículo. Sin embargo la Ordenanza 002 acoge **todo** el Decreto 222 para el Departamento "sustituyendo" así al Legislador.

f) Se afirma la infracción por la Ordenanza 002, artículos 1° y 2° del artículo 62 numeral 11 del Decreto 1222 de 1.986 de conformidad con el cual corresponde a las Asambleas solicitar a los poderes nacionales la expedición de las leyes, decretos, actos y resoluciones que convengan a los intereses del Departamento. Ha debido entonces la Asamblea solicitar al Congreso la expedición de leyes que hicieran aplicable el Decreto 222 de 1.983, pero no sustituido.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Decidió anular la Ordenanza 002 de 1.987, con fundamento en las consideraciones, que en su parte esencial; se transcribe a continuación:

"En materia de contratos la Ley 19 de 1.982 en su artículo 5º, vino a delimitar la competencia de los Departamentos para dictar normas sobre contratos, señalando los asuntos que a la ley corresponde regular y los que se dejan al arbitrio de los departamentos. El texto de tal artículo quedó incorporado al C.R.D. como el artículo 211. Dicen tales normas: "“En desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como a las inhabilidades e incompatibilidades”". De manera que la ley ha definido qué cuestiones en materia de contratos departamentales, están reservadas a la misma ley. Así está señalado en algunas normas como el artículo 1º del Decreto 222/83 y en los artículos 212, 213, 309 y otros del C. R. D. la aplicación de contratos departamentales de las normas del Decreto 222 de 1.983. De lo anterior se concluye que en esta materia a las Asambleas les corresponde determinar la formación de los contratos departamentales, expidiendo normas sobre materias como casos en que hay licitación pública o privada, etc. y la conformación de los procesos correspondientes, registro de proponentes, puntajes, etc. A las Asambleas corresponde, en síntesis, determinar el procedimiento de la contratación.

" ...

Se alega en la respuesta a la demanda que los asuntos que ha reservado la ley no son materia de modificación por la Ordenanza. Refiriéndose al artículo 5º de la Ley 19/82, expresa "“Y en lo concerniente a los aspectos que la norma dice, corresponden a la Ley para nada se regularon o variaron, lo que de haberse efectuado si implicaría una violación evidente a normas superiores; aquí solo se hizo uso de una facultad que la Asamblea tiene”". Se da a entender que la Ordenanza sólo introdujo la modificación de las cuantías en cuanto se refiere al campo de procedimiento de contratación que es el ámbito de competencia de la Asamblea regulando la materia, en que es competente a través de remisión al Estatuto Contractual Nacional. La remisión a normas de igual jerarquía, o superiores, no es cuestión violatoria del orden jurídico. Es mecanismo usado con frecuencia así pueda generar dificultades de interpretación al aplicarla en la práctica, pero tales dificultades no vician la remisión ni pueden invocarse no como violación del orden jurídico como se hace en la demanda.

En el caso presente surge la pregunta de si, como lo alega la Administración, se regula en la Ordenanza simplemente lo que es de competencia de la Asamblea. Podría pensarse que tal fue la intención o pensamiento de la Administra-

ción Departamental (Gobernador y Diputados). Es preciso recordar que las normas están destinadas a tener una existencia objetiva que bien puede separarse de la inicial intención de quien las expide, y que su alcance y función están dados en primer término por su contenido, por su formulación verbal. En el caso presente, el texto de la Ordenanza es claro en expresar que se adopta para el Departamento el Estatuto Contractual contenido en Decreto 222/83 y las normas que lo lleguen a modificar. Además la historia de la Ordenanza revela esa intención. En efecto, en la exposición de motivos acompañada al proyecto por la Gobernación se lee: "otras situaciones que no contempla nuestra codificación es la relacionada con la variedad de contratos que puede realizar la Administración, teniendo, en estos casos que recurrir a normas suplementarias de carácter nacional, como lo es el Decreto que a través de esta Ordenanza se adoptará para el Departamento...". Esta historia de la norma revela que la intención fue adoptar como vigente para Risaralda el Decreto 222/83, no solo en cuanto al procedimiento de contratación sino en materias que se reservó la ley como es la de tipos de contratos, y tal intención quedó plasmada claramente en la Ordenanza 002 de 1.987.

Principio fundamental de derecho público es el que sobre una misma materia no puede existir competencia normativa concurrente. De manera que la Asamblea no puede dictar normas en materia contractual que la ley se haya reservado, así se haga tal adopción de normas departamentales por remisión, a las de la ley, o reproducción o copia de ésta. La Asamblea carece de competencia para pronunciarse sobre estos temas reservados a la ley. No se trata de una actuación inocua, sino ilegal. Refiriéndose al asunto relacionado con el poder de policía departamental el Honorable Consejo de Estado, expuso doctrina que bien puede aplicarse a la materia presente proceso: "...Los artículos acusados del Decreto que 'expide el Código de Policía de Boyacá' son, según lo probado, copia textual de disposición de la legislación Nacional vigente. Mas no de la 'inocuidad adjetiva' con que se pretende minimizar el despropósito, puesto que quien hace suyas y expide con atribución propia una serie de normas generales, impersonales y coercibles, para que tengan inmediato efecto en espacio y tiempo, usa y abusa de presupuestos fácticos de la noción de ley y se convierte en inucitado 'legislador' contra toda previsión constitucional o legal" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de abril 1/87, Consejero Ponente Dr. José Joaquín Camacho Pardo. Exp. 110. Actor Omar Franco M. Extractos jurisprudenciales - mes de abril/87, pág. 378).

EL RECURSO DE APELACION

El Departamento expuso el siguiente razonamiento tendiente a obtener la revocación de la sentencia del Tribunal:

a) Al adoptar la Asamblea el Decreto 222 de 1.983 como estatuto contractual del Departamento, ejerció una facultad que le compete, ya que aquella no expidió

código alguno ni reformó el contenido de los existentes y si bien congeló las cuantías que hasta el 5 de agosto de 1.987 había establecido el Decreto 222, ello lo hizo para el ámbito territorial de Risaralda. Se señaló simplemente un mecanismo que pudiera evitar que las cuantías perdieran su mensura resultando en el futuro exorbitantes para el Departamento.

b) No se ha quebrantado por la Ordenanza 002 ninguno de los textos señalado como tales:

"La Asamblea únicamente acogió como Estatuto Contractual del Departamento, una norma Nacional, buscando el mejoramiento del servicio público, puesto que se lograba una mayor cobertura a nivel contractual, dotándose además a la Administración de un instrumento que hace más efectivo el procedimiento. Y todo esto se hizo sin intentar modificar la Norma Nacional, ni introducir nuevas regulaciones que serían éstas sí, propias del Legislador únicamente".

CONCEPTO FISCAL

Recomienda la confirmación del fallo del Tribunal con fundamento en el siguiente raciocinio:

"El caso objeto de autos cual es la petición de abrogación de la Ordenanza número 002 de agosto 5 de 1.987 el epígrafe de ella es claro e indubitable: ""Por la cual se **adopta** el Decreto 222 de 1.983 como Estatuto Contractual del Departamento y sus Institutos Descentralizados"", determinándose además que, en lo sucesivo, acogerán también las normas que se dicten modificando ó adicionando el decreto adoptado. Es obvio que con esta circunstancia de la adopción in íntegrum, vino a violarse la Ley como quiera que no sólo se están adoptando al proceso de formación y adjudicación de contratos, sino lo pertinente a los tipos y clasificación de ellas y demás, contenido en el Decreto 222. Dicho de otra manera, en la materia contractual reservada a la ley, la Asamblea no puede dictar normas pues implicaría convergencia de jurisdicción y de potestad. Es precisa la cita referida en el proceso como proveniente de sentencia del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, abril 1° de 1.987, Ponente Dr. José Joaquín Camacho Pardo- cuando dice: ""...Quien hace suyas y expide como atribución propia y coercibles, para que tengan inmediato efecto en espacio y tiempo, usa y abusa de presupuestos fácticos de la noción de Ley y se convierte en un inusitado ""legislador"" contra toda previsión constitucional y legal"".

Finalmente, quedaría cuestionado lo pertinente del artículo 187 en su numeral 10 de la Constitución Política en cuanto a que si se tratara de facultades al Gobernador por parte de la Asamblea, debía señalarse en forma precisa el tiempo durante el cual podía ejercerlas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Como se sabe, el estatuto contractual o Decreto-ley 222 de 1.983, desde el punto de vista de su aplicación en relación con el orden administrativo y con la naturaleza de la disposición, comprende dos clases muy diversas de normas: estrictamente legislativas y simplemente administrativas. Las primeras tienen el carácter de generales y obligatorias sin importar el orden administrativo; las otras, de carácter administrativo que la ley contractual deja a las corporaciones administrativas seccionales y locales (asambleas y concejos).

Al respecto dispone el artículo 1o. del estatuto contractual lo siguiente:

"...

"Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratación, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los departamentos y municipios".

Esta disposición hay que concordarla necesariamente con el artículo 5o. de la Ley 19 de 1.982 que, a su turno contiene la siguiente disposición:

"En desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservados a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades".

De las dos disposiciones anteriores se tiene el siguiente régimen contractual:

Primero: Disposiciones de carácter legislativo, obligatorias para los tres órdenes de la administración pública:

a) **Tipos de contrato:** obra pública, compraventa de inmuebles o de muebles; arrendamiento, etc. De acuerdo con este mandato, las administraciones departamental o municipal no podrían denominar el contrato de obra pública como de prestación de servicios, y así sucesivamente.

b) **Clasificación:** La ley clasifica los contratos en administrativos y de derecho privado de la administración. Los entes territoriales no están habilitados para tratar, por ejemplo, el contrato de compraventa de bien mueble como administrativo porque la ley lo clasifica como de derecho privado de la administración.

c) **Efectos:** No pertenece a la discrecionalidad de las partes en el contrato, determinar, por ejemplo, que el contrato de obra pública sea de conocimiento

de la justicia ordinaria porque su naturaleza de administrativo lo destina al conocimiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Tampoco es competente de los entes territoriales disponer que la culpa grave del funcionario en la celebración de un contrato no se considere como causal de mala conducta.

d) **Responsabilidad:** La Ley establece la solidaridad para el contratista y el funcionario celebrante que celebró el contrato en nombre de la administración; los entes territoriales no podrían disponer que no existe solidaridad o que sólo responde, en tal caso, el contratista.

e) **Aplicación de cláusulas exorbitantes:** Como la naturaleza del contrato (administrativo o de derecho privado de la administración) depende de la determinación legal, si el contrato es administrativo deberá incluir forzosamente las estipulaciones exorbitantes de *caducidad administrativa, terminación, modificación e interpretación unilaterales*. *Contrario sensu*, si el contrato es meramente de derecho privado de la administración, la disposición departamental o municipal no podría establecer la obligatoriedad de estipular tales cláusulas exorbitantes.

f) **Régimen de inhabilidades e incompatibilidades:** La Ley establece la prohibición de contratar con personas que se hallan, personalmente y por razón de circunstancias anteriores o concomitantes, en determinada situación. Pretende con ello mantener impecable el buen nombre de la administración, la pureza de la acción administrativa, o simplemente dar cumplimiento a una especie de sanción cuando se trata, por ejemplo, de la imposibilidad de celebrar contrato con un particular que se halla dentro de los cinco años de habersele declarado la caducidad administrativa de un contrato anterior.

Segundo: Disposiciones de carácter administrativo y respecto de las cuales los entes departamentales y municipales gozan de autonomía para disponer lo que a bien tengan:

a) **Disposiciones sobre formación del contrato:** Ello tiene que ver con todas aquellas materias que hacen eficaz el acuerdo de voluntades. Para el **Diccionario de uso del español** formar es "hacer cierta cosa con unos elementos", lo cual, para el caso de autos es precisamente determinar si un contrato debe estar o no precedido de licitación pública, privada o puede ser contratado directamente; expresado de otra forma, cabría sostener que las disposiciones sobre cuantías y formas de celebración del contrato que establece el Decretoley 222 de 1.983 no obligan a los departamentos y municipios y en tales materias gozan de autonomía administrativa para disponer lo correspondiente a la fijación de los topes de las cuantías. Lo anterior se hace más claro cuando la norma de la Ley 19 de 1.982 en su artículo 5°, agrega a lo anterior la facultad también autónoma de los entes territoriales de reglar lo concerniente a la adjudicación del contrato.

b) **Régimen de las estipulaciones del contrato:** Excluidas las correspondientes a la caducidad administrativa, terminación, modificación e interpretación

unilaterales, que como se vió antes están reservadas a la ley, respecto de la forma como deben redactarse las demás, el contenido de las estipulaciones, la cuantía de las multas y la de la cláusula penal pecuniaria, lo mismo que aquellas en que se describe el objeto del contrato, se señala el término del contrato o se especifican las obligaciones del contratista compete señalarlas al ente administrativo territorial, llámese asamblea departamental o concejo municipal.

Los principios y lineamientos precedentes sobre la contratación administrativa están recogidos a su vez en los artículos 211 a 230 del Decreto-ley 1222 de 1.986 o Código de Régimen Departamental.

Con los anteriores criterios, conviene entrar a continuación en un examen de las disposiciones acusadas para determinar si efectivamente hay violación de norma superior o si, por el contrario, se limitaron a repetir como ordenamiento administrativo algo a lo cual podía recurrirse por vía de aplicación analógica de las normas dictadas para el orden nacional.

El fenómeno no es extraño: si se examina cuidadosamente el Código Fiscal de Bogotá vigente, claramente se pueden apreciar las disposiciones tomadas del Decreto-ley 222 de 1.983, en algunos casos mejoradas en aquellos aspectos que, como se ha visto, competen a la autonomía local señalarlos. En el caso de autos, podría observarse cierta comodidad o inercia administrativa, al evitar la expedición del Código y limitarse a declarar que los contratos del departamento se someten a disposiciones que, por adoptar tal régimen, la ordenanza acusada, coinciden con los del orden nacional.

Las disposiciones del acto acusado "regulan" el estatuto departamental de la contratación, de acuerdo con el siguiente contenido:

Artículo 1° Adopta el Decreto-ley 222 de 1.983 como estatuto contractual del departamento y sus entes descentralizados.

Artículo 2° El régimen se extiende a las disposiciones que modifiquen o adicionen el estatuto del orden nacional.

Parágrafo.- Para los fines de contratación, decreta congelación de las cuantías que establece el Decreto-ley 222 de 1.983.

Artículo 3° Establece equivalencia entre las unidades administrativas que intervienen en la **formación y adjudicación** del contrato y las que -estima- son sus correspondientes en el orden departamental.

Artículo 4° **Faculta** al gobernador (subraya la Sala) para establecer las demás equivalencias que exija la aplicación del "estatuto contractual del departamento".

La Sala pasa, a continuación, a examinar los cargos propuestos en la demanda, dado que *al a quo* los acogió enteramente y declaró la nulidad del acto administrativo acusado.

Al primer cargo, relativo a la presunta violación del artículo 187, ordinales 1° y 2°, de la Constitución Política, concordado con el 20 *ibidem*.

En esencia -se afirma-, la presentación de los servicios departamentales se sujeta al respecto a normas superiores. Hay **incompetencia** -subraya el actor- al expedir un estatuto del orden nacional para hacerlo obligatorio en el departamento. La Asamblea debe expedir normas de acuerdo con **sus necesidades y capacidades financieras** pues es claro que no son las mismas de la Nación, "de allí la importancia de sus normas fiscales y de sus estatutos de que deben consultar los intereses regionales" (fl. 6, cuaderno 1).

Se observa:

No resulta justificable la afirmación de que "la descentralización administrativa perseguida por el constituyente de 1886 buscaba evitar el agudo centralismo..." y que "las asambleas están en la obligación de expedir normas de acuerdo con sus necesidades y capacidades financieras **pues es claro que no son las mismas de la Nación** (subraya la Sala), de allí la importancia de sus normas fiscales y de sus estatutos de contratación que deben consultar los intereses regionales".

Hasta aquí el llamado primer cargo efectivamente no lo es porque nada dice de abierta contradicción normativa entre lo dispuesto en el acto acusado y el precepto superior presuntamente quebrantado. Sencillamente, el acto acusado se limitó a reproducir la norma del orden nacional, sin disponer nada en contra de materias o asuntos que son de competencia de la ley, pero que no contradicen la autonomía regional de los departamentos. La contratación pública es -de acuerdo con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia en que encontró constitucional la Ley 19 de 1982 sobre facultades extraordinarias para la expedición Decreto-ley 222 de 1983- coordinación de preceptos de índole legal, sobre los cuales hay competencia exclusiva de la ley, y administrativa, a través de los cuales se manifiesta la tan defendida autonomía de los entes descentralizados.

Reproducir una norma que tiene eficacia por su carácter legal y que deberá ser aplicada en el caso de los contratos regionales no encierra ilegalidad alguna; a lo sumo, habrá el cargo de inocuidad porque la vigencia de la norma no la recibe del acto administrativo que la reproduce o que la menciona sino de su propio carácter. Y el cargo de inocuidad podrá ser cualquiera otra cosa, menos un argumento de ilegalidad.

Al cargo segundo, concerniente a la presunta violación del artículo 76, atribución 2a., relativa a la expedición de códigos por el Congreso en todos los ramos de la legislación, se observa que a su vez se torna inocuo, porque es también atribución de

la asamblea y para el ámbito territorial del departamento expedir el código fiscal, así que la mención de esta norma por si sola no implica el quebranto alegado. Compete a la Asamblea Departamental -según mención traída por el actor- reglamentar la prestación de los servicios a cargo del departamento. Luego el ejercicio de tal facultad implica, necesariamente disponer en materia de contratación departamental, procedimiento al cual los entes administrativos atienden la prestación de los servicios a su cargo.

El actor se rasga las vestiduras porque la Ordenanza haya decidido congelar las cuantías señaladas por el Decreto-ley 222 de 1.983; pero, aparte de la indignación que le produce la medida, no se observa ilegalidad alguna. Como se sabe tales cuantías se establecieron teniendo en cuenta a la Nación y sus consideraciones presupuestales; de donde, nada obsta para que el departamento crea necesario adoptarlas para el orden departamental pero quiera congelarlas, es decir, no establecer disposición alguna de actualización. Y puede hacerlo porque la materia presupuestaria hace parte de aquellas cuestiones de indiscutible índole administrativa como que comprende lo relacionado con el manejo del presupuesto departamental que la propia asamblea adoptó para el año correspondiente y con normas sobre formación y adjudicación de contratos que corresponde a la competencia de las asambleas.

En un argumento inaudito, el actor censura el artículo 2° de la Ordenanza acusada, en los siguientes términos:

Se lee:

"Este artículo sí desborda todo el ordenamiento constitucional y legal porque se puede (sic) derogar el Decreto 222 por un estatuto exclusivamente regulador de los contratos de la Nación pero no se aplicaría a los departamentos por más que lo dijese una Ordenanza como la que aquí se ataca". (fl. 7, cuaderno 1).

Este sí que no es un argumento jurídico sino uno de derecho-ficción, pues se alega con fundamento en conjeturas. De producirse una derogación del Decreto-ley 222 de 1.983 -siguiendo el juego de las hipótesis- seguiría rigiendo la ordenanza acusada porque adoptó el decreto como norma departamental a menos que el nuevo implicara el establecimiento de disposiciones de carácter legal también obligatorias para el orden departamental y contrarias a las del decreto derogado.

Al cargo tercero relacionado con la falta de precisión en el artículo 4° de la Ordenanza 002 sobre el tiempo para que el Gobernador ejerza las facultades extraordinarias para establecer equivalencias de cargos entre los niveles nacional y departamental, nota la Sala que le asiste razón al actor porque no se limitó la oportunidad para hacerlo, desconociéndose de esta manera el artículo 187 ordinal 10° de la Constitución Nacional.

Prospera el cargo y por ello se anulará dicho artículo 4°.

En cuanto hace al cuarto y quinto cargos relacionados con la violación del artículo 5° de la Ley 19 de 1982 y 1° inciso final del Decreto-ley 222 de 1983 por la Ordenanza 002 valga reiterar que éste se circunscribió a repetir el Decreto-ley 222 de 1983 sin proveer nada contrario a temas o aspectos reservados a la competencia del legislador y sin contrariar la autonomía regional de los entes territoriales para disponer atendiendo a sus propios intereses y necesidades del servicio en asuntos relativos a la formación y adjudicación de contratos.

Quiere decir lo anterior que la mención al régimen legal del Decreto-ley 222 implicó sometimiento al mismo; y en los demás, que la Asamblea, para lo cual es perfectamente competente, adopta los mismos términos del decreto nacional y con ello está regulando los servicios que debe atender.

El presente es un caso ejemplar de molición administrativa, que por si solo no genera nulidad.

La improperidad de los cargos anteriores -salvo el que impugna el artículo 4° de la Ordenanza 002- conduce a la inocuidad del cargo sexto que le achaca a ésta el quebranto del artículo 62 numeral 11 del Decreto 1222 de 1.986 consistente en que la Asamblea de Risaralda, no le pidió al legislador que expidiera una normatividad para reformar el Decreto-ley 222 de 1.983.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en un todo en desacuerdo con el Colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA :

PRIMERO.- Revócase la sentencia de 21 de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1.988) proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO.- En su lugar, mantíenese la nulidad del artículo cuarto (4°) de la Ordenanza No. 002 de 1.987 (agosto 5), relativo al otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobernador del Departamento, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día 2 de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Rodrigo Vieira Puerta*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Myriam Guerrero de Escobar*, Ausente con excusa legal.

DEMANDA- Requisitos/ **PARTES-** Designación/ **MUNICIPIO-** Representante/
PERSONA DE DERECHO PUBLICO- Representación

En tratándose de un municipio como parte demandada, la ley establece que el alcalde es su representante legal para todos los efectos a que hubiere lugar. Como en el presente caso se demanda un acuerdo municipal, se trata de un acto del municipio y de conformidad con las normas vigentes no hay duda de que dicha entidad territorial es parte en este proceso y debe serle notificado el auto admisorio de la demanda, para lo cual así debía indicarlo el actor en su libelo, sin que pueda aducir, como se pretende, el "derecho de elegir libremente a su demandado".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1559. Actor: Carlos Navia Belalcázar (Se desata recurso de apelación).

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación invocado por el ciudadano demandante Carlos Navia Belalcázar contra el proveído de 5 de julio del año en curso, por el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda instaurada por el recurrente.

EL AUTO RECURRIDO

La providencia materia del recurso dispuso rechazar la demanda instaurada por el actor, por no haber sido corregida dentro del término que había concedido para ello, conforme a auto de junio cuatro de 1.990.

LAS RAZONES DEL APELANTE

En memorial que obra a folios 19 a 21, el recurrente sustenta se recurso en las razones que se resumen a continuación:

- Que en el presente caso, a pesar de haber indicado como demandado "el Acuerdo No. 06 de 17 de Noviembre de 1.981", expedido por el Concejo Municipal de Cali, el Tribunal le ordenó corregir la demanda en el sentido de dirigirla contra el Municipio representado por su alcalde, como si el demandante careciera del derecho de elegir libremente a su demandado.

- Que en el libelo recordó que quien demanda la declaratoria de inexecutable de una ley o de un decreto no dirige su acción contra la Nación, ni indica como demandado al Presidente de la República, ni a ninguno de sus Ministros, ni tampoco al Presidente del Congreso y ni siquiera al Procurador General de la Nación; "porque el verdadero y único demandado es la ley o es el decreto acusado de inconstitucional".

- Que en el presente caso el demandado es el acuerdo municipal acusado de violar la Constitución, pero no el Municipio, ni su alcalde, por lo cual se negó a obedecer la orden de corrección impartida por el Tribunal.

- Que cree firmemente que en el presente proceso "nada tiene que ver el Alcalde de Cali", pues el debate se refiere única y exclusivamente a la conservación del orden jurídico, no al orden público, ni al patrimonio, ni a las rentas del Municipio, ni a ninguna de las funciones o atribuciones del Alcalde, por lo cual quien debe actuar como parte es el Ministerio Público, de acuerdo con el art. 127 del C.C.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Desde el punto de vista general y conceptual no deja de tener cierta lógica el planteamiento del recurrente, en el sentido de que cuando se ejerce una acción pública, el demandado es propiamente el acto atacado y no la entidad que lo profirió, por lo cual, el encargado de defender el orden jurídico en conflicto es el respectivo agente del Ministerio Público.

Así es, efectivamente, en algunos sistemas jurídicos y entre nosotros en tratándose de la acción pública de inexecutable. Y así lo era igualmente en nuestro régimen jurídico respecto de la acción pública de nulidad contra actos administrativos, hasta la expedición del actual Código contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1.984).

Sin embargo el actual estatuto contencioso administrativo, por razones que pueden ser discutibles desde el punto de vista conceptual, pero que tienen vigencia y

además respaldo en otras consideraciones como la de garantizar la defensa de la legalidad de los actos administrativos por parte de la entidad que los expide, consagró la figura consistente en que las entidades públicas son parte en los procesos en los cuales se demanda un acto por ellas expedido y, en consecuencia, deben ser citadas a través de su representante legal.

Así, el art. 150 del C.C.A., establece expresamente que "las entidades públicas... son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan" (subraya la Sala).

Por consiguiente, continua la norma citada, "el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones".

Concordantemente con lo anterior, el art. 137 del mismo Código, en su numeral 1) establece como requisito de la demanda la designación de las partes y de sus representantes, cuya omisión fue la que llevó al Tribunal a ordenar la corrección de la demanda mediante el auto de fecha 4 de junio de 1.990.

A su vez, en materia de representación legal de las entidades públicas, el art. 149 del C.C.A. indica quiénes son los representantes de la Nación, pero guarda silencio respecto de las demás entidades. No obstante, es evidente que no existe un vacío sobre este aspecto, ya que otras normas establecen lo pertinente. Es así como, en tratándose de un Municipio como parte demandada, en virtud del principio ya citado según el cual las entidades públicas son parte en los procesos que se adelanten contra los actos que ellas expidan, el art. 131 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley 1333 de 1.986), establece que "el alcalde es el representante legal del Municipio para todos los efectos a que hubiere lugar".

De tal manera que como en el presente proceso se demanda la nulidad de un Acuerdo expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali y, por consiguiente, se trata de un acto del Municipio, de conformidad con las normas vigentes ya citadas no hay duda de que dicha entidad territorial es parte en este proceso y debe serle notificado el auto admisorio de la demanda, para lo cual así debía indicarlo el actor en su libelo, sin que pueda aducir, como lo pretende en su recurso, el "derecho de elegir libremente a su demandado".

Si bien es cierto, de otra parte, que en virtud de los poderes reconocidos al juez para interpretar la demanda, el Tribunal hubiera podido admitirla y ordenar la notificación al Alcalde Municipal, dado que las normas legales surgía claramente esta necesidad, no puede decirse de ninguna manera que haya actuado ilegalmente al hacer uso del poder que le confiere el art. 143 del C.C.A. para ordenar la corrección de los defectos simplemente formales de que ella adolezca, para que el demandante los corrigiera en el término de cinco días, so pena de rechazo, a fin de subsanar cualquier defecto que pudiera llevar posteriormente a controversias dilatantes o aún a un fallo inhibitorio.

Todo lo anterior, sin defecto de que el Ministerio Público, a través de su respectivo agente, sea también parte en el proceso y deba intervenir en interés del orden jurídico, en cumplimiento de lo previsto en el texto actual del art. 127 del C.C.A.

En consecuencia, y no solo por las razones anteriores sino por la circunstancia de que el auto que ordenó la corrección quedó en firme sin que el autor interpusiera recurso contra él, el demandante no podía negarse a cumplir dicha orden de corrección y el Tribunal, ante la negativa del actor, debía proceder, como lo hizo, a rechazar la demanda en cumplimiento de lo previsto en el segundo inciso del art. 143 del C.C.A.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE :

Primero.- CONFIRMAR el auto del a quo por el cual rechazó la demanda.

Segundo.- En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Myriam Guerrero de Escobar*, Ausente con excusa legal; *Rodrigo Vieira Puerta*.

Victor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL- Creación/ PRESUPUESTO MUNICIPAL

Conforme a los cálculos hechos por el Tribunal de instancia, se presenta la circunstancia de que el real presupuesto del Municipio de Cerro de San Antonio, es apenas de algo más de 7 millones de pesos. Aún si se tuvieran en cuenta las transferencias, tampoco se daría el tope exigido por la ley para la creación de los entes fiscalizadores municipales.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del acuerdo número 005 de mayo de 1.989, expedido por el Consejo de Cerro San Antonio (Magdalena).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expediente No. 1566. Apelación Interlocutorios. Actor: Luis Guillermo Bolaños S.

El tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena ha remitido a esta Corporación, en trámite del recurso de apelación, el expediente de la referencia correspondiente a la demanda de nulidad del Acuerdo No. 005 de mayo de 1.989 expedido por el Concejo Municipal de Cerro San Antonio (Magdalena), por medio del cual se crea la Contraloría Municipal y la Secretaría de la misma. El Tribunal admitió la demanda y en el mismo auto se pronunció positivamente sobre la suspensión provisional del Acuerdo demandado, lo que es motivo de este recurso.

EL AUTO APELADO

La demanda que dió origen al auto que se apela pretende la declaración de nulidad del Acuerdo No. 005 de Mayo de 1.989 expedido por el Concejo Municipal de Cerro de San Antonio (Magdalena), por medio del cual se crea la Contraloría Municipal y la secretaría de la misma. Para ello se alega la violación de varias normas que hacen referencia a la prohibición de reproducir los actos suspendidos, las unas, y a los requisitos exigidos por la ley para la creación y organización de las contralorías municipales, las otras. Sobre las primeras, el Tribunal *a-quo* consideró que la decisión sobre la cual se funda la violación de la norma procesal invocada ha debido traerse al proceso, y que, aunque se hubiera aportado, "sería necesario acudir a un análisis de fondo para establecer si el acto acusado repite las razones del anulado antes y así determinar la reiteración de la ilegalidad. Ese análisis, como es obvio, escapa a este momento procesal". Considera el Tribunal que, por el contrario, es extensible la violación de los artículos 304 y 305 del Decreto 1333 de 1.986, así como del inciso segundo del artículo 190 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución Nacional fue asimilado como texto integral del artículo 304 del Decreto 13333 de 1.986, las siguientes son las normas invocadas:

ARTICULO 304. "La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales".

ARTICULO 305. "Los Concejos Municipales cuyo presupuesto anual; sea superior a cincuenta millones de pesos (\$50.000.0000.00), **sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias** que reciban de la Nación y del Departamento, podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración. **El valor aquí señalado se reajustará anual; y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor** que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

En los municipios en los cuales no hubiere contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental". (Subraya el Tribunal de primera instancia).

Estima el Tribunal que,

"Del examen del Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de El Cerro de San Antonio, para la vigencia fiscal de 1.989, aportado con la solicitud de suspensión en copia autenticada, se establece que si bien aparenta ser superior a cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00) aforado como está en CIENTO OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$108.840.839.00) en realidad no habilita al Concejo Municipal de El Cerro de San Antonio para crear Contraloría Municipal".

Se adentra entonces el Tribunal en la consideración de valores, ingresos corrientes, participaciones nacionales del IVA de libre y de forzosa asignación, recursos de capital, recursos de crédito interno y externo, transferencias y demás rubros, para deducir que el presupuesto anual de El Cerro de San Antonio, para la vigencia fiscal de 1.989, queda reducido a SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$7.885.995.00); y que "con recursos propios de sólo SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$7.885.995.00) por ser inferior al mínimo previsto por la Ley 11 de 1.986 (Art. 305 CRM), el Concejo del Municipio de El Cerro de San Antonio no podía crear la Contraloría Municipal sin violar de manera directa la ley".

Concluye el *a-quo*, que el Acuerdo 05 de mayo de 1.989, es violatorio de los artículos 304 y 305 del Código de Régimen Municipal "Al pretender sustraer de la Contraloría Departamental la vigilancia de la gestión fiscal de la administración municipal, tomando en consideración recursos del crédito y transferencias nacionales y municipales".

Y se agrega en el acápite final de la providencia recurrida:

"Aunque la cantidad que se dice omitida, correspondiente al "cálculo de lo debido cobrar de impuestos directos e indirectos de urgencias anteriores" sumará realmente la cantidad de \$45.000.000.00 como se dice en el Acuerdo acusado, ello sumado a los recursos propios sólo alcanzaría a \$52.885.995.00 muy inferior aún al reajuste previsto por el artículo 305 del CRM y que es forzoso realizar".

En consecuencia, se decretó la suspensión provisional impetrada.

SUSTENTO DE LA APELACION

A folios 73, 74 y 75 del expediente, consta el memorial con el cual el apoderado del Alcalde Municipal del Cerro de San Antonio, sustenta el recurso de apelación contra el auto ya reseñado en este proveído. Analizando detenidamente dicho escrito, se observa que en parte alguna hace referencia al auto contra el cual se dice interponer el recurso. Efectivamente, el recurrente enfoca sus ataques contra el accionante y, al tachar las apreciaciones de éste, como carentes de fundamento y abiertamente contrarias a la ley, hace su propia interpretación de las normas que regulan la creación de las contralorías municipales. Afirma que "los dineros percibidos por los entes territoriales, no se deben tener como transferencias, ya que ello conllevaría a que no fueran de carácter permanente. Por lo tanto, estos recursos deben tenerse como ORDINARIOS", ya que para tasarlos se tiene en cuenta el # (sic) de habitantes de cada municipio". Y, ya en relación con el municipio que representa, manifiesta: "El municipio del Cerro de San Antonio percibirá por este concepto

durante la actual vigencia 138 millones 423 mil pesos". Concluye solicitando que se revoque el auto que decretó la suspensión provisional del acuerdo demandado, "por cuanto la participación del impuesto a las ventas forma parte integral del presupuesto municipal y las sumas recibidas, superan los 50.000.000.00 de pesos necesarios para crear en ente fiscal demandado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como ya se anotó en el párrafo anterior, el apelante no dice cuál es su desacuerdo con el auto que está acusando ni clarifica en forma suficiente si la disposición que trata de defender, esto es, el Acuerdo No. 005 del Concejo Municipal del Cerro de San Antonio obedece o no a las normas superiores que regulan la creación de la Contralorías Municipales.

Por otra parte, y haciendo una ficción al tomar sus ataques a la demanda, como si fueran un pronunciamiento del *a-quo*, anotaremos que varias son las incongruencias en que incurre el vocero municipal, a saber:

a) transcribe el artículo 86 del decreto 77 de 1.987 que dispone: "El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, antes del 15 de agosto de cada año, enviará a los alcaldes los estimativos que espera TRANSFERIR a cada municipio durante la siguiente vigencia fiscal, por concepto de participación, del impuesto a las ventas" (mayúsculas de la Sala). No obstante, afirma que "esos dineros percibidos por los entes territoriales NO SE DEBEN TENER COMO TRANSFERENCIAS, ya que ello conllevaría a que no fueran de carácter permanente" (mayúsculas de la sala).

Debe entenderse que si la norma estipula que son transferencias dichas participaciones, no debe ignorarse ni cambiarse su sentido, así como tampoco hacer depender dicha significación de su carácter de permanente o de discontinuo. No es éste, sin embargo, el momento procesal para que la Sala entre a hacer consideraciones ni a tomar definiciones de tal género que podrían pisar los linderos del prejuzgamiento.

b) Se tiene además, que de acuerdo con los cálculos hechos por el Tribunal de Primera Instancia, no solamente se presenta la circunstancia, altamente significativa por lo írrita para los efectos buscados, de que el real presupuesto del Municipio de Cerro de San Antonio, es apenas de algo más de siete millones de pesos. Y, lo que es aún peor, que si se tuvieran en cuenta todas las transferencias, tampoco se daría el tope exigido por la ley para la creación de los entes fiscalizadores municipales. A este propósito dice el Tribunal: "Ahora bien, aunque la cantidad que se dice omitida, correspondiente al "cálculo de lo debido cobrar de impuestos directos e indirectos de vigencias anteriores" sumara realmente la cantidad de \$45.000.000.00 como se dice en el Acuerdo acusado, ello sumado a los recursos propios sólo alcanzaría a \$52.885.995, muy inferior aún el reajuste previsto por el artículo 305 del CRM y que es forzoso realizar".

SECCION PRIMERA

c) Como colofón, sea del caso traer, para los efectos de la decisión que debe tomarse, la aserción que hace el recurrente *ab initio* de la última página memorial: "El Municipio del Cerro de San Antonio, recibirá por este concepto durante la actual vigencia 138 millones 423 mil pesos". Esta información, así fuera comprobable, sería completamente irrelevante para el caso bajo estudio toda vez que el acto cuestionado, Acuerdo 005, no fue emitido durante la presente vigencia (1.990) sino durante la anterior a la presente (1.989).

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

CONFIRMAR el auto apelado.

En firme esta providencia, devuélvase al expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones del caso.

Copiése, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Ausente; Rodrigo Vieira Puerta.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ PERJUICIOS/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA POR CUANTIA

Si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son éstos a primera vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer el proceso en un Tribunal Administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar*

Expediente N° 1379. Actor: De Zubiria Hermanos. Chicles de Colombia S.A.

La sociedad "DE ZUBIRIA HERMANOS CHICLES DE COLOMBIA S.A.", por conducto de apoderado debidamente constituido, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, formula ante esta Corporación y contra la Nación -Ministerio de Salud-, pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución N° 01527 de 1° de febrero de 1.989, proferida por el Ministerio de Salud "Por la cual se suspende un REGISTRO SANITARIO a un Producto Alimenticio" y el consecuencial restablecimiento del derecho.

Solicita igualmente la suspensión provisional del artículo 5° del acto acusado, en cuanto dispuso la vigencia de éste a partir de la fecha de su expedición, con evidente desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 62 del C.C.A., y a fin de satisfacer el requisito previsto en el numeral 3) del artículo 152 ibídem atinente a la causación de perjuicios derivada de la ejecución del acto, afirma el actor: "En efecto, si la resolución impugnada rige a partir de la fecha de su expedición (artículo quin-

to), al propietario del producto, es decir, mi mandante, se le conceden "quince (15) días hábiles para recoger la existencia del citado chicle en el mercado, contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución" (artículo segundo) y, finalmente, "se ordena, a los servicios seccionales de salud la retención del chicle "BAZOOKA" después de los quince (15) días otorgados en el artículo" (artículo segundo), es claro entonces que de ejecutarse el acto demandado se causaría un grave perjuicio a mi mandante, pues si la resolución impugnada entró a regir el 1° de febrero de 1.989 (artículo quinto) y el plazo para recoger el producto venció el 21 de febrero de 1.989 (artículo segundo), los servicios seccionales de salud tienen la orden (artículo tercero) de retener el chicle marca "BAZOOKA" a partir del 21 de febrero de 1.989. Esta situación aberrante, sin estar válida y legalmente ejecutoriada el acto administrativo demandado, es susceptible de causar grave perjuicio a mi mandante" (fls. 24 a 44).

CONSIDERACIONES

I. El artículo 128 numeral 3 del C.C.A. atribuye competencia al Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia de los procesos "de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional".

Correlativamente los artículos 131 numeral 9 y 132 numeral 9 del C.C.A. atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos para conocer, respectivamente, en única o primera instancia de tales procesos según la cuantía de los mismos.

II. Si bien es cierto que el marco dentro del cual se desarrolla el proceso está determinado por las pretensiones y la causa petendi planteadas en el escrito de demanda, a más de los elementos provenientes de su contestación y de las excepciones que se propongan, lo que lleva a concluir necesariamente que si no se formula pretensión de condena al pago de perjuicios, no podrá haber pronunciamiento en tal sentido, ello no quiere decir sin embargo que la ley, para el evento que nos ocupa, el Código Contencioso Administrativo, haya dejado en manos o a voluntad del actor determinar si el acto causa o no un perjuicio. Es la naturaleza misma de la decisión la que implica o conlleva en sí tal consecuencia, independientemente de que el interesado pretenda o no su indemnización, aspecto éste que la ley sí deja a voluntad del accionante y de formularse pretensión en tal sentido, deberá consecuentemente estimarse su valor.

III. De lo anterior se desprende que si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son estos a primera o simple vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer del proceso en un Tribunal Administrativo.

En el evento sub-judice, al solicitar se decrete la suspensión provisional, afirma el actor causársele graves perjuicios con la ejecución del acto demandado, con lo

cual intenta cumplir el requisito que el artículo 152 exige para su procedencia, de donde se desprende que en forma expresa acepta la causación de los mismos como consecuencia de la ejecución del acto demandado.

Precisa la Sala que el requisito en mención encuentra su explicación en la razón de que estando tal medida encaminada a impedir temporalmente el cumplimiento de los efectos del acto administrativo en cuestión y no estando de por medio la simple tutela del orden jurídico, sino el interés particular de quien cuestiona o impugna el acto, a diferencia de la que ocurre con la acción de simple nulidad, es apenas lógico concluir que su justificación, su finalidad es evitar la producción o concreción del perjuicio y si éste ya se está causado, impedir su prolongación en el tiempo. En otras palabras, el interés particular que presupone la acción de restablecimiento del derecho explica teleológicamente la exigencia del requisito en mención.

No significa lo anterior desconocimiento de la atribución de competencia de esta Corporación para conocer de las acciones de restablecimiento del derecho privativamente y en única instancia, ya que no necesariamente todos los actos administrativos cuya legalidad se controvierte en ejercicio de ella son objetivamente generadores de perjuicios.

IV. En razón de lo antes expuesto y en aplicación del inciso tercero del numeral 9 de los artículos 131 y 132 del C.C.A., es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el competente para conocer del presente proceso, el cual examinará al momento de admitir la demanda si se satisfacen o no los requisitos para ello y si se llenan o no las exigencias para la procedencia del decreto de suspensión provisional, estableciendo además, con los elementos de juicio pertinentes la cuantía para fines de determinar si se trata de un proceso de única o de primera instancia.

V. El artículo 143, inciso cuarto del C. C. A., dispone, en caso de falta de competencia del organismo jurisdiccional ante quien se presenta la demanda, ordenar su remisión al que sea competente, que para este evento, como ya se anotó, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

CORPORACION NACIONAL DE TURISMO/COMPETENCIA DISCIPLINARIA/AGENCIA DE VIAJES

Si el funcionamiento de una agencia de viajes está sujeto a la obtención de una licencia, previo cumplimiento de determinados requisitos, resulta apenas obvio que aquellos establecimientos que han evadido el cumplimiento de los ordenamientos legales y reglamentarios puedan ser clausurados mediante resolución motivada, por parte de la entidad de quien se le han confiado la vigilancia y el control de todas las actividades turísticas en el país. Las atribuciones que se le confían a la Corporación Nacional de Turismo sobre suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento a las agencias de turismo, contempladas en el D.L. 2345/56, elevado a la categoría de ley, no autoriza a que esa entidad administrativa por un acto propio de inferior rango jurídico dentro de la jerarquía kelseniana de normas, cree los casos de causales que dan lugar a tales suspensión y cancelación que a su vez no están consagradas en ese decreto.

DECLARASE LA NULIDAD del Acuerdo 031 de 27 de julio de 1.984 dictado por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, sólo en cuanto hace a las siguientes disposiciones: Del numeral uno (1) y parcialmente del numeral (2) en cuanto hace a multas de cero pesos (\$0) a noventa y nueve pesos (\$99), del artículo cincuenta (50). De los artículos cincuenta y tres (53), cincuenta y cuatro (54), cincuenta y cinco (55), cincuenta y siete (57) y cincuenta y nueve (59).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Proceso N° 1124. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

El ciudadano JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. ocurre ante esta Corporación para solicitar de ella la nulidad de los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo No. 031 de 1.984 (julio 27), expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Cita el actor como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional, el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, los artículos 3, 4 y 6 del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 y los artículos 266, 267, 268 "... y siguientes del Código de Comercio Colombiano, en concordancia con los artículos 158 y siguientes del mismo Código." (fl. 27).

LOS ACTOS ACUSADOS.

Se trata de los artículos 50, 51, 53, 54, 56, 57 y 59 del Acuerdo No. 031 de 1.984 (julio 27), expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, y por el cual se dictan normas sobre el funcionamiento de las Agencias de Viajes y Agencias Exclusivas o Generales de las Aerolíneas y se deroga el Acuerdo 048 de 1.981 y todas las disposiciones que le sean contrarias.

Los considerandos del Acuerdo enjuiciado son del siguiente tenor literal:

Que el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, establece que corresponde a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, clasificar las agencias de viajes para todos los efectos legales, otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento, reglamentar su operación, vigilar su funcionamiento y aplicar las sanciones a que hubiere lugar.

Que el Decreto legislativo número 2345 de 1.956 'por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el turismo', contiene normas referentes a las agencias de viajes que deben tenerse en cuenta.

Que las agencias de viajes cumplen importantes funciones relacionadas con el turismo".

Que para el fomento y protección del turismo es conveniente que la corporación dicte un estatuto de las agencias de viajes.

Que según la ley, el turismo es industria fundamental para el desarrollo económico del país y goza de la especial protección del Estado. (fl. 38).

LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

El actor concreta su acusación contra los artículos demandados en cuatro cargos que expone de la siguiente manera:

"1°.) Acuso los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56 y 57 del Acuerdo 031 de 27 de julio de 1.984 de la Junta Directiva de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO de violar el artículo 21 de la ley 60 de 1.968.

La hago consistir en que los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56 y 59 del Acuerdo establecen las sanciones, infracciones y penas a las cuales se someten las agencias de viajes por violación a las disposiciones del Reglamento (Acuerdo), las cuales van desde una amonestación hasta la cancelación de la licencia, en abierta violación del artículo 21 de la ley 60 de 1968.

Ocurre que el artículo 21 de la ley 60 de 1.968 prescribe que corresponde a la CORPORACION DE TURISMO: 'f. Aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulan el ejercicio de su actividad y, en el caso de multas, iniciar ante las autoridades competentes las respectivas acciones por jurisdicción coactiva para el cobro de las mismas'. Y el acuerdo en los artículos acusados no se limita a aplicar las sanciones sino a crearlas, es decir, modifica la ley al establecer las sanciones a las que se someten las agencias de viaje, usurpando una facultad que le es ajena, pues quien puede establecer las sanciones es el legislador o el ejecutivo dentro de los términos que la Constitución establece.

El establecimiento de las sanciones y penas no fue concedido por el legislador a la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO, pues es obvio que tal potestad no podía delegarse en un establecimiento público. Como consecuencia, la ley asignó como función la de aplicar las sanciones mas nunca la de establecerlas. Al crear mediante un acuerdo sanciones no establecidas por la ley, el Consejo Directivo violó el artículo 21 de la ley 60 de 1.968.

Al no tener una facultad legal para establecer penas, los artículos acusados son absolutamente nulos y así deberá ser declarado.

2.) Acuso a los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 1.984 de la Junta Directiva de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO de violar los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional.

La hago consistir en que las normas constitucionales precisan que los particulares no son responsables sino por violación de la Constitución y de la ley y que para que una sanción o pena pueda ser impuesta, requiere la preexistencia de una norma legal que la tipifique o consagre.

Ahora bien, un acuerdo de un Consejo Directivo de un establecimiento público como lo es la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO no puede

tipificar o consagrar penas o sanciones pues ellas están, por mandato de los preceptos constitucionales acusados como infringidos, reservados a la ley, ley en sentido tanto material como formal.

Nuestro orden constitucional es celoso en el manejo de las penas que deben sufrir los particulares por violación de las normas legales, reservando la potestad de imponerlas al legislador y por excepción al Presidente de la República en los casos especialmente contemplados por la Carta Magna, que son los que se fundan en las facultades extraordinarias y en la aplicación del estatuto de excepción como es el estado de sitio, sienta (sic) este último de medidas meramente temporales, teniendo el ejecutivo por excepción y mientras dure el estado de sitio facultades de legislador. Es en consecuencia, aberrante que el Consejo Directivo de un establecimiento público del orden nacional mediante un simple acuerdo, decida crear unos tipos penales con sanciones e infracciones frente a las cuales son responsables los particulares por su infracción.

Así las cosas, es clara la manifiesta oposición de las normas acusadas con los artículos de la Constitución aquí mencionados, lo que conlleva la nulidad de los artículos del Acuerdo.

3°.) Violación de los artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57 y 59 del Acuerdo 031 de 1.984 del Consejo Directivo de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO al Decreto Legislativo 2345 de 1.956, adoptado como legislación permanente por la ley 141 de 1.961.

La hago consistir en que los artículos acusados violan el Decreto Legislativo 2345 de 1.956, Ley de la República, adoptado como legislación permanente por la ley 141 de 1.961, pues tal decreto establece las sanciones que pueden ser impuestas por la División Nacional de Turismo, hoy CORPORACION NACIONAL DE TURISMO, en sus artículos tercero, cuarto y sexto, ley que no contempla las sanciones e infracciones que establece el Acuerdo.

Como consecuencia, el (sic) Acuerdo de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO está en oposición con las normas legales, Decreto Legislativo 2345 de 1.956, lo cual implica la nulidad absoluta de los artículos acusados.

4°.) Violación del artículo 57 del Acuerdo 031 de 1.984 de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO a los artículos 266, 267, 268 y siguientes del Código de Comercio Colombiano, en concordancia con los artículos 158 y siguientes del mismo Código.

Lo hago consistir en que el artículo 57 del Acuerdo 031 de 1.984 señala que la modificación de la escritura de constitución de la sociedad (estatutos sociales) deberá tener autorización de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO y el artículo 266 y siguientes del Código de Comercio precisan que la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales no sometidas al control

de la Superintendencia Bancaria será ejercida por la Superintendencia de Sociedades, organismo al cual le compete la autorización de las reformas estatutarias de las sociedades sujetas a su control (artículo 267 numeral 2).

Es decir, todas las sociedades comerciales están sujetas al control de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y por excepción no se hallan sujetas al mismo las sometidas al control de la Superintendencia Bancaria o aquellas que la ley ha excluído. No podía entonces, un simple acuerdo de la Junta Directiva de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO modificar el Código de Comercio abrogándose (sic) una función propia de la Superintendencia de Sociedades, cual es la de autorizar la solemnización de la reforma estatutaria de la sociedad.

Es más, el artículo 57 es tan impreciso que no explica cuál modificación ni de qué sociedad. Debe entenderse, pero no se dice, que se refiere a la propietaria de una agencia de viajes, lo cual está por fuera de las facultades legales de la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO y en abierta contradicción con el Código de Comercio Colombiano, lo cual implica la nulidad del artículo 57 acusado." (fls. 25 a 28).

LA PETICION DE SUSPENSION PROVISIONAL

La Sala Unitaria, mediante auto de junio 22 de 1.989, visible a folios 44 a 60 denegó la suspensión provisional solicitada. Contra esa providencia el actor interpuso recurso de súplica, el cual fue desatado por la Sala de Decisión mediante proveído de diciembre 13 de 1.989 (fls. 73 a 79), por considerar que no se presentaba con claridad la transgresión manifiesta y ostensible de las normas superiores invocadas en la demanda.

LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

La Corporación Nacional de Turismo de Colombia, mediante apoderado debidamente constituido, defiende la legalidad de los actos impugnados con fundamento en las atribuciones otorgadas por la Ley 60 de 1.968 en su artículo 21, norma esta que faculta al organismo, en relación con las agencias de viajes a :

- "a)- Clasificarlos para todos los efectos legales.
- b)- Otorgarles las respectivas Licencias de Funcionamiento.
- c)- Reglamentar su operación.
- d)- Vigilar su funcionamiento.

e)- Señalar las tarifas de sus servicios, en coordinación con el Instituto Nacional de Transporte, cuando se trate de transporte exclusivamente turístico.

f)- Aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulen el ejercicio de su actividad y, en caso de multas, iniciar ante las autoridades competentes las respectivas acciones por jurisdicción coactiva para el cobro de las mismas." (fl. 85).

Para desvirtuar las posibles violaciones a normas superiores de derecho, la parte impugnadora se expresa así:

"...

Así las cosas, encontramos con la simple lectura que se realice del Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, de que además de que a la Corporación se le faculta para aplicar sanciones, también tiene la atribución de reglamentar la operación de las entidades en comento, tal y como se desprende del Literal c) del Artículo en mención.

Evidentemente, debe entenderse que cuando la Ley habla de reglamentar en ningún momento tiene el significado de ejercicio de la potestad reglamentaria que al Presidente le atribuye la Carta Magna sino que por el contrario, su sentido es el de regular la operación turística.

En este sentido, olvida el Demandante que las facultades confiadas a la Corporación en el Artículo 21 son congruentes entre si y por tanto, deben ser interpretadas de manera que haya entre ellas las debidas correspondencia y armonía, vale decir, entre las facultades de vigilar el funcionamiento de las entidades turísticas y reglamentar sus operaciones. Es apenas lógico que para una buena vigilancia de las actividades turísticas es necesario una buena regulación de éstas, por tanto, la administración debe dictar medidas tendientes a facilitar el control sobre las actividades u operaciones de las empresas o personas sometidas a su vigilancia.

En consecuencia, es de colegir que las infracciones y sanciones administrativas descritas en los artículos acusados, no constituyen un desbordamiento del reglamento sobre norma superior alguna, sino que por el contrario, están ajustadas a las funciones que con respecto a las Agencias de Viajes otorgó a la Corporación el Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, para reglamentar las operaciones y vigilar su funcionamiento, es decir, estas regulaciones dan sentido y hacen posible la inspección y vigilancia igualmente prevista en ordenamientos constitucionales y legales.

Visto como está que la Corporación Nacional de Turismo a través del Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, se encuentra plenamente facultada para vigilar el

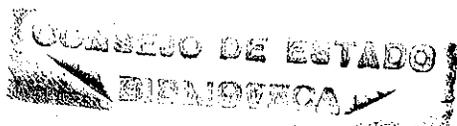
funcionamiento y reglamentar la operación de las entidades que prestan servicios al turismo y por ende, emana de esta facultad la potestad para fijación de medidas (Sanciones administrativas y no penales) tendientes a evitar 'la burla' que las mismas eventualmente puedan hacer de sus disposiciones; paso a referirme a la presunta violación que según el demandante se ha efectuado del Decreto 2345 de 1.956:

En este punto, olvida también el actor que la Ley 60 de 1968, faculta a la Corporación para otorgar las correspondientes Licencias de Funcionamiento a las Agencias de Viaje (Artículo 21, Literal b)) y que dentro de los efectos jurídicos de la Licencia de Funcionamiento del Estado al cumplimiento de requisitos legales y reglamentarios, en materia de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas por una parte, y por la otra de una inversión ajustada a exigencias técnicas y funcionales para brindarle la protección a una industria declarada fundamentalmente para el desarrollo económico del país, constituyendo, por consecuencia, el medio jurídico para garantizar a los usuarios de los servicios que se presten por el establecimiento al cual se concede la licencia, la protección que el Estado debe a los particulares por vía de la intervención prevista en el Artículo 32 de la Constitución Nacional al 'titular' de la licencia sujeto de sanciones de un procedimiento gubernativo.

Entonces, en concordancia con lo anterior, además de que el Decreto 2345 de 1.956 a que se refiere la demanda es anterior a la Ley 60 de 1.968 y sus disposiciones atinentes a las Agencias de Viajes tenidas en cuenta en el Acuerdo 031 de 1.984, es dable agregar que las sanciones e infracciones descritas en los Artículos 50, 51, 53, 54, 55, 56 (no lo son el Artículo 57 y 59) constituyen un desarrollo natural de los preceptos que rigen el sistema de licencias, como quiera que es una actividad vigilada por el Estado y sometida a autorización, por parte de la Corporación.

Resulta pues, que una vez autorizada una Agencia de Viajes mediante el otorgamiento que se hace de una Licencia de Funcionamiento, ha de entenderse que tales prescripciones son resultantes lógicas de las obligaciones que se adquieren al solicitarse, por tanto, no podrá una Agencia de Viajes cesar en sus funciones, incumplir las obligaciones para con la Corporación y sus usuarios, reformar la escritura de constitución o cambiar de razón social, nombre comercial o local -para citar algunas- sin la correspondiente autorización de la Entidad que le confirió el permiso para funcionar. Lo contrario, equivaldría a eludir la inspección y vigilancia prevista (sic) por la Ley y entonces no tendría ningún sentido el otorgamiento de licencias de funcionamiento, la vigilancia y la reglamentación de operaciones de las Agencias de Viajes que la Ley 60 de 1.968 le atribuyó en su artículo 21 a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, el cual sirvió de invocación legal en la expedición del Acuerdo 031 de 1.984, como fundamento de lo allí previsto.

En cuanto a la presunta violación del Artículo 57 del Acuerdo 031 de 1.984 a los Artículos 266, 267, 268 y siguientes del Código de Comercio Colombiano,



es de precisar igualmente, que la disposición allí contenida es desarrollo legítimo del Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968. En efecto, concedida una Licencia de Funcionamiento a una persona natural o jurídica para operar una Agencia de Viajes, teniendo en cuenta los requisitos y formalidades que se deben llenar previamente, es decir, en atención a la calidad de la persona natural o jurídica propietaria, no sería contrario a las normas contempladas en el Código de Comercio el que la Corporación exija autorización para modificar la correspondiente escritura de constitución de la persona jurídica propietaria. Cualquier cambio que se opere dentro de una Sociedad propietaria de una Agencia de Viajes legalmente autorizada por la Corporación para funcionar en el país, constituirá violación de las condiciones señaladas en la Licencia de Funcionamiento, con lo cual, repito, se podría eludir la inspección y vigilancia asignada por la Ley a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, como sería, por ejemplo, actuar bajo una razón social diferente a la autorizada.

En conclusión, esta disposición también se encuentra contemplada dentro del ámbito amplio que la Ley 60 de 1.968 señaló a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia." (fls. 86 a 88).

En su alegato de conclusión, la entidad demandada reitera los argumentos de la contestación de la demanda y expresa:

"La función armonizadora del estado que requiere el turismo, tiene en cuanto a los servicios turísticos un factor primordial. Se trata del carácter normativo que permite establecer diversas reglamentaciones de hoteles, restaurantes, bares y similares, agencias de viajes, empresas transportadoras exclusivamente turísticas y en general con todas aquellas entidades que presten servicios al turismo. Dichas normas tienen por objeto definir la organización y estructura de las empresas y regular las operaciones de éstas con los usuarios. Este elemento hace que el Estado a través de la entidad rectora del turismo, asuma el carácter de garante del servicio. En concreto, éste es el espíritu del Artículo 21 de la Ley 60 del 68, la cual faculta a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia para intervenir en la supervisión y control de los servicios de alojamiento, alimentos y bebidas, agencias de viajes y transporte turístico.

Dentro de estos lineamientos, la acción de la Corporación se concreta en los términos del mencionado artículo, así:

- 1o.- La creación y aplicación de reglamentos que permitan el ordenamiento y organización de dichas empresas.
- 2o.- Dentro de la mencionada reglamentación, pautas de clasificación, requisitos para obtener las licencias y regulación de su operación.
- 3o.- Esto se complementa con la vigilancia del funcionamiento de las empresas a través de la inspección.

4o.- De los aspectos enunciados, se desprende la necesidad de unas sanciones 'por violación de las normas que regulen el ejercicio de la actividad'.

Los antecedentes históricos del procedimiento sancionador en nuestro país, a las actividades turísticas, tienen su origen en la Ley 48 de 1.943, por la cual se facultó al gobierno para imponer sanciones que juzgara oportunas a los empresarios de la industria hotelera que causen a los turistas o pasajeros explotaciones, malos servicios y falta de respeto y consideración.

El Decreto 2345 de 1.957, por el cual se establecieron disposiciones sobre turismo consagró procedimientos en materia de sanciones a las Agencias de Viajes y a los Establecimientos Hoteleros del país, entre otros.

Finalmente, hoy, el Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968 faculta ampliamente a la Corporación, para controlar a aquellas personas o entidades que presten servicios al turismo, para lo cual con base en la facultad de reglamentar su operación, debe dictar medidas tendientes a facilitar el control sobre las actividades u operaciones de éstas que sirvan para sancionarlas cuando infrinjan las disposiciones.

En virtud de tal preceptiva, la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo ha dictado una serie de normas reguladoras de los servicios turísticos del país, entre los más importantes el Acuerdo 031 de 1.984, en donde se plasman los alcances y efectos jurídicos en materia sancionatoria, que van desde el simple apercibimiento, la imposición de multas, hasta la suspensión o cancelación de las Licencias de Funcionamiento o del Registro.

Así las cosas, es de deducir que las infracciones y sanciones administrativas descritas en los artículos acusados, están ajustadas a las funciones que con respecto a las Agencias de Viajes otorgó a la Corporación el Artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, el cual sirvió de invocación legal en la expedición del Acuerdo 031 de 1.984, para reglamentar las operaciones y vigilar su funcionamiento". (fls. 188 y 189).

EL CONCEPTO FISCAL.

El señor Fiscal Primero de esta Corporación, en su concepto de fondo, considera que no deben prosperar las pretensiones del actor por cuanto las normas demandadas se encuentran respaldadas en la ley.

Sobre el particular expresa:

"El Decreto 2345 de septiembre 18 de 1.956. 'Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre turismo' determina los requisitos que deben llenar las agen-

cias de turismo y en los artículos 3, 4 y 5 contiene las causales de suspensión temporal y de suspensión definitiva de las mismas e igualmente las causales de cancelación y cierre. En el artículo 6° se determinan las contravenciones a sus disposiciones y se crea la consecuencia de las mismas las que son multas sucesivas. Como es fácil de constatar, estas sanciones -las suspensiones, la cancelación o cierre y la multa- son las mismas a que se refiere el Acuerdo ahora demandado, por lo cual no se entiende la causa por la cual el actor manifiesta su inconformidad.

Por otra parte, con relación a la violación del artículo 21 de la Ley 60 de 1.968, como quiera que todo lo atinente a la creación, restauración, conservación, protección y mejoramiento de los recursos turísticos nacionales fueron declarados de utilidad pública e interés social, a fortiori le corresponde al Gobierno, a través de su organismo idóneo -la Corporación Nacional de Turismo de Colombia- llevar a cabo toda una labor de control y vigilancia de las mismas, cual es su clasificación, otorgamiento de licencias, reglamentar su operación y vigilar su funcionamiento y aplicar las sanciones que comporte la violación de las normas que regulan su funcionamiento, refiriéndose en el caso concreto de las multas a la jurisdicción pertinente para su recaudo (Véase art. 21 Ley 60 de 1.968)). Y en qué consiste la expresión 'Reglamentar su operación'? Sencillamente como la palabra lo indica, en introducir reglas, cánones u órdenes dentro de un estatuto, ajustar prescripciones o instrucciones dentro de un mecanismo (o reglamento) para mantener en buen estado de funcionamiento y operabilidad a un ente. Quiere decir, no basta que un reglamento no sea la recopilación de normas dirigidas a determinar los cauces que habilitan a una entidad para cumplir con los fines a que se contrae por su mismo objeto, sino que debe asimismo implementar lo concerniente a su régimen de efectividad, de competencia (en cuanto eficiente), que sí va a producir efectos y va a tener fuerza y energía, en suma: va a cumplir los fines para los cuales fue creado. Y este encuadramiento es o consiste en señalar las consecuencias que acarrea el desacato o desatención de las medidas establecidas y dirigidas a conseguir el objetivo propuesto.

Es por lo anterior que la Fiscalía considera que la entidad que profirió el Decreto demandado se hallaba suficientemente habilitada para proferir el susodicho Acuerdo, como quiera que su normatividad se encuentra dentro de lo ordenado por el Decreto 2345 de 1.956 y por la Ley 60 de 1.968 en su situación fáctica de hechos y también de disposiciones o medidas para que las personas dedicadas a la gestión turística se muevan dentro de los contornos o perfiles que la Ley y el reglamento les han señalado, como quiera que todo se dirige al fomento y protección del turismo en su calidad de fuente generadora de divisas extranjeras siendo además actividad que origina trabajo nacional para el desarrollo económico del país. Y es que dentro de la función de planificación de la economía de que trata el artículo treinta y dos de la Constitución Nacional ésta tiene un carácter imperativo como que no de otra manera se puede realizar el mandato superior que dice: 'Pero la dirección general de la econo-

mía estará a cargo del Estado', o sea, ella comporta la intervención estatal, la cual se dirige al desarrollo social pleno." (fls. 194, 195 y 196).

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Para decidir esta contención, la Sala procede a examinar los cargos contra los actos acusados, de la siguiente manera:

1o.- Artículo 50 del Acuerdo No. 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

El actor considera que esta norma viola los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3, 4 y 6 del Decreto Legislativo 3245 de 1.956 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

Expresa la norma acusada:

" *Artículo 50.* De las sanciones aplicables a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, autorizadas por la Corporación. Las sanciones aplicables a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas autorizadas por la Corporación Nacional de Turismo, por conductas violatorias al presente reglamento y demás disposiciones son:

1. El apercibimiento que consiste en una amonestación por escrito, para que una agencia ejecute o se abstenga de ejecutar un acto de los preceptuados en este Acuerdo.

Esta sanción podrá imponerla el Gerente de la Corporación Nacional de Turismo o el funcionario que este señale.

2. La multa que consiste en la obligación de pagar a favor del Tesoro Nacional una suma de dinero hasta de tres mil pesos (\$3.000) moneda corriente o el monto que la ley autorice.

3. La suspensión de la licencia o la exclusión temporal del registro que puede ser hasta de un (1) año y conlleva el cese de todas las funciones durante este período.

4. La cancelación de la licencia o del registro, que conlleva la clausura del establecimiento para lo cual se solicitará el auxilio de la fuerza pública si fuere del caso.

Parágrafo. Antes de imponer cualquiera de estas sanciones será oído en descargos el presunto infractor." (fl. 39).

Se hace consistir la violación en que el acto establece sanciones que no están consagradas que no están consagradas en los artículos 3º, 4º y 6º del Decreto Legislativo 2345 de 1.956, por cuanto el literal f) del artículo 21 de la Ley 60 de 1.968 otorga competencia a la Corporación Nacional de Turismo para aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulan el ejercicio de su actividad. Por otra parte se expresa en la demanda que "... las normas constitucionales precisan que los particulares no son responsables sino por violación de la Constitución y de la ley y que para que una sanción o pena pueda ser impuesta, requiere la preexistencia de una norma legal que la tipifique o consagre." (fl. 26).

Observa la Sala:

En primer término cabe señalar que el Acuerdo No. 031 de 1.984 establece las normas sobre el funcionamiento de la Agencias de Viajes y las Agencias Exclusivas o Generales de las Aerolíneas, es decir que son aquellas que regulan el ejercicio de su actividad, al tenor de lo dispuesto en el literal f) del artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

Ahora bien, si se observan las sanciones establecidas para las Agencias de Viajes en el artículo 50 que se analiza, se tiene que la multa de que trata su numeral 2o. encuentra su consagración en el artículo 6o. del Decreto Legislativo 2345 de 1.986 y la suspensión de la licencia y la cancelación de la misma de que dan cuenta los numerales 3o. y 4o. encuentran su sustento legal en los artículos 3º y 4º, respectivamente, del mismo Decreto, con las explicaciones y salvedades que a continuación se harán.

Así, pues, se tiene que la única sanción que consagra el artículo 50 en estudio y que carece de base legal es el "apercibimiento", contemplado en el literal 1. del artículo 50, por lo cual es evidente que se presenta un desbordamiento del reglamento sobre la norma reglamentada y es procedente, entonces, acceder a su nulidad.

Se trata entonces de que el Acuerdo acusado reproduce las sanciones que ya vienen establecidas al respecto en el Decreto Legislativo 2345 de 1.956, así que mal puede atribuírsele a aquél, vicio de incompetencia porque ésta resultaría inocua.

En relación con la sanción de suspensión de la licencia, si bien en el Decreto 2345 de 1.956 no se establece específicamente un plazo de duración y en el Acuerdo 031 se fijó uno de un (1) año, ello encuentra justificación legal en el literal f) del artículo 21 de la Ley 60 de 1.968 que faculta a la Corporación Nacional de Turismo para "aplicar las sanciones a que haya lugar" por violación de las normas que regulan la actividad (de turismo), con lo cual se consulta a cabalidad el principio de la seguridad jurídica para los gobernados que en todo caso sabrán que la pena máxima de suspensión de sus agencias no sobrepasarán el período anual. (se subraya y se pone entre paréntesis).

Respecto de las multas se observa que el Acuerdo 031 parte de cero pesos (\$0) y el Decreto Legislativo 2345 de 100.00 (en ambos casos hasta \$3.000.00), luego

habrá de estarse al mínimo de \$100.00, que no puede ser modificado por una norma de inferior jerarquía como es dicho Acuerdo. Se anulará así parcialmente el artículo 50, numeral 2 de este último estatuto. Del mismo modo ha de advertirse que habrá de estarse al carácter sucesivo de las multas, según lo previene el Decreto 2345 (art. 6o.) de prioritaria aplicación.

2o.- Artículo 51 del Acuerdo No. 031 de 1.984 expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Sostiene el actor que esta norma infringe los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3º, 4º y 6º del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968

La norma acusada es del siguiente tenor literal:

"Artículo 51. De la sanción aplicable a los establecimientos sin licencia. Los establecimientos que ejecuten funciones propias de las agencias de viajes o de las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, autorizadas por la Corporación Nacional de Turismo, serán clausurados mediante resolución motivada, sin perjuicio de la aplicación por las autoridades jurisdiccionales de las sanciones penales a que hubiere lugar. De este acto administrativo se enviará copia a las autoridades policivas para lo pertinente." (fl. 39).

Tanto el Decreto Legislativo 2345 de 1.956 en su artículo 1o. como el Acuerdo 031 de 1.984 en sus artículos 8º a 17 establecen los requisitos que debe cumplir cualquier agencia de viajes para poder funcionar en el territorio nacional.

Por su parte, el artículo 1o. de la Ley 60 de 1.968 prescribe que el objeto de la misma es "... el fomento y la protección del turismo que, como fuente generadora de divisas y como actividad que origina trabajo nacional, es industria fundamental para el desarrollo económico del país y será especialmente protegida por el Estado."

Si el funcionamiento de una agencia de viajes está sujeto a la obtención de una licencia, previo cumplimiento de determinados requisitos, si las actividades turísticas gozan de la especial protección del Estado, si las empresas que legalmente se dedican a esta rama del comercio pueden ser objeto de sanciones, resulta apenas obvio que aquellos establecimientos que han evadido el cumplimiento de los ordenamientos legales y reglamentarios pueden ser clausurados mediante resolución motivada, precisamente, por parte de la entidad a quien se le ha confiado la vigilancia y el control de todas las actividades turísticas en el país.

Por lo anterior no se ve que se esté violando ordenamiento superior alguno sino, por el contrario, se está brindando la debida protección a esta industria, considerada por la ley como fundamental para el desarrollo económico del país.

No prospera el cargo.

3o.- Artículos 53 y 54 del Acuerdo 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Considera el actor que esta norma viola los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3, 4 y 6 del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

Expresan las normas acusadas:

" *Artículo 53.* De las causales de suspensión de la licencia de funcionamiento o de la exclusión temporal del registro. Serán causales de suspensión de la licencia de funcionamiento o la exclusión temporal del registro, las siguientes:

- a) La cesación (sic) parcial de las funciones que les son propias, sin previa autorización de la Corporación Nacional de Turismo.
- b) El incumplimiento de las obligaciones comerciales con las aerolíneas y demás prestatarios de los servicios.
- c) El incumplimiento de los deberes para con la Corporación indicados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 45 del presente Acuerdo.
- d) La reincidencia en el incumplimiento de los deberes para con la Corporación, indicados en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del artículo 45 del presente Acuerdo.
- e) La comisión de una falta grave por negligencia u omisión en el cumplimiento de las obligaciones para con los usuarios.

Artículo 54. De las causales de cancelación de la licencia de funcionamiento o del registro. Serán causales de cancelación de la licencia de funcionamiento o del registro, las siguientes:

- a) La disolución o liquidación de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la ley o en los estatutos.
- b) Las reformas de escritura de constitución sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo.
- c) La comprobación que el balance y el estado de pérdidas y ganancias presentados a la Corporación Nacional de Turismo, no han sido tomados fielmente en los libros de contabilidad de la empresa, que se deben llevar según la ley.

d) Cuando del funcionamiento de una agencia de viajes o de una agencia exclusiva o general de las aerolíneas, resultaren hechos constitutivos de delitos, declarado así por la autoridad jurisdiccional.

e) Cuando en desarrollo de las actividades turísticas se estableciere que su funcionamiento no se ajusta a las normas de la moralidad profesional.

f) El cambio de clase o nombre de la razón social sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo.

g) El cambio de nombre comercial sin autorización de la Corporación.

h) El cambio de local sin autorización de la Corporación.

i) La cesación voluntaria o forzosa de todas las funciones que les son propias sin la previa autorización de la Corporación Nacional de Turismo.

j) La venta de una agencia de viajes sin autorización a la Corporación Nacional de Turismo.

Parágrafo. Serán causales para la cancelación del registro de una agencia exclusiva o general, las establecidas en los literales a, d, e, i, del presente artículo." (fl. 39).

Al analizar las violaciones alegadas en contra del artículo 50 del Acuerdo demandado se trató lo concerniente a la viabilidad de la Corporación Nacional de Turismo, para reproducir las sanciones del Decreto Legislativo 2345 de 1.956.

Ya se vió, también, que las sanciones de suspensión y cancelación de la licencia de funcionamiento tienen su base legal en los artículo 3° y 4° del Decreto Legislativo 2345 de 1.956.

Con todo, las atribuciones que se le confían a la Corporación Nacional de Turismo sobre suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento a las agencias de turismo, contempladas en el Decreto Legislativo 2345 de 1.956, elevado a la categoría de ley, no autoriza a que esa entidad administrativa por un acto propio de inferior rango jurídico dentro de la jerarquía kelseniana de normas, cree los casos de causales que dan lugar a tales suspensión y cancelación que a su vez no están consagradas en ese Decreto. Se advierte así con toda claridad, la introducción por la aludida Corporación de motivos originantes de sanciones por fuera de la reglamentación legal existente al respecto. Ella es un organismo ejecutor de la ley, y por lo mismo le está permitido aplicarla mas no "crearla".

En este orden de ideas, habrá de volverse (y aplicarse) a las causales de suspensión del artículo 3° numerales 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo 2345 de 1.956

y en cuanto hace a las causales de cancelación de ellas serán las del numeral 5° del mismo artículo 3° en armonía con el artículo 4° ib. "cuando de sus inversiones, propaganda, y actividades en general resulten actos demostrativos de subversión, ataque a la moral y a las buenas costumbres."

Amerita lo anterior la anulación de los artículos 53 y 54 cuestionados.

4o.- Artículo 55 del Acuerdo 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Estima la parte actora que esta norma viola los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3°, 4° y 6° del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

La norma acusada expresa:

" *Artículo 55.* De las demás infracciones. Todo acto violatorio de lo establecido en el presente Acuerdo y demás disposiciones atinentes a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, será considerado como infracción." (fl. 39).

Ocurre que la norma acusada, al considerar como infracción todo acto violatorio de los establecido en el Acuerdo y en las "disposiciones" atinentes a las agencias de viajes y a las agencias exclusivas o generales de las aerolíneas, convierte prácticamente en ilimitada, o al menos en indeterminada, la lista de las infracciones.

La Sala considera que en este aspecto tan delicado de definición de las conductas o de los hechos constitutivos de infracciones, debe existir necesariamente una enumeración y reglamentación rigurosa de las mismas. En el campo tanto de las infracciones como de las sanciones la facultad de la administración debe ser reglada y por su naturaleza no encuentra cabida el concepto de discrecionalidad. En razón de lo expuesto, se procederá a su anulación.

5o.- Artículo 56 del Acuerdo 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Considera la actora que esta norma quebranta los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3, 4 y 6 del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

La norma cuya nulidad se solicita expresa:

" *Artículo 56.* De la gravedad de las infracciones. La Corporación Nacional de Turismo, de conformidad con la gravedad de la infracción, podrá aplicar directamente cualquiera de las sanciones consignadas en el artículo 50 del presente Acuerdo." (fl. 39).

La doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia de esta Corporación consideran que la acción que corresponde desarrollar a los entes administrativos no se concibe sin cierto margen de discrecionalidad, pues de lo contrario la actividad de estos podría paralizarse en un momento determinado, dado que es prácticamente imposible prever todas las eventuales circunstancias que condicionan la oportunidad de la decisión administrativa.

Por otra parte, el Decreto-Ley 01 de 1.984 en su artículo 36 consagra en relación con las decisiones discrecionales que ellas deben ser adecuadas a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Analizando el artículo enjuiciado desde esta óptica se obtiene que las sanciones establecidas en el artículo 50 del Acuerdo tienen una consagración legal, como atrás quedó visto, excepción hecha de la denominada "apercibimiento". Corresponderá, entonces, a la Corporación Nacional de Turismo determinar en cada caso y tomando en consideración la gravedad de la infracción aplicar la sanción que estima adecuada de acuerdo con la sanción que corresponda según los artículos 3º, 4º y 6º del Decreto Legislativo 2345 de 1.956, siguiendo los parámetros trazados por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

No se trata entonces de que a su talante y libérrimamente la Corporación Nacional de Turismo en virtud del artículo 56 impugnado pueda determinar la sanción que a bien tenga sino que por el contrario deberá acudir a los artículos 3º, 4º y 6º del Decreto Legislativo 2345 de 1.956 para subsumir dentro de estos textos la conducta que a su juicio debe ser sancionada. Dentro de esta orientación y precisos límites se mantendrá la legalidad del artículo 56 del Acuerdo 031.

6o.- Artículo 57 del Acuerdo 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Considera la parte demandante que esta norma quebranta los artículos 266, 267, 268 "... y siguientes del Código de Comercio Colombiano, en concordancia con los artículos 158 y siguientes del mismo Código". (fl. 27).

Expresa la norma acusada:

"Artículo 57. De las normas de escritura de constitución. La modificación de la escritura de constitución de la sociedad deberá tener autorización expresa de la Corporación" (fl. 39).

Se observa:

La capacidad, el reconocimiento y el régimen de las Sociedades "se determinan por la ley colombiana", según las voces del artículo 12 de la Constitución Nacional. Con fundamento en ello se dictó el Decreto N° 410 de 27 de marzo de 1.971 o Código de Comercio que regula todo lo referente a las sociedades comerciales.

Es así entonces que en este estatuto se confía a la Superintendencia de Sociedades la inspección y vigilancia de las mismas, "con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes, decretos y de que se cumplan sus propios estatutos, según lo previsto en el Código o en leyes posteriores" (artículo 266 del C. de Co., y los siguientes en desarrollo de tal facultad).

De su lado y en concordancia con tales atribuciones de vigilancia y control, el artículo 159 del C. de Co. previene que "las cámaras de comercio se abstendrán de registrar las escrituras de reforma sin la previa autorización de la Superintendencia, cuando se trata de sociedades sometidas a su control."

Frente al otorgamiento legal tan claro, surge sin lugar a dudas la incompetencia del Acuerdo N° 031 de 1.984 de la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, al pretender por su parte someter a aprobación suya la reforma de las sociedades propietarias de agencias de viajes y específicamente cuando existe, según lo explicado, atribución exclusiva del Legislador para proveer sobre la materia, la cual se halla contemplada en el C. de Co.

Habría por tanto de anularse el susodicho artículo 57.

7o.- Artículo 59 del Acuerdo No. 031 de 1.984, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo.

Se considera por el actor que esta disposición viola los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional; los artículos 3°, 4° y 6° del Decreto Legislativo 2345 y el artículo 21 de la Ley 60 de 1.968.

La norma acusada es del siguiente tenor literal:

" Artículo 59. De la venta de una agencia de viajes sin autorización de la Corporación Nacional de Turismo. La operación de compraventa de una agencia de viajes sin el lleno de las exigencias establecidas en el artículo anterior, dará lugar a la cancelación de la licencia de funcionamiento y el comprador no podrá solicitar nueva licencia hasta transcurridos seis (6) meses de efectuada dicha negociación, caso en el cual deberá cumplir con los requisitos y formalidades enunciados en el Título II de este Acuerdo." (fl. 39).

Se observa:

Cabe aplicar el mismo razonamiento expuesto al analizar el cargo 3° precedente, pues se prevé en el artículo 59 acusado una causal de cancelación de la licencia de funcionamiento no contemplada en el Decreto Legislativo 2345 de 1.956.

Se procederá entonces a su anulación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.- Declárese la nulidad del Acuerdo 031 de 27 de julio de 1.984 dictado por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo, sólo en cuanto hace a las siguientes disposiciones:

Del numeral uno (1) y parcialmente del numeral dos (2) en cuanto hace a multas de cero pesos (\$0) a noventa y nueve pesos (\$99), del artículo cincuenta (50).

De los artículos cincuenta y tres (53), cincuenta y cuatro (54), cincuenta y cinco (55), cincuenta y siete (57) y cincuenta y nueve (59).

SEGUNDO. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Simon Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; Rodrigo Vieira Puerta, Libardo Rodríguez Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar.

CONTRALORIA MUNICIPAL/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ CONTROL FISCAL

No pueden crearse organismos de control fiscal paralelos a las Contralorías Departamentales o Municipales con el fin de ejercer dicho control sobre un sector específico de la Administración Departamental o Municipal, así de tal sector hagan parte entes descentralizados por servicios, como es el caso de las Empresas Varias de Medellín. Es al Contralor, por conducto del respectivo funcionario, a quien compete el ejercicio del control fiscal sobre toda clase de organismos y entidades del respectivo ente municipal, sin que quepa hacer distinción para derivar una conclusión distinta, entre aquellos que no ostentan el carácter de personas jurídicas y los que responden a la categoría jurídica de entes descentralizados por servicios del orden municipal.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 49 de 1.988 (diciembre 20) expedido por el Concejo de Medellín, "por el cual se crea la Auditoría General de las Empresas Varias de Medellín".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar*

Expediente N° 1574. Actor: Jairo Jimenez Aristizabal.

Se resuelve sobre el recurso de apelación interpuesto por el Auditor General de las Empresas Varias de Medellín, quien tiene el carácter de parte interesada en el presente proceso, contra el auto de 20 de octubre de 1.989 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto en él decretó la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos y abogados GLORIA MARY VELEZ AGUDELO y JAIRO JIMENEZ ARISTIZABAL, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la declaratoria de nulidad del Acuerdo N° 49 de 20 de diciembre de 1.988 "Por el cual se crea la Auditoría General de las Empresas Varias de Medellín", expedido por el Concejo Municipal de esa localidad e impetraron su suspensión provisional. Para este efecto invocaron como normas ostensiblemente infringidas los artículos 190, inciso segundo, y 197, atribución 6a. de la Constitución Nacional, por las razones que la Sala sintetiza así:

a.- De la lectura del artículo 190, inciso segundo, de la Carta Política, se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, por principio general y, excepcional y únicamente por vía legislativa se dispondrá la creación de Contralorías Municipales.

El artículo 2° del Acuerdo N° 49 acusado al crear una Auditoría General de las Empresas Varias de Medellín, "cuyo objeto, según su artículo 8°, es el de '...realizar un efectivo control sobre los bienes, fondos y actividades financieras de las Empresas Varias (Num. 1o. lit. A) y cuyas funciones, entre otras, son las de: Dotar a la Auditoría de los recursos físicos y humanos necesarios para el control fiscal" (Num. 1o., lit. B. aparte 1), "Dictar los reglamentos, procedimientos y normas sobre la manera como los funcionarios de su Departamento llevarán a cabo el control fiscal" (idem), "Velar por el (...) cumplimiento de las normas de orden fiscal..." (idem), "Velar por el control fiscal posterior..." (idem), "Controlar y fiscalizar los contratos..." (idem), "Ordenar visitas e investigaciones y arquezos a las distintas dependencias en donde se manejen o custodien bienes o fondos del Establecimiento" (idem), le está asignado al funcionario que se crea, funciones propias del Sr. Contralor Municipal de Medellín, con quien no está en relación de subordinación, sino de autonomía e independencia, como se desprende del artículo 5° del Acuerdo atacado" obrando así en franca rebeldía contra la norma superior mencionada.

b.- De conformidad con el artículo 197, numeral 6° de la Carta Política, en concordancia con el artículo 307 del Decreto-Ley 1333 de 1.986, especialmente en su numeral 1°, "al tener facultad para elegir los funcionarios que la ley designe, el Cabildo la agota al nombrar al Contralor Municipal de Medellín, quien con arreglo a la segunda de las disposiciones citadas, es el facultado para la fiscalización de las Entidades Descentralizadas del orden municipal, entre ellas las Empresas Varias de Medellín y, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 294 del actual Código de Régimen Municipal, es el Contralor Municipal a quien le corresponde la Administración de su personal subalterno, atribución que conlleva la de nombrar y remover libremente a sus empleados, esto es, designando los Auditores para las Entidades Descentralizadas del orden municipal, cuya vigilancia fiscal le corresponde", al atribuirse al Concejo Municipal la facultad para crear una Auditoría y elegir un Auditor independientes y autónomos para una entidad descentralizada del orden local, aquel ejerció funciones que no le otorgan ni la Constitución ni la ley (fls. 19 a 26).

EL AUTO RECURRIDO

En proveído de 20 de octubre de 1.989, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado (fls. 51 a 55) y en apoyo de la última de las decisiones mencionadas adujo, lo siguiente:

En reiteradas oportunidades, tanto el Tribunal, como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre el asunto materia de controversia y así, el primero en providencia del 19 de noviembre de 1.984, confirmada por el segundo en proveído de junio de 1.989 que acogió los planteamientos de aquél, dijo:

"Ciertamente como lo afirma el demandante no existe norma constitucional ni legal que autorice a los concejos municipales para separar el control fiscal de las entidades descentralizadas con organización y funcionamiento independiente de las Contralorías Departamentales y Municipales".

El Consejo de Estado en un caso similar al ahora controvertido, afirmó que "... auditorías como las intentadas por el Acuerdo riñen con el artículo 190 de la Constitución Nacional y con artículos del Código de Régimen Municipal.

"No le cabe duda alguna a la Sala que existiendo, como existe, una Contraloría Municipal en el Municipio de Pereira, no se puede crear paralelamente y mucho menos como funcionario independiente -Jefe de un Departamento- a un auditor fiscal en empresas descentralizadas del mismo municipio. En efecto: Previene el artículo 190 de la Constitución Nacional en su inciso 2° "que la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a contralorías municipales". A su vez el Título XIV del C. de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1.986 repite en su artículo 3° (sic) la previsión constitucional anterior. El artículo 307 del Decreto 1333 señala las funciones de los Contralores Municipales, así: "1a. Vigilar la gestión fiscal y financiera de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales. 2a. Exigir informe a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal y 3a. Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si se han hecho de acuerdo con las disposiciones vigentes".

"Es así entonces que las Contralorías Municipales a través de su Contralor elegido para un período de dos años y con los requisitos de que da cuenta el artículo 306 del Decreto 1333 de 1.986, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede entonces existir un auditor fiscal paralelo y autónomo en estas últimas.

"El punto sobre si el Concejo debe o no elegir a dicho auditor debe resolverse negativamente y en esto concuerda esta Corporación como lo decidió al respecto el Tribunal. En efecto: 1°. Entre las atribuciones constitucionales de los Concejos está, según el artículo 197, facultad 6a. la de elegir Personeros y Contralores Municipales

cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine. (Acto Legislativo N° 1 de 1.986) atribución que a su vez repite el artículo 92 del Decreto 1333 de 1.986. Es así entonces que ni la Constitución ni la ley contemplan tal potestad en poder del Concejo respecto de los auditores fiscales”.

“La simple alusión o referencia que en la ley 11 de 1.986 (artículos 60 y 62) y el Decreto 1333 (artículos 87 y 101) pudiera hacerse indirectamente a “Auditores elegidos” bajo ningún respecto puede entenderse que consagran la facultad materia de controversia porque de todas maneras la misma debe consagrarse clara, expresamente y de manera indubitable”. (Sentencia de 11 de febrero de 1.989, Expediente N° 870, Consejero Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez).

Como el acto acusado gira en su totalidad en torno a la creación y organización de la Auditoría General de las Empresas Varias de Medellín, aunque conste de diez artículos, siendo aquélla ostensiblemente ilegal procede la suspensión provisional de todo el acto acusado (fls. 51 a 55).

EL RECURSO

El Auditor General de las Empresas Varias de Medellín, como parte interesada en el proceso y reconocido en tal carácter (fl. 78) interpuso recurso de apelación contra el proveído antes citado en cuanto toca con la suspensión provisional y para ello adujo, en resumen, lo siguiente:

a.- La suspensión provisional decretada no produce ningún efecto, por cuanto las normas que en virtud de ella habrían de aplicarse, derogadas por el acto acusado, son de similar contenido a las de éste.

b.- Si bien el artículo 190, inciso 2°, de la Constitución Nacional adscribió a las Contralorías Departamentales el control Fiscal de los Municipios y la posibilidad por vía legislativa de creación de Contralorías Municipales, el artículo 305 del Decreto-Ley 1333 de 1986 desarrolló tal facultad y permitió “a los Concejos Municipales la creación y organización de Contralorías Municipales, que considere necesario dentro de la estructura de la administración (subrayas mías) y que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración en aquellos municipios cuyo presupuesto sea superior de \$50.000.000.00, labor ésta que se enmarca perfectamente en los objetivos de las Empresas Varias de Medellín”.

La Auditoría por su carácter y función es asimilable a las Contralorías de que habla la norma mencionada y debe tenerse en cuenta que por administración debe entenderse la central y la descentralizada y de la última hace parte Empresas Varias de Medellín. De manera que el tener competencia el Concejo Municipal para organizar Contralorías en la Administración Central y descentralizada y satisfecho el requisito atinente al presupuesto del Municipio, el acto expedido se ajusta a la normatividad superior.

En apoyo de los anteriores planteamientos invoca el recurrente el concepto emitido sobre el tema por la Sala de Consulta y Servicio Civil, con fecha 3 de abril de 1.987 (fls. 80 a 85).

CONSIDERACIONES

I. Para efectos de la decisión sobre el recurso interpuesto carece de incidencia el argumento consistente en que al mantenerse la suspensión provisional del acto acusado, las normas aplicables en la materia y que fueron derogadas por éste, contienen similares disposiciones.

En efecto: El control de legalidad desencadenado por la demanda que nos ocupa versa sobre el Acuerdo N° 49 de 1.988 y no sobre las disposiciones que con anterioridad a su expedición y vigencia rigieran la materia. Si éstas últimas se encuentran también afectadas de ilegalidad es asunto que corresponde resolver dentro del proceso en el cual sean ellas la materia de la impugnación.

II. Del artículo 190, inciso segundo, de la Constitución Nacional, se desprende en forma por demás clara que las Contralorías, sean éstas del orden seccional o local son organismos cuyas funciones de control fiscal miran al conjunto de las dependencias y entidades que estructuralmente conforman o hacen parte de la respectiva entidad territorial. No pueden pues crearse organismos de control fiscal paralelos a las Contralorías Departamentales o Municipales con el fin de ejercer dicho control sobre un sector específico de la Administración Departamental o Municipal, así de tal sector hagan parte entes descentralizados por servicios, como es el caso de las Empresas Varias de Medellín.

III. El artículo 307 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley 1333 de 1.986), precisa aún más el sentido, de la disposición antes citada en lo que concierne a las Contralorías Municipales, al preceptuar en su numeral 1. que el Contralor Municipal, además de las atribuciones que le señalen las leyes y los acuerdos del Concejo, tendrá: "Vigilar la gestión fiscal y financiera de la administración municipal y de sus entidades descentralizadas y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales", de donde se desprende, sin lugar a dudas, que es al Contralor, por conducto del respectivo funcionario, a quien compete el ejercicio del control fiscal sobre toda clase de organismos y entidades del respectivo ente Municipal, sin que quepa hacer distinción, para derivar una conclusión distinta, entre aquéllos que no ostentan el carácter de personas jurídicas y los que responden a la categoría jurídica de entes descentralizados por servicios del orden municipal.

Por las razones antes expuestas que evidencian la flagrancia de la violación por el acto acusado, de normas superiores invocadas y al reiterar los planteamientos expuestos por esta misma Sección en providencia anterior, habrá de confirmarse el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

PRIMERO.- Confírmase el auto de 20 de octubre de 1.989, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto decretó la suspensión provisional del Acuerdo N° 49 de 20 de diciembre de 1.988 "Por el cual se crea la Auditoría General de las Empresas Varias de Medellín".

SEGUNDO.- Ejecutoriada la presente providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Proce-
dencia/ ACCION DE NULIDAD- Improcedencia/ RESTABLECIMIENTO AU-
TOMATICO/ TEORIA DE LOS FINES Y LOS MOTIVOS/ NOTIFICACION**

La acción ejercida debe entenderse como la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la pública de nulidad, debido al interés perseguido y al hecho de que la última acción citada no es precedente contra un acto de contenido particular y concreto. Debido a la falta de notificación a los demandantes y de la publicación destinada a los terceros afectados, para ellos no se tiene por hecha la notificación, y sólo puede entenderse producida esa notificación el mismo día de presentación de la demanda.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Prime-
ra.- Bogotá, D.E., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).*

Referencia : Expediente No. 1527. Actor : Fundación para la Defensa del Inte-
rés Público - FUNDEPUBLICO- y otro.

El ciudadano Germán Sarmiento Palacio, en calidad de representante legal de la Fundación para la Defensa del Interés Público, FUNDEPUBLICO, y en su propio nombre, demanda, en acción pública la nulidad de los arts. 1o. a 4o. de la Resolución No.02433 de 7 de marzo de 1990, por lo cual el Director de Saneamiento Ambiental del Ministerio de Salud concede "autorización sanitaria provisional de funciona-
miento parte aire por el término de 36 meses a la empresa Alcalis de Colombia, Alco Ltda., ubicada en la carretera a Zipaquirá, Cajicá".

Por tratarse del ejercicio de la acción pública de nulidad contra un acto de contenido particular, como que se trata de una autorización otorgada a una persona privada debidamente individualizada, para efectos de proveer sobre la admisión de la demanda el Despacho tendrá en cuenta lo expresado por la Sección Primera de la Corporación en auto del 2 de agosto de 1990, del que fue ponente el Consejero Pablo

J. Cáceres Corrales, proferido dentro del expediente No. 1482. Actor : Oswaldo Cetina Vargas. Dijo en aquella ocasión la Sala :

"1.- El ejercicio de la 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 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 exegética, 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 enjuiciada" 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 los 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 ajustaban 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 1.961 se dictó en un proceso de nulidad que buscaba el establecimiento 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 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 1.961. 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 1.979. 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 comunmente 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 considere 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 1.961 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 1.961, la ilimitada extensión de esa 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 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 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 al 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 puramen-

te 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 transtorna 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 1.941, Código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1.961, 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 1.941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1.989, 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 facultad 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. Ibidem).

"c. - Los contenciosos de nulidad de los nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación. en 1.975 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 1.953 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 1.988. 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 (arts. 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 1.953) actúa en representación de la Nación y su demanda puede ser incoada a instancias o sugerencias de personas particulares que tienen 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 1.953) 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 normatividad sustancial y procesal colombiana. (Cfr. Ley 135 de 1.961, 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 1.961 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 acto 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. Únicamente en la vía jurisdiccional pueden, dentro de nuestro sistema jurídico desaparecer esos reconocimientos que el Poder público hace de las situaciones y derechos individuales.

"El uso de la acción regulada por el inciso 2o. del artículo 136 (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derechos y de contenido particular, porque si fuere 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 sus 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 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. 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, por ello, 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 solo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba 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 impugnarán 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 vertebra el derecho colombiano y lo 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".

Dentro del marco de lo anteriormente transcrito el Despacho destaca lo siguiente en relación con el caso sub judice.

a) Se trata, como se expresó al comienzo, de una acción ejercida contra un acto de contenido particular y concreto (Resolución No. 02433 de 1.990, por la cual el Director de Saneamiento Ambiental del Ministerio de Salud concede "autorización sanitaria provisional de funcionamiento parte aire por el término de 36 meses a la empresa Alcalis de Colombia, ALCO LTDA ...").

b) La acción es ejercida por el ciudadano Germán Sarmiento Palacio, en calidad de representante legal de la Fundación para la Defensa del Interés Público - FUNDEPUBLICO - y, además, en su propio nombre.

c) La parte demandante aduce como legitimación para ejercer la acción de nulidad el hecho de que la Resolución acusada "afecta a personas indeterminadas" y además, porque la persona natural demandante "está directamente afectada por la Resolución, por cuanto reside en la zona de influencia de la contaminación aérea" (fl. 37).

d) De acuerdo con la copia auténtica del acto acusado que obra al folio 1 del expediente, la Resolución demandada solo aparece notificada personalmente el 26 de marzo de 1.990 a Marta Garcés, de quien se desconoce su interés y calidad con que actuó.

e) No aparece constancia de que los demandantes (Fundación para la Defensa del Interés Público y Germán Sarmiento Palacio) hayan sido notificados personalmente del acto acusado, ni que este haya sido publicado a fin de notificar a los terceros directamente afectados que no hayan intervenido en la actuación, de conformidad con lo previsto en el art. 46 del Decreto 01 de 1.984.

Con fundamento en lo anterior y sobre la base del poder reconocido al juez administrativo por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para interpretar la demanda y darle el trámite que legalmente le corresponda, el Despacho considera lo siguiente:

a) A pesar de que la parte demandante aduce como legitimación para ejercer la acción de nulidad las circunstancias indicadas en el literal c) anterior, en el fondo está persiguiendo un restablecimiento del derecho, de aquellos que la jurisprudencia ha denominado "restablecimiento automático", que se obtiene como consecuencia directa de la declaratoria de nulidad. En el caso presente ese restablecimiento está dado por la eliminación de los efectos del acto respecto de las personas demandantes, así: respecto de la Fundación para la Defensa del Interés Público, porque el acto tiene que ver con el objetivo general que se desprende de la misma denominación de dicha fundación; y respecto del ciudadano Germán Sarmiento Palacio, por ser residente de la zona afectada por la posible contaminación.

b) Como consecuencia de lo anterior la acción ejercida debe entenderse como la nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el art. 85 del C.C.A. y no la pública de nulidad prevista en el art. 84 del mismo estatuto, debido al interés perseguido y al hecho de que la última acción citada no es procedente contra un acto de contenido particular y concreto como el demandado, de acuerdo con la posición de la Sala asumida en la jurisprudencia transcrita al comienzo de esta providencia.

c) La acción ha sido ejercida dentro del término legal de caducidad de cuatro meses, ya que debido a la falta de notificación a los demandantes y de la publicación destinada a los terceros afectados, para ellos no se tiene por hecha la notificación, al tenor de lo provisto en el art. 48 del C.C.A. y solo puede entenderse producida esa notificación el mismo día de presentación de la demanda.

d) Para el presente caso no es requisito el agotamiento previo de la vía gubernativa, ya que el hecho de no haberse notificado el acto a los demandantes y el no

haberles permitido intervenir en la actuación, se traduce en que las autoridades administrativas no les dieron la oportunidad de interponer los recursos, al tenor de lo dispuesto en el tercer inciso del art. 135 del C.C.A.

e) La demanda reúne los requisitos de forma exigidos en la ley.

f) El Consejo de Estado es competente para conocer de esta demanda, en única instancia, por tratarse de un proceso de restablecimiento del derecho que carece de cuantía, en el cual se controvierte un acto administrativo del orden nacional (art. 128, numeral 3) del C.C.A.).

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho

DISPONE :

Admitir la anterior demanda y, en consecuencia:

a) Tener a la Fundación para la Defensa del Interés Público - Fundepúblico - y al ciudadano Germán Sarmiento Palacio, como integrantes de la parte actora.

b) Tener como partes demandadas a la Nación, representada por el Ministerio de Salud y a la sociedad Alcalis de Colombia Ltda.

c) Notificar personalmente esta providencia tanto al Fiscal Primero de la Corporación, como al Ministro de Salud y al representante legal de la sociedad Alcalis de Colombia Ltda.

d) Hacer la fijación en lista por el término y para los efectos previstos en el numeral 5) del artículo 207 del C.C.A.

e) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A. y del Decreto Reglamentario No. 2887 de 1.989, en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso deberá el demandante depositar la cantidad de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a Secretaría.

f) Ordenar el envío por parte del Ministerio de Salud, de los respectivos antecedentes administrativos, los cuales será remitidos con destino a este expediente dentro de los diez días siguientes al de recibo de la respectiva solicitud.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESUPUESTO DE RENTAS/ ENTIDADES TERRITORIALES/ RENTA BRUTA/ PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL PRESUPUESTO

Resulta difícil sacar adelante la teoría según la cual, el ejecutivo se apropió de las funciones estipuladas en la Constitución en favor de las Asambleas y de los Concejos para "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos" al señalarle en el decreto demandado a los Secretarios de Hacienda la tarea de "determinar" el porcentaje, que no puede equipararse, sin incurrir en impertinente distorsión interpretativa, a la de "expedir el Presupuesto", siendo lo primero irrelevante para lo segundo y cumpliendo ello una mera labor de organización que no trasciende de lo que el vocablo semánticamente significa. Una cosa es el principio de la universalidad como concepto genérico de orientación para los servicios o actividades de la nación o de las entidades a las que específicamente se refiere la ley normativa del presupuesto, y otra, la disposición concreta que se refiere a la administración de la renta bruta de las entidades territoriales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : *Dr. Rodrigo Vieira Puerta,*

Referencia: Expediente No. 1349. Decretos del Gobierno. Actor: Carlos Julio Manzano Ocampo

El ciudadano Carlos Julio Manzano Ocampo, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, formuló ante esta Corporación demanda con el fin de obtener la nulidad de los artículos 3o.,

4o. y 5o. del Decreto 3040 de 1.982 dictado por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Los HECHOS son presentados así por el actor:

1.- El Gobierno Nacional, en atributo de los mandatos constitucionales procedió a dictar el Decreto 3040 de 1.982, "Por el cual se dictan disposiciones tendientes al exacto recaudo y administración de las rentas y caudales públicos".

2.- Dentro del contexto del mencionado decreto se dictaron los artículos 3o., 4o. y 5o., objeto de esta demanda en la cual pretendo probar la inconstitucionalidad de los citados artículos.

Los artículos violatorios a la letra dicen:

"Art. 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 órdenes (sic) de las Tesorerías correspondientes las sumas causadas por tales conceptos dentro del término que señalen las respectivas normas".

"Art. 4o. La renta bruta de las entidades territoriales está constituida por la suma de los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente hayan ingresado a las tesorerías regionales durante la respectiva vigencia Fiscal, menos los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como, los gastos de administración, recaudos, etc."

"Art. 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 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".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones de orden superior:

Artículos 55; 120 numeral 11; 183, 187 numeral 7o., 197 numeral 5o. de la Constitución Nacional.

Artículos 7 y 11 de la Ley 38 de 1.989.

Considera el actor que los artículos 4o. y 5o. del Decreto 3040 de 1.982 viola el

artículo 55, "principio constitucional sobre el cual se enmarca nuestra democracia como lo es el de la separación de los poderes públicos" al apropiarse el Gobierno Nacional de funciones que sólo le corresponden al Congreso de la República, como son: a) La de definir el concepto de renta bruta y b) La de fijar las rentas. Tales funciones, según el demandante, están establecidas en la C.N. en los arts. 210 numeral 11; 187 numeral 7 y 197 numeral 5.

El numeral 11 del artículo 120 se considera igualmente violado en cuanto el artículo 4o. define un concepto de renta bruta "en total contradicción a la normatividad vigente" (Ley 38/89 Arts. 7o. y 11o.). La facultad de definir los rubros y conceptos integrantes de los presupuestos nacionales es función de la rama Legislativa, en virtud de la facultad constitucional establecida en el inciso 1o. del artículo 210 de la Constitución Nacional que a la letra dice:

"El Congreso establecerá las rentas nacionales y fijará los gastos de la administración. En cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa, se expedirá el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones".

A este propósito, la Ley 38 de 1.989 expedida por el Congreso, "estableció el nuevo estatuto orgánico del presupuesto nacional asumiendo en esta, la función de definir los diferentes componentes del presupuesto dentro del cual se contemplan las rentas e ingresos de la Nación y sus entidades territoriales".

Manifiesta además el demandante que, habiendo dictado el Ejecutivo Nacional el artículo 5o. en virtud de las atribuciones consagradas en el Art. 120 numeral 11 de la Constitución Nacional, se extralimitó en la facultad conferida de cuidar la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos y decretar sus funciones con arreglo a las leyes. Se apropió además, agrega, de una función que corresponde a los departamentos y municipios. "función estipulada en la Constitución Nacional en los Arts. 187 Num. 7o. y 197 Num. 5o.", siendo ésta, según la exposición del actor, la violación que él denuncia de las normas constitucionales enunciadas ya que resulta inadmisibles y "extralimitatorio" de sus funciones, atribuirle esta función a las respectivas Secretarías de Hacienda de las citadas entidades.

Respecto a su denuncia sobre la agresión que el acto administrativo demandado causa al artículo 183 de la Constitución, manifiesta al actor que el artículo 5o. al determinar que la ejecución de las medidas cautelares decretadas sobre las rentas de las entidades descentralizadas 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" establece en esta última parte, "una excepción adicional a la observada en el artículo 684 Ord. 30 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice que son inembargables las dos terceras partes de la renta bruta de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, no estableciéndose ni en la Constitución ni en la Ley una limitante adicional". Esto, según el accionante, contradice el artículo 183 de la Carta en el que se establece la igualdad de derechos en el tratamiento con los bienes de los particulares.

Finalmente, al denunciar la violación de los artículos 7 y 11 de la Ley 38 de 1.989 por parte del artículo 4o. del Decreto 3040 de 1.982 dice que éste está infringiendo la definición de las rentas y el principio de la universalidad de los presupuestos consagrados en dichos artículos. En la definición de renta bruta contemplada en el artículo 4o. del Decreto demandado, según el libelista, "no se consagran en este los recursos de capital y los ingresos de otras entidades descentralizadas y por otra parte se establecen en ésta unas deducciones de la totalidad de los ingresos, las cuales se presentan unas en forma nominadas (gastos de administración, recaudo) y otras innominadas (sic) (etc.); estas deducciones violan flagrantemente la definición de rentas consagradas en el Art. 7o. y en especial, el principio de la universalidad consagrado en el artículo 11 de la Ley 38/89 que establece en su aparte final la no deducción de ningún costo, gasto o egreso para mantener el principio de la universalidad en los estimativos de los ingresos y el cálculo de las rentas". Avala el actor su defensa del principio de la universalidad citando otras disposiciones presupuestales en las que ha sido reiterativamente consagrado.

LA SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda, se había solicitado la suspensión provisional de los artículos 4o. y 5o. del Decreto cuya nulidad parcial se pide. La Sala denegó tal petición al considerar que,

"A primera vista no parece deducirse del texto de las normas acusadas del Decreto 3040 de 1.982 quebranto de precepto constitucional o legal de estirpe superior señalados como infringidos para los fines de la suspensión provisional, siendo evidente que la comparación de esas disposiciones no acusa contradicción alguna entre ellos".

El auto admisorio de la demanda fue notificado como lo dispuso el artículo 150 del decreto 2304 de 1.989. La demanda no fue contestada.

LA VISTA FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, al rendir el concepto sobre el caso *sub-lite*, ha confrontado las normas señaladas por el actor como violadas por el Decreto demandado, con el Decreto mismo, para concluir que se constata en éste "una reglamentación más que genérica (lo común a muchas especies, lo propio de esa naturaleza, grupo, clase, especie u orden) y propia (específica a su fin, conforme, adecuada y conveniente) como lo es, la atinente en donde se deberán consignar por los deudores los dineros de los Departamentos y los Municipios, la constitución de la renta bruta: por "la suma de los ingresos **obtenidos a cualquier título....**", menos los elementales costos causados en dicha operación....". Estima el colaborador Fiscal que en la

disposición demandada no se están reglamentando competencias propias de las Asambleas y, menos, estableciéndose limitaciones al recaudo de rentas, razones que lo llevan a considerar, entre otras, que no deben prosperar las pretensiones del actor.

CONSIDERACIONES

En seguimiento del mismo orden expositivo del nulidisciente en el capítulo referente al concepto de la violación, se examinarán en esta parte considerativa las normas superiores por él denunciadas como agredidas por el Decreto cuya nulidad parcial solicita.

a) La primera de ellas es el artículo 55 de la Constitución Nacional cuyo texto dice:

"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". (Acto Legislativo Número 1 de 1.945, artículo 6o.).

Alega el demandante que este precepto es violado por los artículos 4o. y 5o. del Decreto 3040 de 1.982 "al apropiarse el Gobierno Nacional de funciones que sólo le corresponden al Congreso de la República", siendo tales funciones la de la definición de la renta bruta y la de fijar las rentas, las cuales están establecidas en los artículos 210, numeral 11; 187 numeral 7; y 197 numeral 5, todos de la Constitución Nacional.

Al analizar las disposiciones citadas de la Carta, no se ve cómo se defina en ellas el concepto de renta bruta. Así, el artículo 210 el cual, valga la aclaración, no tiene numerales, habla de la función del Congreso de establecer las rentas nacionales y de fijar los gastos de la administración, de la prohibición para el Congreso de aumentar cómputos de las rentas y otros rubros, así como de la inclusión de partidas en la ley de apropiaciones. Los numerales 7 y 5 de los artículos 187 y 197, respectivamente, señalan lo que corresponde a las asambleas y a los concejos en cuanto a la expedición de los presupuestos. La expresión "renta bruta" no hace parte del contexto de estas prescripciones constitucionales y, menos aún, es definido en ellas, no puede decirse entonces que les esté siendo arrebatada una peculiaridad que no ostenta. Y, en cuanto a la fijación de las rentas, es apenas obvio que el actor se haya preocupado solo por enunciar el cargo ya que no hay ni siquiera un término en los artículos 4o. y 5o. del Decreto en análisis que hagan conjeturar la fijación de rentas que él no sustenta para demostrar que el poder ejecutivo, al expedirlo, está violando la competencia que le demarcan la Constitución y las Leyes. No prospera consecuentemente, el cargo de agresión de artículo 55 de la Carta.

El desborde o ilegalidad del Decreto enjuiciado, en la voz del libelista, como quebranto a los canones invocados, devendría entonces por la concepción de renta

bruta o fijación de rentas, concreta y específicamente en ellos contemplados. Al no contener noción alguna de aquella y éstas, no pueden resultar transgredidas.

b) Otra de las normas superiores supuestamente transgredidas con el acto demandado, es el artículo 120 numeral 11 de la Constitución Nacional.

El texto constitucional aludido es el siguiente:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa:

"...

"11) Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes;..."

El accionante arguye que este mandamiento es rebasado por el artículo 5o. del Decreto 3040 de 1.982 en la parte que seguidamente se subraya:

"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 extralimitación alegada, consistiría en que se está reglamentando el proceso de ejecución, modificación que sólo podría hacerla el Congreso y que, además, el ejecutivo se está apropiando de una función que solo le corresponde a los Departamentos y Municipios, de acuerdo con los artículos 187 y 197, numerales 7 y 5, respectivamente, de la Constitución Nacional.

En primer lugar, no encuentra la Sala lógica la deducción de que la previsión decretal para el control administrativo de las rentas y caudales públicos, pueda causar desmedro al proceso de ejecución o ser limitante o modificadorio del mismo. No se están dictando normas para el juez que conduce el proceso respectivo; no se están modificando, aumentando o disminuyendo los porcentajes susceptibles de embargo; se está, simplemente, ordenando que el porcentaje de esa renta bruta permitido por la ley, sea previamente determinado por la Secretaría de Hacienda, entendiéndose por esa "determinación" la concreción informativa de la suma disponible sin que ésta sea susceptible de modificación alguna por parte del respectivo funcionario. Es ésta la filosofía que orienta el Decreto *sub iuris* sin que ello signifique el propositario, pues de serlo, estaría sometido igualmente a juzgamiento como violatorio del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución. Sólo se busca, como se dice en los considerandos de la misma disposición presidencial, "coadyuvar al fortalecimiento de la situación fiscal de las entidades territoriales mediante la determinación de mecanismos adecuados para el efectivo recaudo de los caudales y rentas que les pertenecen", y con la invocación de un título legal para tal proceder, Decreto 1926 de 1.975.

En segundo lugar, resulta muy difícil sacar adelante la teoría según la cual, el ejecutivo se apropió de las funciones estipuladas en la Constitución en favor de las Asambleas y de los Concejos para "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos" al señalarle a los Secretarios de Hacienda la tarea de "determinar" el porcentaje, que no puede equiparse, sin incurrir en impertinente distorsión interpretativa, a la de "expedir el Presupuesto", siendo lo primero irrelevante para lo segundo y cumpliendo ello una mera labor de organización que no trasciende de lo que el vocablo semánticamente significa: "indicar con precisión" (Diccionario Larousse); fijar los términos de algo; es decir, hacer formal publicación del "haber" presupuestal.

No se encuentran, por tanto, probadas las violaciones a los artículos 120 numeral 11, 187 numeral 7 y 197 numeral 5 de la Constitución Nacional por parte del artículo 5o. del Decreto 3040 de 1982.

c) Dice el actor que el artículo 5o. *ibídem*, es también violatorio del artículo 183 del ordenamiento constitucional. El texto de la norma reza:

"Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades". (Acto Legislativo Número 1 de 1.968, art. 54).

El demandante ataca el artículo 5o. del Decreto cuestionado en cuanto establece "una excepción adicional a la observada en el artículo 684, ord. 30 (sic) del Código de Procedimiento Civil, cuando dice que son inembargables las dos terceras partes de la renta bruta de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, no estableciéndose ni en la Constitución ni en la Ley una limitante adicional"; y entiende esa previa determinación por parte de la Secretaría de Hacienda, como una limitación más a la ejecución de las medidas cautelares.

En realidad, el mandato constitucional garantiza para los bienes y rentas de las entidades territoriales un tratamiento igual al que corresponde a los bienes de la propiedad privada; y es también cierto que el artículo 684 del C. de P.C. en el ordinal tercero, que no treinta como lo dice el libelista, dice que son inembargables las dos terceras partes de la renta bruta de esas entidades territoriales. Pero no obsta ello el cumplimiento de la obligación que tiene el Gobierno, obedeciendo igualmente la Constitución, de cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos sin que ello constituye a una limitación más a la ejecución de las medidas cautelares por las razones que ya se expusieron en el párrafo b) de este capítulo de consideraciones. En forma alguna, se reitera, la "previa determinación por la correspondiente Secretaría de Hacienda" constituye una autorización para que la dicha determinación sea distinta a la que legalmente corresponda. La diligencia de marras es una mera indicación precisa, un aval, por parte del funcionario departamental. Allí, en el mandamiento cuestionado no se

introduce, se repite, excepción adicional alguna. Es por tanto una reclamación improcedente la que hace el accionante basado en esta norma constitucional.

d) Además de las normas constitucionales precedentemente analizadas, denuncia el actor el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1.982 como agresor de la definición de las rentas y del principio de la universalidad de los presupuestos, consagrados en los artículos 7 y 11 de la Ley 38 de 1.989.

Aduce el libelista que en la definición de la renta bruta que contempla el artículo 4o. mencionado, no se consagran los recursos de capital y los ingresos de otras entidades descentralizadas. Es dable entonces, a este respecto, citar la primera parte de dicha norma que la letra dice:

"La renta bruta de las entidades territoriales está constituida por la suma de **los ingresos obtenidos a cualquier título** (la subraya no es del texto) que efectivamente hayan ingresado a las tesorerías regionales durante la respectiva vigencia fiscal..."

No se requiere una meditación muy profunda para arribar a la intelección de que en la frase "los ingresos obtenidos a cualquier título" está el Decreto discutido comprendiendo los recursos de capital y los ingresos de otras entidades descentralizadas. El artículo concluye diciendo: "...menos los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc.". No se ve, ni lo explica el actor, por qué con esta determinación se violenta ostensiblemente la definición de las rentas y el principio de la universalidad consagrado en los artículos 7 y 11 de la ley 38 de 1.989. Veamos:

La primera de las normas mencionadas señala las partes de las que se compone el Presupuesto General de la Nación a saber: a) El Presupuesto de Rentas; b) El Presupuesto de Gastos o Ley de apropiaciones; y c) Disposiciones Generales. Dónde está el choque de la norma cuestionada con la composición, consagrada en el art. 7o. de la Ley 38/89, del Presupuesto General de la Nación?

La segunda, el artículo 11, habla de los "estimativos de ingresos" que deben incluir "el total de los provenientes de impuestos, rentas, recursos y rendimientos por servicios o actividades de la Nación o de las entidades y organismos contemplados en el artículo 2o. del presente Estatuto y todos los recursos de capital que aquellas y éstos esperen recibir o reciban, durante el año fiscal sin deducción alguna". Cuál es la relación de este principio de universalidad del sistema presupuestal con el concepto de la renta bruta de las entidades territoriales que se aprecia en el artículo 4o. que se está juzgando?. Absolutamente ninguno. Una cosa es el principio de la universalidad como concepto genérico de orientación PARA LOS SERVICIOS O ACTIVIDADES DE LA NACION O DE LAS ENTIDADES a las que específicamente se refiere la Ley normativa del presupuesto, y otra, la disposición concreta que se refiere a la administración de la renta bruta de las entidades territoriales.

SECCION PRIMERA

Pero, sobre todo lo anterior, existe una protuberante razón que impide que las normas citadas de la Ley 38 de 1.989 puedan ser violadas y que hace innecesarias las anteriores y cualesquiera otras apreciaciones al respecto:

La razón primordial, es la insólita pretensión de hacer pasar como violadas por un Decreto expedido en 1982, normas superiores que fueron dictadas siete años después, en 1989.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, después de oír el concepto del señor Agente del Ministerio Público y estando de acuerdo con él,

FALLA :

SE NIEGAN las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintidos (22) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villár, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

COLDEPORTES-Facultades/ RECONOCIMIENTO DEPORTIVO/ PERSONERIA JURIDICA

En la formulación de cargos se incurre en una mixtura entre los fenómenos de reconocimiento deportivo y personería jurídica, susceptible de generar confusión, como que los preceptos enjuiciados sólo dicen relación a la figura del reconocimiento deportivo por parte de Coldeportes. Al no contener, por modo, las normas encausadas, prevención de revocatoria o cancelación de personerías jurídicas, como que ellas, gravitan sobre el reconocimiento, limitándose el párrafo acusado a prescribir la comunicación a la autoridad que otorgó esa personería, el mandamiento superior no queda vulnerado.

DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO/ DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

En el ámbito del derecho disciplinario, la contravención o falta, como presupuesto causal, conlleva como secuela la imposición de típicas medidas como la multa, la suspensión, la destitución, En el derecho administrativo y en cuanto dice relación a la manifestación de voluntad administrativa, su desustanciación, esto es la pérdida de su aplicabilidad, de su obligatoriedad, de la oposición con mandamientos jurídicos superiores, culmina, en su caso, con medidas típicamente administrativas y ajenas definitivamente a una significación penal, como lo constituye la revocatoria, reglada por los artículos 69 a 73 del C.C.A. Resulta entonces equivocado calificar la susodicha revocatoria de un acto administrativo, como el otorgado por las Juntas Administradoras Seccionales como sanción punitiva, cuando, por ministerio de la ley esa medida, que es una consecuencia particularmente prevista para las manifestaciones de voluntad administrativa y por las causales especiales normadas, determina la desaparición o extinción de aquél.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta,*

Referencia: Expediente No. 1123. Decretos del Gobierno. Actor: Cesar Castro Perdomo.

Entra la Sala a decidir la solicitud de nulidad que, en acción de ciudadano impetrara, en escrito de 13 de febrero de 1.989, el Dr. César Castro Perdomo, y en forma parcial, contra el artículo 9º y parágrafo 11 del Decreto Reglamentario 515 de febrero 17 de 1.986.

ACTO ACUSADO

Como se ha anotado, materia del presente proceso lo constituye el Decreto Reglamentario 515 de febrero 17 de 1.986 "Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2845 de 1.984 y se dictan disposiciones sobre el deporte, la educación física y la recreación", dictado por el señor Presidente de la República en ejercicio de lo previsto en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Las previsiones normativas, materia de enjuiciamiento se circunscriben en el libelo demandatario:

Artículo 9o. en la parte que prescribe:

"...y podrá ser suspendido o revocado definitivamente cuando se compruebe que el organismo deportivo reconocido no cumple sus fines, o las disposiciones legales, estatutarias o reglamentarias. La providencia mediante la cual se suspende o revoca definitivamente el reconocimiento deportivo deberá motivarse y, contra ella procede el recurso de reposición".

El parágrafo del artículo 11 se demanda "...pero solo en la parte que está subrayada."

"PARAGRAFO.- Del resultado de la visita se informará a la autoridad que otorgó la personería jurídica, el director del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES) o el de la Junta administradora seccional de deportes correspondiente, para lo de su competencia y, **especialmente para que verifique si es preciso suspender o revocar definitivamente el reconocimiento deportivo que les corresponde otorgar a dichas entidades.**"

NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE DESACATO

Como mandamientos jurídico-positivos de rango superior que el libelista estima conculcados por el ordenamiento decretal cita e invoca: Artículo 10 del Decreto

Extraordinario No. 2845 de 1.984. Artículo 28 de la Constitución Nacional. Artículo 332, inciso 3o. del Código de Procedimiento Civil.

IMPUGNACION

En memorial de octubre 4 de 1.989, el ente demandado, a través de mandatario judicial impugnó la demanda incoada oponiéndose a las pretensiones en la misma formuladas, solicitando *in fine* del respectivo escrito:

"Teniendo en cuenta los argumentos y razones expresados en este escrito frente a los hechos y presuntas violaciones argumentadas por el actor contra las normas demandadas, manifiesto a los HH. Consejeros que mi representado, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte -COLDEPORTES- se opone a las pretensiones de la demanda, bajo la consideración general de que las normas acusadas fueron expedidas de acuerdo con los ordenamientos jurídicos a que estaban sometidas, por lo cual deberá ratificarse la presunción de legalidad de que ellas están investidas. En consecuencia, solicito que se rechacen las pretensiones de la demanda y se ordene el archivo del expediente."

CONCEPTO FISCAL

El Sr. Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo considera que "...no deben prosperar las súplicas de la demanda..".

HECHOS

Como antecedentes administrativos, configurativos de la *causa petendi*, se expone en el escrito demandatario los siguientes:

"1. El legislador extraordinario expidió el Estatuto Orgánico del deporte, la educación física y la recreación, mediante la expedición del Decreto Extraordinario No. 2845 de 1.984 (Noviembre 23)".

"2. Aquel estatuto había previsto en su artículo 29 que el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes) otorgaría la personería jurídica a los organismos deportivos".

"3. El Parágrafo del mismo estatuto determinaba que el Gobierno fijara los requisitos para otorgarlas y las causales para suspender o cancelar la respectiva personería jurídica".

"4. El estatuto orgánico del deporte en su artículo 10 instituyó el reconocimiento deportivo para que los clubes deportivos pudieran desarrollar sus actividades sociales y cívicas".

"5. Pero resulta que en relación a lo relativo a las personerías jurídicas de los organismos deportivos, el artículo 29 y el Parágrafo de este fueron declarados inconstitucionales por la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia número 61 de 1.985 de agosto 15 de 1.985 en la que fue ponente el Doctor Ricardo Mediná Moyano (qepd) y actor el ciudadano Cesar Castro Perdomo".

"6. El estatuto orgánico en ninguna parte erigió las causales de suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo, ni estableció ninguna prohibición sobre el particular".

"7. Aquel estatuto tampoco estableció la pena disciplinaria de suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo".

"8. Sin embargo, el Gobierno Nacional mediante el Decreto demandado, con desviación de poder al reglamentar el Estatuto Orgánico (Decreto Extraordinario 2845 de 1.984) suplantó al legislador: porque instituyó la pena disciplinaria de suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo y reiteró lo mismo sobre las personerías jurídicas y porque instituyó unas causales para esas suspensiones o revocatorias".

"9. En consecuencia las normas acusadas son nulas y deben suspenderse provisionalmente porque violan el Estatuto Orgánico del Deporte, la educación física y la recreación y además el artículo 28 de la Constitución Nacional sobre legalidad de las penas y de las sanciones y también la cosa juzgada".

"10. Al incoar esta acción pretendo salir en defensa del orden jurídico que estimo quebrantado".

ACTUACION SURTIDA

Con el escrito de demanda, el actor solicitó la declaratoria de la medida precautelar de la suspensión provisional, la que fuera atendida por el conductor procesal en providencia de marzo 1o. de 1.989, como se advierte del párrafo segundo de la parte resolutive en lo que fuera materia de solicitud, y disponiendo la admisión de la demanda.

En memorial de 18 de mayo del precitado año, la entidad demandada, por intermedio de apoderado interpuso recurso de súplica "...contra el auto de fecha 1o. de marzo de 1.989, mediante el cual el H. Consejero Ponente admitió la demanda de nulidad parcial del artículo 9o. y del parágrafo del artículo 11 del Decreto Reglamentario No. 515 expedido por el señor Presidente de la República, el 17 de febrero de 1.986, y decretó la suspensión provisional de las disposiciones citadas, de acuerdo con los siguientes términos: "Objeto del Recurso: El Recurso interpuesto tiene como objeto y finalidad el que se revoque el ordinal 2o. de la parte resolutive, dictado por el Consejero Ponente....".

Tramitado que fuere el medio de impugnación aludido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, en proveído de agosto 25 de 1.989, acogiendo los razonamientos consignados en escrito del recurso, resolvió revocar el ordinal segundo del auto duplicado.

IMPEDIMENTO

En escrito de 26 de febrero de 1.990 el Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, dirigido al ponente en el presente proceso, pone en conocimiento su impedimento para conocer del prementado asunto, fundado en la causal 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aceptado en providencia de 23 de marzo del mismo año y disponiendo la respectiva diligencia de sorteo de conjuer la cual se lleva a efecto el 24 de abril siguiente, resultando electo el dr. Luis B. Flórez Suárez, quien ante el Sr. Presidente de la Sección Primera, toma posesión del cargo el día 18 de mayo del mismo año.

CONSIDERACIONES :

Núcleo central del enjuiciamiento instaurado contra las disposiciones especificadas del Decreto Reglamentario 0515 de 1.986, gravita sobre las situaciones que, en síntesis, la Sala se permite puntualizar:

1o.) Vulneración del Decreto-Ley 2845 de 1.984, particularmente en su mandamiento 10, que en parte alguna de sus previsiones incorpora la suspensión o revocación del reconocimiento deportivo, como tampoco sobre la suspensión o definitiva cancelación de la personería jurídica de los clubes profesionales, en tanto que, el ordenamiento decretal cuestionado, con desviación de poder, los estatuye y norma.

En idéntica línea de acusación, se transgrede el numeral 3o del canon 120 del Código Político, por cuanto en ausencia de facultad para reglamentar lo relacionado con las prementadas figuras de suspensión y revocatoria de aquellas situaciones, es decir, reconocimiento y personería jurídica, la disposición reglamentaria los incluye expresamente.

Así se explicita del texto demandatorio, en lo pertinente:

"...el legislador extraordinario únicamente autorizó a las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes para conceder el reconocimiento deportivo a los clubes deportivos profesionales para desarrollar sus actividades pero no las autorizó para decretar la suspensión o la revocatoria de este reconocimiento....".

"En consecuencia, el Gobierno Nacional al reglamentar el Decreto Extraordinario 2845 de 1.984, ...y al hacer uso del numeral 3° del 120 de la Constitu-

ción como el mismo Gobierno lo manifiesta en el Decreto 515 de 1.986, no solo se excedió en el uso del poder reglamentario sino que violó el mismo decreto 2845 de 1.984 que quiso reglamentar, al desviar su poder reglamentario para un fin no previsto en la ley extraordinaria...”.

2o.) Desacato al canon 28 de la Carta, con causa a que el Decreto demandado prescribe, sin poder jurídico para hacerlo, las penas de suspensión o revocatoria del reconocimiento, sin que exista mandato legal ordinario o extraordinario que le sirvan de sustento jurídico-positivo.

“...El concepto de violación lo hago consistir en que mientras el constituyente garantiza la legalidad de las penas y los delitos, al establecer que nadie podrá ser penado sino mediante previa ley en que se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente, en cambio las disposiciones demandadas que no están incorporadas dentro de una ley ordinaria o extraordinaria, sino en un simple decreto reglamentario, pretenden y ordenan la pena disciplinaria a los Clubes Deportivos de la suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo por unos hechos que él reglamentó por sí y entre sí, crea sin ninguna facultad el Estatuto Orgánico del Deporte, la educación y la recreación”.

3o.) Desatención a lo preceptuado por el inciso 3o. del artículo 332 del Estatuto de Enjuiciamiento Civil, por entrar en franca contradicción con el principio de la *res judicata pro veritate habetur*, originada de la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de Agosto de 1.985, por la cual fuera declarado inexecutable el artículo 29 del Decreto 2845 de 1.984, sobre personería jurídica de los organismos deportivos.

“... El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia ...declaro inexecutable el artículo 29 y su Parágrafo del Decreto Extraordinario No. 2845 de 1.984, sobre personerías jurídicas a los Clubes Deportivos y decretó con toda la fuerza de una ley jurisdiccional que el Gobierno no podía inmiscuirse en lo relativo a las suspensiones y cancelaciones de las personerías jurídicas de los clubes deportivos profesionales, en cambio, las normas demandadas violan ostensiblemente la prohibición hecha por la H. Corte Suprema de Justicia y desconocen sus consecuencias jurídicas”.

Examinado con el debido detenimiento el contenido de los cargos concretados por el actor, es incuestionable que en su formulación se incurre en una mixtura entre los fenómenos de reconocimiento deportivo y personería jurídica, susceptible de generar confusión, como que los preceptos enjuiciados solo dicen relación a la figura del reconocimiento deportivo, lo que sin lugar a dubitación alguna se evidencia de los textos del Decreto Reglamentario, cuando en la norma 9a. se introduce el contenido con la proposición: “El reconocimientos deportivo que otorguen los directores del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes)...” y con igual sentido de exclusión de revocatoria o suspensión alguna en relación con la susodicha

personería jurídica, ha de considerarse la regla del parágrafo al numeral 2o. del artículo 11 acusado, porque en realidad lo que allí se prevé es la comunicación "...a la autoridad que otorgó la personería jurídica....", como resultado de la inspección, vigilancia y control de los organismos deportivos previstos en el artículo 10 *ibidem*, pero no, ha de repetirse, determinan la suspensión o revocatoria de ese status de persona jurídica.

En la disposición misma correspondiente el artículo 10 del Decreto 2845 de 1.984, se contemplan en forma diferenciada el reconocimiento, en su primer inciso como instrumento para el cumplimiento de los objetivos del específico mandato de "...tener además personería jurídica...." ordenado en el inciso final.

Precisamente por lo expuesto, el cargo atribuído forzosamente queda desustanciado cuando y para el *petitum* se expone "Las disposiciones acusadas autorizan al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes) y a las Juntas Seccionales de Deporte, a imponer sanciones a los organismos deportivos de suspensión y revocatoria del reconocimiento deportivo y de sus personerías jurídicas sin que ello esté autorizado por el decreto Extraordinario 2845 de 1.984...." (fls. 57).

Particularmente, la invocación de quebranto a la precitada sentencia proferida por aquella corporación jurisdiccional, por las normas acusadas, evidencian que el mandamiento superior cuya tutela se impetra, es decir, el artículo 332, inciso 3o. del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, en la inteligencia que: "La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes", se hace girar por el enjuiciante sobre un punto o causa de padecimiento jurídico que las previsiones decretales acusadas, en verdad no infligen al precepto, porque, ya se ha anotado, como los contenidos jurídicos cuestionados no se dirigen ni a suspender, ni a cancelar la personería jurídica de los entes o clubes que de conformidad con el Decreto Ley reglamentado, deben tenerla.

No sobra señalar cómo, en el cuerpo de disposiciones del Decreto discutido definitivamente se legisla, en forma por demás diferenciada, en torno al reconocimiento de la personería jurídica, como tema sub-análisis. En su regla primera se alude con carácter de premisa para la participación en competiciones, representación nacional o seccional; solicitud de sede; recepción de subsidios; disfrute de asesorías o servicios, con el reconocimiento deportivo correspondiente, al paso que en su precisión 2a. ese reconocimiento se supedita a la formalidad documental de allegar "...el certificado de personería y representante legal, actualizado a la fecha de la petición, si es de los organismos que la requieren para su funcionamiento...".

En el alegato de conclusión, el accionante al referirse al punto de acusación *sub-examine*, concluye con advenir una comunión conceptual inter-partes, al exponer, en lo pertinente, que:

"...Lo que sucede alrededor de este punto, tiene que ver con la desviación en que incurrió el ejecutivo al expedir la norma demandada, pues se facultó a las

Juntas Administradoras así como a Coldeportes para suspender o revocar según el caso la calificación que se le hubiere dado a un determinado club deportivo, so pretexto de estar ejerciendo la facultad reglamentaria, luego consideró que esa relación con el primer punto: existe coincidencia de opiniones de las partes involucradas en el presente proceso al igual que coincidencia con lo expresado por el Honorable Consejo de Estado en sus diferentes manifestaciones....”.

Empero, no ha de pasar de largo la Sala el razonamiento que, como causa de “...lo que se demanda....” particulariza el accionante al señalar las disposiciones que controvierte como determinantes de la imposición de la suspensión y revocatoria, no solo del reconocimiento deportivo sino de “...sus personerías jurídicas....”, como igualmente, al invocar el proveído de la H. Corte Suprema, circunscribe su efecto, en la parte que de ella depreca y pormenoriza, en el hecho de conculcar las normas demandadas “...ostensiblemente la prohibición hecha por la H. Corte Suprema de Justicia y desconocer sus consecuencias jurídicas...” para referirse a que “el Gobierno nacional no podía inmiscuirse en lo relativo a las suspensiones y cancelaciones de las personerías jurídicas de los clubes deportivos profesionales....”, posición argumental que bien podía, como hubo oportunidad de anotarse, generar confusión a la que hubo de aludir la parte impugnante.

En este orden de ideas, la Sala, en este primer *thema deciden dum*, ha de compartir lo respondido por el ente demandado en el escrito respectivo:

“...De tal manera que para el análisis de legalidad de las normas acusadas, debe tenerse presente que ellas se refieren a la figura de “reconocimiento deportivo” de los clubes y no al “otorgamiento de personería jurídica” a los mismos organismos, figura esta última que es independiente de aquella. Por lo tanto, el artículo 29 del Decreto 2845 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de agosto de 1.985 que lo declaró inexecutable, lo mismo que los argumentos relacionados con el otorgamiento cancelación de la personería jurídica a los clubes deportivos, no tiene relación con la controversia planteada y, en consecuencia, no puede servir de referencia para el análisis de la legalidad de las normas demandadas.”.

Al no contener, por modo, las normas encausadas prevención de revocatoria o cancelación de personerías jurídicas, como que ellas, por lo ya dicho gravitan sobre el reconocimiento, limitándose el párrafo acusado a prescribir la comunicación a la autoridad que otorgó esa personería, el mandamiento superior no queda vulnerado, por lo que se hace necesario declarar la improsperidad del cargo.

Por lo que respecta al cargo especificado de estatuir la disposición controvertida la “pena disciplinaria a los Clubes Deportivos de la suspensión o revocatoria del reconocimiento deportivo, por unos hechos que el reglamento, por sí y ante sí crea, sin ninguna facultad del Estatuto Orgánico del Deporte, la educación y la recreación....”; es necesario afirmar que *sensu strictu*, no toda contradicción con una norma

dotada de precepto y consecuencia, conlleva indefectiblemente el carácter de sanción con la intelección punitiva con la cual el accionante trata y califica la suspensión y revocatoria. Si ello pudiese enmarcarse dentro de una órbita universal, significaría en su concepción teórica que, todo acto jurídico lógico o alógico que no consultase la hipótesis legal, o transgrediere los presupuestos, condiciones, exigencias o requisitos previstos y ordenados por los esquemas normativos, para las conductas o comportamientos reglados, quedarían incorporados en la esfera del típico apotegma penal "*Nullum crimen sine lege*"; y ello no puede ser, en tanto reglas especiales de derecho e inconcusos principios de propedéutica jurídica indican que la esencial coercitividad que integra el objeto del derecho positivo, se manifiesta de distinta manera, con diversidad de consecuencias y tratamiento, según *ratio materiae* de lo que esos mismos presupuestos jurídicos pretendan realizar como instrumento adecuado de su eficacia. Obvio resulta afirmar que en la órbita contravencional, como en la delictual, la coactividad tiene su propio sentido, naturaleza y efecto.

Se pretende con el aserto que antecede significar, que la sanción es un vocablo de precisión jurídica que comprende las innumerables situaciones particulares que sobrevienen en gracia a la realización de los distintos supuestos previstos en las reglas positivas de derecho. Traduce la sanción la consecuencia jurídica impuesta por el legislador para los eventos de inatención, desacato, inobservancia, transgresión, etc. de un deber jurídico.

En el *jus poenale* impera, además de la tipicidad concretada en la citada máxima "*nullum crimen sine lege*", el de la legalidad de la medida punitiva "*nullum crimen sine poena legalis*".

En los dominios del *ius privatum*, la sanción, en el preanotado sentido, se resuelve a través de la imposición de la nulidad, la rescisión, la indemnización la ejecución forzada, las medidas precautelares, etc.

En el ámbito del derecho disciplinario, la contravención o falta, como presupuesto causal, conlleva como secuela la imposición de típicas medidas como la multa, la suspensión, la destitución. En el derecho administrativo y en cuanto dice relación a la manifestación de voluntad administrativa, su desustanciación, esto es la pérdida de su aplicabilidad, de su obligatoriedad, de la oposición con mandamientos jurídicos superiores, culmina, en su caso, con medidas típicamente administrativas y ajenas definitivamente a una significación penal, como lo constituye la revocatoria, reglada por los artículos 69 a 73 del Código Contencioso Administrativo.

Ese específico tipo de extinción, procede cuando de actos de carácter particular y concreto se trata, de conformidad con la hipótesis del artículo 73 precitado; sin que la desaparición que se produce por su aplicación y la manera en su contenido prevista, conlleve o comporte índole penal alguna. E igualmente es aplicable la revocatoria por las especiales causas señaladas para los actos administrativos en general, en el mandamiento 69 *ibídem*. Sin mayor esfuerzo podrá advertirse que el acto por el que

se cancela el reconocimiento examinado es susceptible de ubicarse en las susodichas causales, máxime cuando, en armonía con lo estatuido por el artículo 10 del Decreto 2845 de 1.984 "...los clubes deportivos son organismos de derecho privado, que cumplan funciones de interés público y social...".

Por ello resulta equivocado calificar la susodicha revocatoria de un acto administrativo, como el otorgado por las Juntas Administradoras Seccionales como sanción punitiva, cuando por ministerio de la Ley esa medida, que es una consecuencia particularmente prevista para las manifestaciones de voluntad administrativa y por las causales especiales normadas, determina la desaparición o extinción de aquel, como ya se ha anotado.

En este orden de ideas es lógico deducir que si bien la norma u ordenamiento reglamentado no consagró la revocatoria como medida de extinción del acto de reconocimiento, el hecho de haberlo consagrado el Decreto que ahora se enjuicia no extralimita la potestad reglamentaria, si se considera que ella, la revocatoria, es una medida legal operante y aplicable para los actos administrativos en general, sin que por tal, sea procedente afirmar que en la hipótesis de no haberlo incorporado el artículo 9º del Decreto 0515 de 1.986, se hubiera atemperado íntegramente a la ordenación reglamentada, y por el contrario, la contradice y quebranta cuando es otra Ley la que en forma general, se repite, y para el tipo de actos que se enjuician, le es aplicable. Afirmar lo contrario, sería introducir un grave riesgo de conceptualización a la necesaria interpretación lógico sistemática, por cuanto en su fondo significaría que entre normas en relación de coordinación, como lo son el Decreto 001 de 1.984, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 11 de la Ley 58 de 1.982 y el Decreto 2845 de 1.984, proferido a su vez por la misma autoridad en ejercicio de igual tipo de facultades conferidas por la Ley 5a. de 1.983, existiría un vedamiento de aplicación de la facultad revocatoria regulado por el primero para los actos administrativos derivados del segundo por el solo hecho de haber sido contemplada esa medida en el Decreto Reglamentario que hace posible y efectiva su ejecución, máxime cuando esa instrumentación, es necesario advertirlo, como contenido implícito deferido al Gobierno a través de los cometidos de vigilancia e inspección consignados en el artículo 4o. y supeditación de reconocimiento administrativo "a ser otorgado a las Juntas de Deportescuando cumplan los requisitos exigidos por el presente decreto y **por sus normas reglamentarias....**", como reza en lo pertinente el texto de mandato 6o. del plurimencionado Decreto 2845 de 1.984 (subrayado de la Sala).

Y precisamente y por expresa permisión del ordenamiento decretal cuya tutela objetiva se ha invocado, es por lo que el Gobierno Nacional estaba plenamente legitimado para normar los condicionamientos previstos en los artículos 2o. y 3o., cuyo cumplimiento en un amplio espectro de posibilidades, regula en los artículos 4o. y 5o.. En mayúscula inconsecuencia devendría la facultad para reglar exigencias o requisitos, otorgada a las Juntas Administradoras, por el precitado artículo 6o., pero despojando la facultad reglamentaria de la medida esencialmente indispensable y lógicamente consecuente de proveer con la suspensión o la revocatoria, cuando esos "...requisitos exigidos por el presente Decreto y por sus normas reglamentarias....",

sean inobservados, insatisfechos o transgredidos. A *contrario sensu*, llegaríase por esta vía a la inadmisibile aserción de la existencia de normas jurídicas primarias, en su acepción kelseniana, sin posibilidad de aplicación de su contenido consecucional.

Y por lo que dice relación a la suspensión gubernativa, como es necesario entenderlo acá, del reconocimiento contemplado en el artículo 9o. debatido, en ausencia de un deber jurídico de obrar en un determinado y exclusivo sentido, ordenado por mandamiento legal, es jurídicamente razonable y por tanto de comunión con lo aducido en la impugnación de la demanda, en la inteligencia de deducir que si al funcionario se le ha dotado del poder de desustanciar definitivamente la voluntad administrativa formalmente expresada, mediante revocatoria, en el ámbito de lo contenido en el artículo 9o. enjuiciado, a *fortiori*, ha de entenderse que, salvo mandato especial sobre la materia, como se ha anotado, la misma autoridad se halla revestida del poder de adoptar la medida de suspensión del acto de reconocimiento, cuando se incurra en algunos de los presupuestos previstos en el precepto antedicho.

Por ultimo, estima la Sala que el quebranto en el patrimonio económico y moral que por la aplicación de la revocatoria o suspensión del reconocimiento, parecen cimentar la calificación de "...pena disciplinaria a los Clubes Deportivos..." como así se especifica en el libelo demandatorio, al puntualizar en el escrito de conclusión que "...al suspenderse el reconocimiento deportivo, la entidad afectada con tal disposición no va a poder seguir actuando como lo venía haciendo; no va a poder hacer uso de las facultades deportivas y en consecuencia, va a sufrir igualmente un perjuicio económico por no poder desarrollar su objeto social precisamente cuando se trata de clubes con deportistas profesionales los cuales derivan sus ingresos de las taquillas al hacer uso de las facilidades deportivas.Debe resaltarse que además de los perjuicios económicos que pudieran sufrir los clubes profesionales es importante resaltar que independientemente de si se trata de un club profesional o no tal medida conlleva igualmente una sanción moral ante la comunidad de la respectiva (sic) entidad que se ve afectada por tal decisión pues se van a tejer toda clase de comentarios no solo en la vecindad sino a través de los medios de prensa hablados y escritos los cuales propagan la noticia a grandes bombos pero resulta que si la entidad logra establecer su estatus no va a recibir el mismo despliegue publicitario que su suspensión o revocación causó en su momento....", es propio y derivado, no solo de la sanción estrictamente penal y disciplinaria, sino de toda consecuencia legal que como la revocatoria o suspensión de un acto administrativo puede ser frustánea de esperanzas, expectativas e intereses y derechos subjetivos los cuales están provistos, en su caso, de la debida protección legal.

A mérito de lo expuesto, en parte alguna el artículo 28 de la Constitución Nacional, resulta vulnerado por las disposiciones cuestionadas, como tampoco el mandamiento 10 del Decreto 2845 invocado, porque la no específica autorización para adoptar las medidas de revocatoria o suspensión, no priva a los organismos del Gobierno para aplicarlas.

En consecuencia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de

SECCION PRIMERA

Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA :

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintidos (22) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, Ausente; Luis B. Florez Suarez, Conjuez; José Padilla Villar.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ RESTABLECIMIENTO AUTOMATICO/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA POR CUANTIA

Si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son éstos a primera o simple vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer del proceso en un Tribunal Administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Myriam Guerrero de Escobar,*

Expediente No. 1556. Actor: Cooperativa Integral de Transportes Omega Ltda.

La "COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA.", por conducto de apoderado, demanda de esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 00891 de 23 de mayo de 1.989 y 01147 de 15 de junio de 1.990, por las cuales, respectivamente, "Se autoriza la prestación del servicio público de transporte a la empresa AUTOBOY S.A. y se niegan unas propuestas presentadas por COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES OMEGA LTDA., EXPRESO BRASILIA S.A., y COPETRAN LTDA., en la ruta BOGOTA-OCAÑA (VIA BUCARAMANGA-AGUACHICA) Y VICEVERSA" y "se decide el recurso de reposición interpuesto por la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTES OMEGA LTDA., contra la Resolución No. 00891 de 1.989", proferidas por la Dirección del Instituto Nacional de Transporte "INTRA" y, el consecuencial restablecimiento del derecho.

Solicita igualmente la actora la suspensión provisional de los actos acusados y a fin de satisfacer el requisito previsto en el numeral 3) del artículo 152 del C.C.A. atinente a la causación de perjuicios derivada de la ejecución de los actos impugnados, afirma: "...el perjuicio que viene sufriendo la sociedad demandante es evidente. En efecto, el INTRA por medio de las resoluciones 202 de 1.973 y 0169 de 1.987 autorizó a la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA., la prestación del servicio público de pasajeros en buses en la ruta Bucaramanga-Aguachica-Ocaña, y viceversa. Además, la Resolución 029 de 1.976 autorizó a esa sociedad a prestar el mismo servicio en la ruta Bogotá-Bucaramanga. Todas esas rutas las está cubriendo en la actualidad la sociedad demandante como se acredita con las citadas resoluciones que en copia auténtica acompaño... es evidente que los actos acusados al permitir lo anterior y haber adjudicado irregularmente la ruta Bogotá-Ocaña, han causado a mi poderdante un perjuicio que si bien no es cuantificable al momento de introducir este escrito, no lo es menos que afecta sus derechos de administrado concursante en la adjudicación de una ruta (fls. 6 y 7).

CONSIDERACIONES

I. El artículo 128 numeral 3 del C.C.A. atribuye competencia al Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia de los procesos "de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controvertan actos administrativos del orden nacional".

Correlativamente los artículos 131 numeral 9 y 132 numeral 9 del C.C.A. atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos para conocer, respectivamente, en única o primera instancia de tales procesos según la cuantía de los mismos.

II. Si bien es cierto que el marco dentro del cual se desarrolla el proceso está determinado por las pretensiones y la *causa petendi* planteadas en el escrito de demanda, a más de los elementos provenientes de su contestación y de las excepciones que propongan, lo que lleva a concluir necesariamente que si no se formula pretensión de condena al pago de perjuicios, no podrá haber pronunciamiento en tal sentido, ello no quiere decir sin embargo que la ley, para el evento que nos ocupa, el Código Contencioso Administrativo, haya dejado en manos o a voluntad del actor determinar si el acto causa o no un perjuicio. Es la naturaleza misma de la decisión la que implica o conlleva en sí tal consecuencia, independientemente de que el interesado pretenda o no su indemnización, aspecto éste que la ley sí deja a voluntad del accionante y de formularse pretensión en tal sentido, deberá consecuentemente estimarse su valor.

III. De lo anterior se desprende que si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son éstos a primera o simple vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer del proceso en un Tribunal Administrativo.

En el evento *sub-judice*, al solicitar se decrete la suspensión provisional, afirma el actor causársele graves perjuicios con la ejecución del acto demandado, con lo cual intenta cumplir el requisito que el artículo 152 exige para su procedencia, de donde se desprende que en forma expresa acepta la causación de los mismos como consecuencia de la ejecución del acto demandado.

Precisa la Sala que el requisito en mención encuentra su explicación en la razón de que estando tal medida encaminada a impedir temporalmente el cumplimiento de los efectos del acto administrativo en cuestión y no estando de por medio la simple tutela del orden jurídico, sino el interés particular de quien cuestiona o impugna el acto, a diferencia de lo que ocurre con la acción de simple nulidad, es apenas lógico concluir que su justificación, su finalidad es evitar la producción o concreción del perjuicio y si éste ya se está causando, impedir su prolongación en el tiempo. En otras palabras, el interés particular que presupone la acción de restablecimiento del derecho explica teleológicamente la exigencia del requisito en mención.

No significa lo anterior desconocimiento de la atribución de competencia de esta Corporación para conocer de las acciones de restablecimiento del derecho privativamente y en única instancia, ya que no necesariamente todos los actos administrativos cuya legalidad se controvierte en ejercicio de ella son objetivamente generadores de perjuicios.

IV. En razón de lo antes expuesto y en aplicación del inciso tercero del numeral 9 de los artículos 131 y 132 del C.C.A., es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el competente para conocer del presente proceso, el cual examinará al momento de admitir la demanda si se satisfacen o no los requisitos para ello y si llenan o no las exigencias para la procedencia del decreto de suspensión provisional, estableciendo además, con los elementos de juicio pertinentes la cuantía para fines de determinar si se trata de un proceso de única o de primera instancia.

V. El artículo 143, inciso cuarto del C.C.A., dispone, en caso de falta de competencia del organismo jurisdiccional ante quien se presenta la demanda, ordenar su remisión al que sea competente, que para este evento, como ya se anotó, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA,

RESUELVE :

Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida por la Sala en su sesión de fecha veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa (1990).

Myriam Guerrero de Escobar, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa legal; José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Nota de Relatoría. En el mismo sentido puede consultarse el auto de noviembre 6 de 1.990, actor: Colgate Palmolive. Exp. 1464. Ponente Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

El agotamiento de la vía gubernativa está dado por la coincidencia entre el "objeto" de la controversia planteada en dicha vía y el "objeto" de la acción jurisdiccional y no por los argumentos planteados en uno y otro momentos. Es decir, que basta que la norma o normas demandadas hayan sido objeto de los recursos administrativos, así los argumentos jurídicos o motivos de inconformidad sean diferentes en una y otra vías.

EXCEPCION DE ILEGALIDAD/ SENA/ DELEGACION DE FUNCIONES

La Sala, en aplicación del artículo 215 de la Constitución, del artículo 12 de la Ley 153 de 1.887 y del artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, que consagran el principio de la excepción y su aplicación en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico, considera que no son aplicables en el presente caso las Resoluciones 1002/83 y 0134/84 que pretendieron darle competencia a los Subgerentes Administrativos y a los Gerentes Regionales del SENA para dictar Resoluciones como las acusadas, por ser violatorias del Acuerdo No. 34/74, en el cual pretendieron fundamentarse, y que por lo mismo, las resoluciones acusadas fueron expedidas sin fundamento legal.

SENA- Funciones / COMPETENCIA TERRITORIAL

De conformidad con las normas orgánicas del SENA, este es un establecimiento público del orden nacional que, por lo tanto, ejerce sus funciones en todo el territorio de Colombia, ya sea a través de sus funcionarios centrales o de los regionales a quienes les haya sido asignada o delegada la respectiva función, y como el demandante en ningún momento precisó las razones que

permitieran analizar por qué dichas funciones regionales no tendrían competencia territorial para el cobro de aportes a una entidad como el Banco del Estado, la Sala concluye que no puede prosperar el cargo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez,*

Referencia: Expediente No. 952. Actor: Banco del Estado.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 25 de febrero de 1.988.

I. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El Banco del Estado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones 3922 de 1.983 (agosto 22), 710 de 1.984 (abril 12) expedidas por el Subgerente Administrativo del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" -Regional Bogotá y Cundinamarca y 1001 de 1.984 (junio 14) expedida por el Gerente Regional de la misma institución, y el restablecimiento de los derechos violados con dichos actos, el cual se traduce en la siguiente petición adicional a la nulidad.

El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, deberá reintegrar al Banco del Estado, las sumas que éste último le hubiere pagado en ejecución de las resoluciones acusadas, o como requisito para obtener el paz y salvo que la entidad expide para la Administración de Impuestos Nacionales con miras a la obtención de deducción por salarios del impuesto de Renta y Complementarios.

b.- Los actos acusados.

Por medio de los actos acusados, el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" adoptó las siguientes decisiones:

1.- Mediante la Resolución No. 3922 de 1.983 se ordenó al Banco del Estado el pago de la suma de \$1.852.862 por concepto de aportes causados a su favor, por las vigencias de 1.980 y 1.981.

2.- Mediante las Resoluciones números 710 y 1001 de 1.984 se resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición y apelación interpuestos por la parte actora.

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 15 y 16 cdno. del Tribunal):

1.- El Banco del Estado aportó al SENA, por los años de 1.980 y 1.981, en diferentes ciudades del país, las siguientes sumas de dinero, con base en su nómina mensual de salarios: Por el año de 1.980 \$4.455.045.00 y por el año de 1.981 \$5.898.150.00, habiéndosele expedido los certificados de Paz y Salvo que permitieron al Banco obtener las deducciones por salarios del Impuesto de Renta y Complementarios, por los correspondientes períodos gravables.

2.- No obstante lo expresado en el punto anterior, el SENA realizó una visita a las dependencias del Banco, con base en la cual expidió la liquidación oficial 04-H resultando un mayor aporte a pagar por la parte demandante, así: Por el año 1.980 \$778.789 y por el año de 1.981 \$1.074.073. Esta liquidación sirvió de fundamento para que el SENA expidiera la Resolución 3922 de 1.983 que ordenó el pago de \$1.852.862, cubriendo los aportes presuntamente adecuados por el Banco del Estado al SENA en todo el país, para los cual el Subgerente Administrativo de la Regional de Bogotá y Cundinamarca no tenía jurisdicción.

3.- En contra de la Resolución 3922 de 1.983 se interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente mediante las Resoluciones números 710 y 1001 de 1.984.

d.- 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:

Constitución Nacional, artículo 26; Ley 58 de 1.963, artículo 5; Ley 56 de 1.973, artículo 12; Decreto 2733 de 1.959, artículo 24; Decreto 3123 de 1.968, artículos 21 numeral 2o., 24 y 29; Decreto 1847 de 1.969, artículos 48 numeral 2o., 51, 55 y 64; Decreto 01 de 1.984, artículo 73 y Acuerdo No. 34 de 1.974, emanado del Consejo Directivo Nacional del SENA.

Los conceptos de violación planteados por el demandante en relación con las normas presuntamente violadas pueden concretarse en los siguientes cargos (V. fls. 16 a 17A cdno. del Tribunal).

PRIMER CARGO.- Falta de competencia por razón de la materia, ya que el SENA no podía hacer un nuevo pronunciamiento sobre aportes del Banco del Estado

por los años de 1.980 y 1.981, teniendo en cuenta que había expedido certificados de Paz y Salvo por esos años, con lo cual se violaron los artículos 29 del Decreto 3123 de 1.968, 24 del Decreto 2733 de 1.959 y 73 del Decreto 01 de 1.984.

SEGUNDO CARGO.- Falta de competencia territorial del Subgerente Administrativo y del Gerente Regional del SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, "porque de acuerdo con las normas sobre la materia que me permití invocar como violadas en esta demanda, la jurisdicción de los funcionarios regionales del SENA, no es nacional, sino precisamente regional".

TERCER CARGO.- Falta de competencia del Subgerente Administrativo y del Gerente Regional del SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, porque la facultad de expedir actos administrativos con fuerza de título ejecutivo, como es el caso de las resoluciones para el cobro de aportes, es exclusiva del Director General y no es delegable por no estar autorizado para ello, con lo cual se violó el Acuerdo 034 de 1.974.

CUARTO CARGO.- Aplicación retroactiva del art. 17 de la Ley 21 de 1.983, "porque los conceptos invocados como salariales para liquidar sobre ellos aportes al Sena, no son tales, no lo eran a la época de causación de los aportes".

e.- Las razones de la defensa.

En su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 147 a 155 cdno. Tribunal):

1.- El Tribunal debe declararse inhibido para fallar el fondo del asunto, por cuanto : a) La parte actora no agotó la vía gubernativa con relación a la materia que pretende demandar. Del cotejo entre los recursos interpuestos y la demanda se infiere que los motivos de inconformidad en uno y otra son totalmente diferentes y, b) Al solicitarse en la demanda el restablecimiento del derecho, en el sentido de que el SENA deberá reintegrar al Banco del Estado las sumas que este último le hubiere pagado, no se dió cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 140 del Decreto No. 01 de 1.984, sobre depósito de la suma debida o caución para garantizar el pago.

2.- Tanto de la inspección judicial practicada en la vía gubernativa (fls. 37 a 39 cdno. Tribunal), como de la liquidación 04-H/83 se evidencia que la cantidad consignada en los Paz y Salvo expedidos al Banco del Estado por las vigencias de 1.980 y 1.981, como base de los aportes en ellos especificados, es inferior a las sumas que arrojaron los libros y documentos inspeccionados. Es por ello que al SENA le asistía derecho de hacer una liquidación de ajuste. De otra parte, las disposiciones que tratan sobre el Paz y Salvo (Ley 56 de 1.973, art. 3o.; Decreto 2053 de 1.974, art. 55 y Decreto 187 de 1.975, arts. 61 y 62, entre otras) establecen que sus efectos fiscales guardan relación exclusivamente con una vigencia determinada. En suma, si el SENA llegare a determinar en cualquier tiempo que un aportante ha dejado de pagar total o

parcialmente los aportes del 2% puede exigir la suma debida, así se le hubiere expedido el certificado de Paz y Salvo.

3.- EL SENA, como establecimiento público, es "...una sola persona jurídica... y no un conjunto o federación de jurisdicciones" (fl. 150 cdno. Tribunal). De conformidad con el Decreto 1847 de 1.969, por el cual se adoptaron los estatutos de la entidad, se determina que su domicilio será la ciudad de Bogotá, pero contará con unidades regionales en otras ciudades del país (art. 2) y que la dirección y administración corresponde al Consejo Directivo y al Director General (art. 7o.), quien ejercerá sus funciones con la colaboración de los funcionarios directivos y operativos que determine el mismo Consejo (art. 26). Así las cosas, los funcionarios de la entidad, como colaboradores que son del Director General, cumplen las funciones que les asignaron los Estatutos o aquellas que les delegue expresamente el mismo Director, "... cuando se trata de funciones asignadas a él como es el caso del cobro de aportes, función que le ha sido asignada por el Decreto 3123/68, no por un Acuerdo del Consejo como lo afirma el demandante..." (fl. 151 cdno. Tribunal). Precisamente, mediante las Resoluciones 1002 de 1.983 y 134 de 1.984 el Director General delegó en los Gerentes Regionales, en los Subgerentes Administrativos, en el Subgerente de Villavicencio y los Jefes del Departamento de Aportes o Departamentos Administrativos tal facultad, delegación esta limitada en razón de la cuantía y "... en ningún caso de un ámbito territorial." (fl. 151 cdno. Tribunal). Las Resoluciones 1002 de 1.983 y 134 de 1.984 gozan de la presunción de legalidad y no habiendo sido declaradas nulas son obligatorias y por lo mismo son legales las Resoluciones objeto de la presente demanda.

4.- En cuanto a la afirmación del actor, en el sentido de que el SENA tomó para la liquidación conceptos salariales que no lo eran en la época de causación de los aportes por cuanto no es dable la aplicación del artículo 17 de la Ley 21 de 1.982 a liquidaciones correspondientes a 1.980 y 1.981, la entidad demandada expresa que tal apreciación no se aplica al asunto debatido por cuanto ninguno de los actos acusados fue dictado con fundamento en la misma.

f.- La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones en el Tribunal de origen:

Por auto visible a folio 21 se admitió la demanda, se ordenó la notificación al Fiscal de la Corporación y al Gerente del Servicio Nacional de Aprendizaje, se ordenó oficiar a la entidad demandada para que remitiera los antecedentes administrativos de los actos impugnados y se dispuso la fijación en lista.

La demanda fue contestada por la mandataria judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje (fls. 44 a 46 cdno. Tribunal), quien en escrito separado, solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado por considerar inepta la demanda y presentarse una indebida acumulación de pretensiones (fls. 66 a 69 cdno. Tribunal).

Mediante providencia que obra a folio 89 se negó por improcedente el incidente de nulidad propuesto.

Como quiera que la apoderada del SENA solicitó nuevamente la declaratoria de nulidad de lo actuado (fl. 93), el Tribunal por auto visible a folios 99 y 100 negó de plano dicha nulidad. Frente a esta decisión, la parte demandada intentó recurso de reposición (fls. 135 y 136 cdno. Tribunal) el cual fue resuelto por providencia que obra a folios 141 a 142, en el sentido de mantener el auto recurrido.

La Fiscalía del Tribunal en su concepto de fondo consideró que debía proferirse fallo inhibitorio por cuanto se predicaba un indebido agotamiento de la vía gubernativa (fls. 145 y 146 cdno. Tribunal).

En diligencia que obra a folio 175 se celebró la audiencia pública solicitada por la parte actora, quien presentó en tiempo el resumen de su intervención (fls. 177 a 182).

Mediante auto visible a folio 188 y por haber sido negado el proyecto de sentencia, se ordenó pasar el expediente al Magistrado que siguiera en turno.

A folios 215 a 219 obra el salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia, por una parte, se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo; en relación con los puntos I, II y IV tratados en la sentencia, así:

- I.- Por haberse incurrido en una ineptitud sustantiva de la demanda.
- II.- Por haberse agotado indebidamente la vía gubernativa, y,
- IV.- Porque las peticiones formuladas por la parte demandada fueron extemporáneas.

Por otra parte, en cuanto al punto III, que se refiere a la falta de competencia de los funcionarios del SENA que expidieron los actos acusados, con base en la delegación del Director General, se denegaron las súplicas de la demanda. El Tribunal adoptó las decisiones anteriores, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

I.- Ineptitud sustantiva de la demanda.

Estudiada la demanda se constata que ésta no se ajusta a lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A., por cuanto al referirse a las disposiciones

violadas y el concepto de la violación, se limita única y exclusivamente a enumerar algunas disposiciones en las cuales "...brilla por su ausencia `la explicación del con- cejo de su violación'." (fl. 198). Lo anterior conlleva a que al omitirse tal exigencia sobre cada una de las disposiciones señaladas, la Sala se ve inhibida para emitir un concepto de fondo sobre las mismas, por haberse incurrido en una ineptitud sustantiva de la demanda.

II.- Indebido agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto a la excepción de fondo planteada por indebido agotamiento de la vía gubernativa y luego de estudiar la demanda, las argumentaciones de la parte demandada, de la parte actora y del Fiscal de la Corporación, el Tribunal considera que en parte alguna del escrito presentado por la entidad demandante para el agota- miento de la vía gubernativa se encuentra que hubiere manifestado su inconformidad con la Resolución No. 3929 de 1.983 por razón de que ésta hubiera sido expedida por funcionario competente y carente de jurisdicción. De tal manera que cuando se inter- pusieron los recursos, el actor tenía la obligación de exponer con toda claridad los motivos de inconformidad contra el acto acusado, en el caso concreto la falta de competencia y la carencia de jurisdicción y si así no se hizo, "... la Sala vé que sobre estos motivos cabe la excepción invocada y sobre ellos se debe declarar inhibido el Tribunal...." (fl. 209).

III.- Falta de jurisdicción de los funcionarios del Sena para expedir los actos acusados.

En lo relativo al cargo consistente en que el Director General del SENA no tenía la capacidad jurídica de delegar sus funciones en los Sub-gerentes Adminis- trativos de las Regionales de la entidad, de conformidad con el Acuerdo 034 de 1.974, se considera que si bien sería viable el estudio de tal aspecto ante esta jurisdicción, el punto debe ser negado por cuanto la fotocopia simple que el actor acompañó del citado Acuerdo no se ajusta a los dispuesto en el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo.

IV.- Peticiones extemporáneas de la parte demandada

En cuanto a las peticiones formuladas por la parte demandada en su alegato de conclusión no pueden ser materia de pronunciamiento por extemporáneas, por quan- to ellas debieron ser propuestas en la contestación de la demanda, a fin de mantener el principio de igualdad entre las partes.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 4 a 17 y 22 a 32 cdno. Consejo):

1.- Uno de los aspectos a definir en el proceso "...gira en torno a la noción o concepto de salario, a los factores que quedan incluidos dentro de dicha noción, también llamados 'factores salariales', pues de acuerdo con las normas contenidas en el artículo 5o. de la Ley 58 de 1.963, en el artículo 21 del Decreto-Ley 3123 de 1.968, en el artículo 48 del Decreto 1847 de 1.965 y en el artículo 12 de la Ley 56 de 1.973, los patronos particulares deberán efectuar un aporte para el SENA, tomando como base su nómina mensual de **salarios**" (fl. 24 cdno. Consejo). De las doctrinas y jurisprudencias del Consejo de Estado que se exponen en los diferentes alegatos que obran en el proceso se desprende claramente que la prima de servicios extralegales que pagaba y paga el Banco del Estado no constituye salario, como tampoco lo constituye los viáticos ocasionales, ni el 50% de los viáticos permanentes que se presumen destinados a transporte o gastos de representación.

2.- En la demanda se señaló que el SENA, al haber expedido los paz y salvos por los años de 1.980 y 1.981 no podía efectuar una nueva reliquidación de los aportes correspondientes a tales vigencias, por constituir un finiquito de la deuda al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto-Ley 3123 de 1.968 y del artículo 55 del Decreto 1847 de 1.969. No obstante lo anterior, y en el evento que el SENA pudiera efectuar tal reliquidación, ésta debió haber contado con el asentimiento del Banco del Estado, de conformidad con los términos de los artículos 24 del Decreto-Ley 2733 de 1.959 y 73 del Decreto-Ley 01 de 1.984.

3.- El cargo consistente en la incompetencia del Sub-gerente Administrativo del SENA, Regional Bogotá, para proferir las Resoluciones números 3922 de 1.983 y 710 de 1.984 no fue considerado por el Tribunal, con el argumento de que no se acompañó copia auténtica del Acuerdo No. 034 de 1.974, expedido por el Consejo Directivo del organismo. Frente a esta afirmación cabe señalar que el mencionado Acuerdo no es un acto regional o local sino, por el contrario, es de alcance nacional, pues la entidad es un establecimiento público del orden nacional y los actos de sus órganos directivos ostentan el mismo carácter. Por otra parte, el vicio de incompetencia que se predica no sólo se fundamenta en la violación del Acuerdo No. 34 de 1.974 sino que, como causal de anulación de los actos administrativos, se encuentra previsto en el artículo 84 del C.C.A. y anteriormente en el artículo 66 de la Ley 167 de 1.941, además de que debe recordarse que "...la incompetencia es un vicio de orden público insaneable y, aún, declarable de oficio por el Juez" (fl. 28 cdno. Consejo).

4.- El Tribunal, al referirse a la ineptitud de la demanda por incompleta en cuanto a su contenido por no comprender el concepto de violación, sólo tuvo en cuenta algunas de las normas invocadas por el actor, dejando de lado tanto en su cita como en su análisis el artículo 29 del Decreto-Ley 3123 de 1.968, el artículo 24 del Decreto-Ley 2733 de 1.959, el artículo 73 del Decreto-Ley 01 de 1.984 y el artículo 5o. de la Ley 58 de 1.963. Ahora bien, el concepto de la violación de las normas sí aparece incorporado en la respectiva demanda y frente a él no se requiere una dilatada disertación jurídica, como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

5.- La sentencia recurrida, al analizar la excepción de fondo por indebido agotamiento de la vía gubernativa, lo hace consistir en la circunstancia de no haberse alegado o propuesto en la vía gubernativa la falta de competencia y la carencia de jurisdicción de los funcionarios del SENA que expidieron los actos acusados. "Si bien, en tal vía administrativa, no se expuso muy ampliamente el punto, lo cierto es que, como ya se advirtió, y como incluso lo reconoce el mismo Sena al formular el incidente de nulidad en la primera instancia, en el memorial en que se interpusieron los recursos sí se planteó este tema de la incompetencia (sólo que, según dicho escrito, no se formuló nulidad alguna en forma clara)" (fl. 30 cdno. Consejo). Para los recursos de la vía gubernativa, los cuales están bajo la órbita del principio del informalismo, no puede exigirse la técnica estricta y rigorista de las demandas contencioso administrativas. Además la falta de competencia y carencia de jurisdicción de que se viene hablando era posible proponerlas en la vía judicial, pues en dicha vía se pueden aducir nuevos y mejores argumentos jurídicos.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

El Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" no intervino en el trámite del recurso y, por lo mismo, no presentó alegato de conclusión.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (V. Fls. 36 a 41 cdno. Consejo):

1.- No cabe predicarse la ineptitud de la demanda por incompleta, por cuanto algunas de las normas indicadas por el actor como infringidas fueron objeto de análisis por la misma. Por tal razón, sobre esos puntos debe estudiarse el fondo de la demanda.

2.- En cuanto al indebido agotamiento de la vía gubernativa, la Fiscalía considera que ésta se agotó en legal forma, pues los recursos interpuestos fueron decididos mediante los actos que son motivo de impugnación.

3.- Con respecto a la facultad del SENA para efectuar reajuste de las liquidaciones que practique, no cabe la aplicación de las normas que cita el actor, por cuanto la Ley 21 de 1.983 trata en todo su articulado sobre la aprobación del "Convenio internacional del Café de 1.983" y el artículo 29 del Decreto 3123 de 1.968 se refiere a los certificados de Paz y Salvo que debe expedir la entidad demandada a las empresas para que la Administración de Impuestos Nacionales acepte la deducción por concepto de salarios, sin que en ninguna parte se prohíba efectuar los reajustes de la liquidación en caso de que la inicial haya sido equivocada.

4.- Con respecto a la carencia de jurisdicción de los funcionarios del SENA para expedir los actos acusados, considera que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos.

SECCION PRIMERA

5.- En relación con las demás normas que se consideran violadas en la demanda, expresa que no se pueden estudiar por no haber sido motivo del menor comentario en la misma demanda.

En consecuencia, el colaborador Fiscal solicita la revocatoria del numeral 1o. de la sentencia apelada y, en su lugar, se deniegue la totalidad de las súplicas de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

A.- Respecto de la sentencia de primera instancia

Como el centro inicial de la controversia objeto de esta segunda instancia es la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca, la Sala se referirá, en primer lugar, a cada uno de los puntos analizados en ella, así:

I.- Ineptitud sustantiva de la demanda.- La Sala considera que solamente una visión muy formalista de la demanda y de los requisitos exigidos en el art. 137 del C.C.A., ha podido llevar al Tribunal a encontrar una ineptitud sustantiva de la demanda por la ausencia de explicación del concepto de violación. En efecto, si bien puede afirmarse que, de una parte, el concepto de la violación planteado en la demanda es muy genérico y resumido y, de otra, que dicho concepto de violación no se refiere a todas las normas indicadas como violadas, el efecto de esas dos circunstancias solo puede traducirse en la imposibilidad legal de analizar las posibles violaciones de normas que se indican como violadas sin ninguna explicación, pero no puede implicar que no deban analizarse las violaciones sí explicadas, así esta explicación sea muy general y poco pormenorizada o detallada.

II.- Indebido agotamiento de la vía gubernativa.- Tampoco considera la Sala que asista razón al Tribunal al declararse inhibido por un presunto indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto de los actos demandados, en cuanto el interesado no concluyó los argumentos sobre incompetencia y falta de jurisdicción en la interposición de los recursos ante la administración.

A este respecto la Sala, como el señor Fiscal Primero de la Corporación, considera, por el contrario, que si se agotó en legal forma la vía gubernativa.

En efecto, de acuerdo con el art. 63 del C.C.A., la vía gubernativa se agota, entre otros casos, "cuando los recursos interpuestos se hayan decidido". Y en el caso de autos aparece claramente que así sucedió, como se desprende de dos de los actos acusados, las Resoluciones Nos. 710 de abril 12 de 1.984 y 1001 de junio 14 de 1.984, mediante las cuales, precisamente, se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución No. 3922 de agosto 22 de 1.983.

De otra parte, si bien es cierto que de acuerdo con el art. 52 del C.C.A., cuando se interponen los recursos el interesado tiene la obligación de expresar en forma

concreta los motivos de inconformidad, no es cierto que esos motivos deban coincidir necesariamente con los conceptos de violación planteados en la demanda. Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corporación si bien ha expresado que no se puede plantear en la vía jurisdiccional hechos nuevos respecto de los expresados en la vía gubernativa, sí ha aceptado que se pueden presentar mejores argumentos jurídicos. Al efecto la Sala precisa que tampoco en relación con los recursos de la vía gubernativa, los requisitos previstos en el art. 52 del C.C.A. pueden interpretarse con un rigorismo y formalismo tales que dichos recursos se constituyan en un obstáculo casi infranqueable para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales. En consecuencia, la Sala considera que, en cuanto a la materia controvertida, el agotamiento de la vía gubernativa está dado por la coincidencia entre el **objeto** de la controversia planteada en dicha vía y el **objeto** de la acción jurisdiccional y no por los argumentos planteados en uno y otro momento. Es decir, que basta que la norma o normas demandadas hayan sido objeto de los recursos administrativos, así los argumentos jurídicos o motivos de inconformidad sean diferentes en una y otra vía.

III.- Falta de jurisdicción de los funcionarios del Sena para expedir los actos acusados.- Como quedó expresado en su oportunidad, el Tribunal rechazó este cargo por cuanto el actor acompañó una fotocopia no auténtica del Acuerdo 034 de 1.974, que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 253 del C. de P.C., en concordancia con el art. 141 del C.C.A.

Al respecto, para la Sala es suficiente hacer notar, como lo hace el recurrente, que el art. 141 del C.C.A. se refiere a la necesidad de acompañar el texto legal debidamente autenticado de las normas "que no tengan alcance nacional", situación que no es la que se presenta con el Acuerdo 034 de 1.974, que por ser originario del Consejo Directivo Nacional del Sena, es una norma de alcance nacional por ser de ese orden la entidad pública citada. Por consiguiente, tampoco tiene razón en este punto el Tribunal de primera instancia.

IV.- Peticiones extemporáneas de la parte demandada.- Según el texto de la sentencia, estas peticiones son las contenidas en los puntos 2, 3 y 4 de los folios 154 y 155, que hacen parte del alegato de conclusión presentado por la apoderada judicial de la entidad demandada. Como efectivamente el alegato de conclusión no permite hacer peticiones que no se hubieren planteado oportunamente, no puede hacerse pronunciamiento al respecto y por lo mismo la Sala confirmará la declaratoria de inhibición del Tribunal en relación con este punto, lo cual cobija igualmente a las excepciones planteadas por dicha entidad, a pesar de que en estricto sentido el Tribunal ha debido abstenerse de considerarlas.

Como consecuencia de las consideraciones anteriores, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, salvo en lo referente a la declaratoria de inhibición respecto de las peticiones planteadas por la parte demandada en los puntos 2, 3 y 4 del alegato de conclusión, a las cuales se refiere el punto IV de la sentencia recurrida.

A su vez, como consecuencia de la revocatoria de la sentencia, la Sala debe proceder a proferir decisión de mérito en cumplimiento de lo previsto en el art. 357 del C. de P.C., para lo cual hará las consideraciones correspondientes en relación con cada uno de los cargos de la demanda.

B.- Consideraciones respecto de los cargos de la demanda.

1.- En relación con el primer cargo, consistente en la falta de competencia por razón de la materia, por cuanto el SENA no podía hacer un nuevo pronunciamiento sobre aportes del Banco del Estado por los años de 1.980 y 1.981, teniendo en cuenta que había expedido certificados de Paz y Salvo por esos años, con lo cual se habrían violado los arts. 29 del Decreto 3123 de 1.968, 24 del Decreto 2733 de 1.959 y 73 del Decreto 01 de 1.984, la Sala considera:

Las normas presuntamente violadas expresan:

"Artículo 29 (Decreto 3123 de 1.968).- El certificado de paz y salvo que debe dar el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) para que la Administración de Impuestos Nacionales acepte la deducción por concepto de salarios, sólo podrá expedirse a los empleadores que hayan cumplido a cabalidad con las obligaciones que estipulan las normas sobre aportes y contribuciones al Sena, a que se refieren el Presente Decreto y demás disposiciones legales que regulan esta materia".

"Artículo 24 (Decreto 2733 de 1.959).- Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

El mismo principio anterior está consagrado en el art.73 del Decreto 01 de 1.984, con la aclaración de que la cita a las dos normas está justificada en la demanda porque la primera era la vigente cuando se expidió el primero de los actos administrativos acusados (Resolución No. 3922 de 1.983), mientras que la segunda era la aplicable en el momento en que se expidieron los otros dos administrativos acusados (Resoluciones Nos. 710 y 1001 de 1.984).

La presunta violación de las anteriores normas la concreta el actor en el hecho de que si el SENA expidió los paz y salvos "lo hizo porque consideró que la entidad bancaria... había, como dice la norma, cumplido a cabalidad las normas sobre aportes", y, por los mismo, "mal podía, sin lesionar una situación jurídica, individual y concreta, y sin alterar la estabilidad de las relaciones legales entre las partes, volver sobre sus pasos...", sin haber solicitado al banco su autorización para modificar unilateralmente su situación jurídica.

Para resolver este cargo, la Sala considera suficiente el hacer notar que el actor parte de un supuesto equivocado, como es el de considerar que si el Sena expidió los

paz y salvos era porque consideraba que el Banco del Estado había cumplido a cabalidad las normas sobre aportes. En efecto basta con leer los paz y salvos expedidos a favor del Banco demandante y que aparecen en fotocopias autenticadas a folios 101 a 134 del cuaderno principal, para constatar que todos esos paz y salvos certifican que el Banco del Estado pagó durante la vigencia correspondiente aportes al SENA por el valor que en cada uno de ellos se indica, correspondiente a salarios también por el valor indicado en cada caso y que, por consiguiente, el Banco queda "A PAZ Y SALVO CON EL SENA hasta por el valor pagado y la vigencia especificada" (subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, para la Sala no hay duda de que se trata de paz y salvos provisionales y en relación exclusivamente con la suma pagada y no con la suma que según la ley debiera pagar como aportes el Banco.

Por lo tanto, en esos términos debe entenderse la declaración de voluntad administrativa contenida en esos documentos y en esos mismos términos debe entenderse la situación jurídica individual o el derecho allí reconocidos, que no podrían ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular de esa situación o de ese derecho.

De tal manera que los actos acusados no pueden ser tachados de contrariar los arts. 24 del Decreto 2733 de 1.959 y 73 del Decreto 01 de 1.984, ya que ellos no están desconociendo que el Banco del Estado haya pagado durante las vigencias correspondientes las sumas indicadas o reconocidas en cada caso y, por lo mismo, no están revocando los paz y salvos en relación con los términos expresados en cada uno de ellos.

Respecto de la posible violación del art. 29 del Decreto 3123 de 1.968, en cuanto el SENA haya podido expedir los paz y salvos iniciales sin que el empleador haya cumplido a cabalidad y de manera definitiva con las obligaciones que estipulan las normas sobre aportes y contribuciones a la misma entidad, es evidente que se trata de una controversia ajena a este proceso, ya que en el mismo no se está debatiendo la legalidad de los paz y salvos expedidos.

2.- En relación con el segundo cargo, sobre posible falta de competencia territorial del Subgerente Administrativo y del Gerente Regional del SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, la Sala hace las siguientes consideraciones:

En el capítulo sobre CONCEPTO DE VIOLACION, que hace parte del escrito de demanda, el apoderado de la parte actora se limitó a dar como razón de este cargo la siguiente: "Porque de acuerdo con las normas sobre la materia que me permití invocar como violadas en esta demanda, la jurisdicción de los funcionarios regionales del SENA, no es nacional, sino precisamente regional". A su vez, en su alegato de conclusión, se limitó a expresar lo siguiente: "Es claro, como se sostuvo en la demanda, que el Subgerente Administrativo del SENA, regional Bogotá, era manifiestamente incompetente para expedir la resolución 03922".

Por su parte, la apoderada del SENA, en su alegato de conclusión, argumenta que este instituto es una sola persona jurídica y no un conjunto o federación de jurisdicciones, a cuyo Director General le fue asignada la función de cobrar los aportes por el literal j. del art. 11 del decreto 3123 de 1.968, quien la delegó a través de las Resoluciones 1002 de 1.983 y 134 de 1.984, actos estos últimos que limitan la delegación en razón de la cuantía y en ningún caso por el ámbito territorial.

Ante la pobreza de los argumentos de la parte actora en relación con este cargo, que no permiten un análisis detallado del mismo, la Sala se limita a hacer notar que de conformidad con las normas orgánicas del SENA, este es un establecimiento público del orden nacional que, por lo tanto, ejerce sus funciones en todo el territorio de Colombia, ya sea a través de sus funcionarios centrales o de los regionales a quienes les haya sido asignada o delegada la respectiva función, y como el demandante en ningún momento precisó las razones que permitieran analizar porqué dichos funcionarios regionales no tendrían competencia territorial para el cobro de aportes a una entidad como el Banco del Estado, la Sala concluye que no puede prosperar este cargo.

3. En relación con el tercer cargo, consistente en la presunta imposibilidad del Director General para delegar la atribución de producir actos administrativos con fuerza de título ejecutivo, la Sala considera :

Son dos los argumentos expresados en la demanda para sustentar este cargo:

El primero consiste en afirmar que "la atribución de producir por sí y ante sí, actos administrativos con fuerza de título ejecutivo es exclusiva del Director General y dicho funcionario no está facultado expresamente para delegarla; ni podía estarlo por los demás" (fl. 17A del cuaderno principal).

El segundo, porque la delegación del Director General del Sena, en los Subgerentes Administrativos de las Regionales de la entidad es violatoria de normas de carácter superior, específicamente del acuerdo 034 de 1.974, cuyo articulado no autoriza al delegante para delegar sus funciones en los subgerentes, sino, en el mejor de los casos, en los Gerentes Regionales".

Respecto del primer argumento, la Sala hace notar que el actor no precisa el sustento de su afirmación que le daría el carácter de exclusiva del Director General a la facultad de expedir "actos administrativos con fuerza del título ejecutivo". Frente a lo anterior, y por el contrario, la Sala encuentra que de conformidad con el Parágrafo del artículo 11 del Decreto 3123 de 1.968, reorgánico del SENA, "el Director General podrá delegar las funciones propias de su cargo, de conformidad con los estatutos y las reglas que dicte el Consejo Directivo Nacional", principio que se repite en el Parágrafo del artículo 28 del Decreto 1847 de 1.969, que contiene los estatutos de la entidad.

De tal manera que como el demandante no precisa ninguna norma que le otorgue el carácter de competencia exclusiva e indelegable, la Sala debe acogerse a la posibilidad general de delegación prevista en las normas anteriormente citadas.

Tal vez el demandante haya pensado, al expresar su argumento, en la imposibilidad de delegar el ejercicio de la jurisdicción coactiva por parte de los representantes legales de las entidades públicas que gozan de esa atribución. Pero es evidente que, independientemente de ese debate, aquí no se trata del ejercicio de esa atribución sino de la expedición de los actos administrativos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, que es un asunto bien diferente del de ejercer esa jurisdicción, es decir, del de hacer efectivos los créditos contenidos en aquellos actos.

Respecto del segundo argumento, la Sala encuentra lo siguiente:

El fundamento legal de los actos acusados es el expresado en sus encabezamientos, así : para la Resolución No. 03922 de 1.983, la resolución de delegación No. 1002 del 21 de mayo de 1.983; para las resoluciones Nos. 710 y 1001 de 1.984, las facultades conferidas por el Director General mediante la Resolución No. 0134 de 1.984.

A su vez, la Resolución No. 1002 del 21 de marzo de 1.983 (y no 21 de mayo, como equivocadamente indica la Resolución No. 03922 de 1.983- V. fl. 9 del cdno. principal), delega en los Gerentes Regionales y en los subgerentes Administrativos de las Regionales, entre otros, la facultad de expedir, las resoluciones para el cobro de los aportes adeudados al SENA, con fundamento en el Acuerdo No. 34 de junio de 1.974.

Igualmente, la Resolución No. 0134 del 19 de enero de 1.984, deroga la No. 1002 de 1.983, y se expide con fundamento en el Acuerdo No. 34 de junio de 1.974 (V. fls. 10 y 11 del cdno. principal).

Por su parte, el Acuerdo No. 34 del 5 de junio de 1.974, expedido por el Consejo Directivo Nacional del SENA "por el cual se dictan normas sobre aportes y se sustituye el Acuerdo No. 38 de 1.973", es del siguiente tenor en su parte resolutive:

"ARTICULO PRIMERO: Corresponde al Director General y a los Gerentes Regionales, el estudio y decisión de las reclamaciones que presenten los aportes, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias vigentes y las que al efecto dicte el Director General, para agilizar el trámite de tales reclamaciones".

"ARTICULO SEGUNDO: Las constancias en el sentido de que un empleador no está obligado a aportar al SENA, solo podrán ser expedidas por los Gerentes Regionales, previa solicitud escrita del interesado".

"La violación de esta norma será causal de mala conducta, que dará lugar al despido del funcionario responsable.

"ARTICULO TERCERO: El presente Acuerdo rige desde la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Acuerdo No. 38 de 1.973".

Como se concluye fácilmente de la lectura de su texto, el Acuerdo No. 34 de 1.974 no constituye de ninguna manera un acto de autorización al Director General del SENA, como lo exigen el Parágrafo del art. 11 del Decreto 3123 de 1.968 y el Parágrafo del art. 28 del Decreto 1847 de 1.969, para delegar las funciones a que se refieren las Resoluciones de delegación Nos. 1002 de 1.983 y 0134 de 1.984, que sirvieron, a su vez de fundamento para la expedición de las resoluciones acusadas.

Por lo tanto, la Sala encuentra que estas últimas (las resoluciones acusadas) se dictaron con un fundamento normativo manifiestamente ilegal que afecta la competencia de los funcionarios que las expidieron, y así habrá de declararse, por las siguientes razones adicionales.

1a.- La incompetencia es una causal de ilegalidad de tal trascendencia, que se considera por la jurisprudencia y la doctrina como de orden público, de tal manera que debe ser declarada aún de oficio por el juez. Además, como quedó precisado en el segundo cargo planteado por el actor, este la fundamenta en la violación del Acuerdo 34 de 1.974.

2a.- A pesar de que podría decirse que tanto las Resoluciones acusadas como las que les sirvieron de fundamento gozan de la presunción de legalidad y que específicamente las últimas no son objeto de demanda dentro del presente proceso, la Sala considera que lo que en el fondo ha planteado el actor, aunque de manera un tanto confusa, es la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad, a fin de que dichas Resoluciones Nos. 1002 de 1.983 y 0134 de 1.984 no se apliquen en el caso sub iudice, por ser contrarias a una norma superior como es el Acuerdo 34 de 1.974, en el cual pretenden fundamentarse.

Al respecto, la Sala en aplicación del art. 215 de la Constitución Política, del art. 12 de la Ley 153 de 1.887 y del art. 240 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4a. de 1.913), que consagran el principio de la excepción y su aplicación en las diferentes escalas de nuestro ordenamiento jurídico, considera que efectivamente no son aplicables en el presente caso las Resoluciones Nos. 1002 de 1.983 y 0134 de 1.984 que pretendieron darle competencia a los Subgerentes Administrativos y a los Gerentes Regionales del SENA para dictar Resoluciones como las acusadas, por ser violatorias del Acuerdo No. 34 de 1.974, en el cual pretendieron fundamentarse, y que por lo mismo, las resoluciones acusadas fueron expedidas sin fundamento legal.

No sobra agregar que la contrariedad de las Resoluciones Nos. 1002 de 1.983 y 0134 de 1.984 respecto del Acuerdo No. 34 de 1.974, se convierte también en ilegalidad respecto del Parágrafo del artículo 11 del literal f) del Decreto 1847 de 1.969, en cuanto todas estas normas prevén la posibilidad de que el Director General

del Sena podrá delegar funciones propias de su cargo, pero siempre de conformidad con las normas que dicte el Consejo Directivo nacional, con lo cual también se viola el art. 63 de la C.N.

En consecuencia, encontrando la Sala que prospera el tercer cargo planteado por el actor y recurrente, no considera necesario el análisis del cuarto cargo.

De otra parte, como resultado de la declaratoria de nulidad, la Sala ordenará el restablecimiento del derecho en los términos solicitados en la demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en desacuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Primero.- REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 25 de febrero de 1.988, con excepción de la declaratoria de inhabilitación en cuanto al punto IV. a que se refiere la misma sentencia.

Segundo.- Declárase la nulidad de las Resoluciones 3922 de agosto 22 de 1.983 y 710 de abril 12 de 1.984, expedidas por el Subgerente Administrativo del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" Regional Bogotá y Cundinamarca, y de la Resolución No. 001 de junio 14 de 1.984, expedida por el Gerente Regional de la misma institución.

Tercero.- A título de restablecimiento del derecho, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- deberá reintegrar al Banco del Estado las sumas que éste último le hubiere pagado en ejecución de las resoluciones acusadas, o como requisito para obtener el paz y salvo que la entidad expide para la Administración de Impuestos Nacionales, en relación con las mismas resoluciones.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Padilla Villar, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa legal.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRAVENCION CAMBIARIA/ PRESCRIPCION/ SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS

Al hacer uso la Superintendencia de Control de Cambios de la prerrogativa de resolver mientras no se hubiere acudido ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no significaba ello que pudiera derogar, *motu proprio*, el término conferido por la L. 33/75 para adelantar la respectiva investigación y para tomar una decisión, entendiéndose por ésta la resolución definitiva del asunto. Inferible es de ello, que si llegado el momento de decidir sin que queden ya más recursos y ese momento está sobrepasando los cuatro años

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta,*

Ref. Expediente No. 1499. Autoridades Nacionales. Actor: Bernardo Fernández Mesa.

Con procedencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, ha llegado a esta Corporación, para su decisión, el fallo por él emitido en el proceso de la referencia, el dos de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, por recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación - Superintendencia de Control de Cambios. El recurso fue inicialmente tramitado en la Sección Cuarta de esta Corporación habiéndose remitido a la Sección Primera el 21 de junio de 1.990.

LA ACCION

El ciudadano Bernardo Fernández Mesa, por medio de representante judicial, demandó a la Nación Colombiana por acto de la Superintendencia de Control de Cambios, en uso de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Pide el nulidisciente que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones expedidas por la Superintendencia de Control de Cambios:

"1.- Resolución # 0317 de abril 23 de 1.984 "por medio de la cual se impone una multa al señor Bernardo Fernández Mesa, expediente # 2371".

"2.- Resolución # 00329 de junio 6 de 1.985 "por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición al señor - Bernardo Fernández Mesa, Expediente # 2371".

Solicita igualmente que, como consecuencia de esta declaración, se ordene "a la Superintendencia de Control de Cambios que a título de restablecimiento del derecho, disponga que la Tesorería General de la República reembolse al señor BERNARDO FERNANDEZ MESA o a quien sus derechos represente, la suma de UN MILLON CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$1.041.750.00) la cual fué situada a la mencionada Tesorería con cheque de gerencia #0597018 de junio 27 de 1.985, expedido por el Banco de la República, por concepto de la multa impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios en las resoluciones atacadas. La anterior suma deberá ser reajustada al momento en que se profiera el fallo sobre el presente proceso, conforme a los índices de precios al consumidor y el pago de intereses corrientes a partir de la ejecutoria de la sentencia por el término de seis (6) meses y moratorios hasta cuando se haga efectivo el pago".

FUNDAMENTACION FACTICA

Para los efectos de esta providencia, los siguientes son los hechos relievantes:

1.- La Superintendencia de Control de Cambios, Seccional Bogotá, con fecha 19 de mayo de 1.980, abrió investigación penal-administrativa contra el señor Bernardo Fernández Mesa por presuntas violaciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior, consistente en la retención que le hizo el Departamento de Policía de Bogotá de la suma de US 15.000.00 el día 12 de mayo de 1.980.

2.- La Superintendencia de Control de Cambios impuso multa al señor Fernández Mesa por la suma de \$1.041.750.00, equivalente al 150% del monto de la presunta infracción cambiaria, mediante la Resolución No. 0317 de abril 23 de 1.984.

3.- Contra dicha resolución se interpuso el recurso de reposición, el que fué decidido mediante la Resolución No. 00329 del 6 de junio de 1.985, "o sea un año y un mes después, lo anterior indica que la resolución sancionadora o principal, # 0317 de 23 de abril de 1.984, quedó suspendida en sus efectos -en otros términos- no quedó en firme, merced al recurso interpuesto, produciéndose el fenómeno jurídico de la prescripción de la contravención al Régimen de Cambio Internacional. Los cuatro (4) años de la prescripción se interrumpieron por el auto que abrió la investigación, o sea el fechado el 19 de mayo de 1.980, volviendo a correr el mismo término de cuatro (4) años desde esa fecha hasta mayo de 1.984. Entretanto, el Acto Administrativo que confirmó la sanción, quedó en firme el día de su notificación, 7 de junio de 1.985.

4.- Se encuentra acreditado en el proceso el pago de la multa impuesta al señor Bernardo Fernández Mesa por la suma de \$1.041.750.00.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal *a quo*, después de un prolijo examen sobre los hechos de la demanda y sus pretensiones, acoge al planteamiento del actor expuesto en el tercer punto del acápite anterior, haciendo la siguiente deducción que fundamenta la decisión apelada:

"El anterior razonamiento concluye con evidencia en que la Superintendencia de Control de Cambios aplicó la sanción es decir sancionó al infractor del Régimen de Cambios Internacionales después de que había prescrito la correspondiente acción contravencional.

"Esto induce a la Sala a decretar la nulidad de los actos acusados".

"La prescripción de esta acción contravencional se fundamenta no sólo en el transcurso simple de los años, sino en el hecho de no haberse ejercitado por la Superintendencia de Control de Cambios el derecho de sancionar en un tiempo más o menos largo. Si la Superintendencia abandonó ese interés público de represión, ella debe sufrir las consecuencias de esa prescripción. Quiere decir que la Superintendencia de Control de Cambios ha olvidado el hecho cometido y ha perdido la capacidad sancionadora".

El fallo del Tribunal es por tanto favorable a las pretensiones del actor.

FUNDAMENTACION DEL RECURSO

La apoderada judicial especial de la Superintendencia de Control de Cambios al explicar las razones de la alzada, dice en primer término que el procedimiento administrativo que culminó con la Resolución No. 317 de abril 23 de 1.984, fue

realizado con la plena observancia de las normas que lo regulan y que, al expedirse dicha resolución en forma regular y motivada hubo, por parte de la Superintendencia de Control de Cambios, competencia funcional y temporal. Después de describir el itinerario seguido en el proceso regular con base en la falta supuestamente cometida, saca la recurrente la siguiente conclusión:

"Tenemos así que siendo el acto de apertura de la investigación de mayo 19 de 1.980, la competencia de la Superintendencia de Control de Cambios para adoptar una decisión de fondo existía hasta mayo 19 de 1.984 y vemos que la Resolución No. 317 por medio de la cual se impone una multa es de abril 23 de 1.984 o sea, fue proferida dentro del término señalado por la Ley 33 de 1.975".

Bajo el título "Decisión en la vía Gubernativa- Sujeta a un término distinto del señalado para la expedición del acto producto del procedimiento administrativo propiamente dicho", expresa el memorial que una vez puesta en marcha la vía gubernativa con la interposición del recurso de reposición, la Superintendencia lo resolvió con la Resolución No. 329 de junio 6 de 1.985 y que para este efecto, la Superintendencia disponía del término general consagrado en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, es decir, mientras el administrado, con base en el silencio administrativo negativo no acudiera ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"De ahí -dice- que como a junio 5 de 1.985 el señor Bernardo Fernández Meza no había acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, la Superintendencia de Control de Cambios profirió la Resolución de la vía gubernativa, es decir la No. 329 de junio 6 de 1.985, que confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 317 de abril 23 de 1.984, la que como quedó claramente establecido en el numeral 2.3 de este escrito, fue expedida con plena competencia temporal".

Solicita en consecuencia la apelante que se revoque en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal y que se declare, a su vez, que las resoluciones anuladas son ajustadas a derecho toda vez que la Superintendencia de Control de Cambios sí tenía plena competencia temporal cuando sancionó al señor Fernández Mesa con la Resolución que fue confirmada con la número 329 de junio 6 de 1.985, "al haberse puesto en marcha la vía gubernativa."

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, habiendo analizado las pretensiones de la demanda y la decisión del Tribunal, aduce que habiéndose expedido y notificado la Resolución No. 0329 del 6 de junio de 1.985 cuando ya se encontraba configurado el fenómeno de la prescripción de la acción, debe confirmarse la sentencia recurrida.

Son palabras suyas: "En el supuesto de que exista una diferencia entre el "Procedimiento Administrativo" y la "vía gubernativa", es indudable que tal circunstancia no demuestra que el artículo 1o., de la Ley 33 de 1.975 se refiera a dicho procedimiento y que excluya del término que él mismo consagra a la mencionada vía gubernativa".

CONSIDERA LA SALA:

No dejan de ser valiosos, sin lugar a dudas, los esfuerzos de la apoderada judicial de la Superintendencia de Control de Cambios, para procurar una convalidación jurídica al acto por el cual, más allá de los términos de la prescripción, su representada definió la imposición de una sanción por contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior.

No obstante, su teoría de pretender conducir por dos carriles diversos el término para el procedimiento administrativo que debe seguir la superintendencia de Control de Cambios para la expedición de una decisión que resuelva la situación jurídica cambiaria del administrado y el término para la vía gubernativa, no tiene asidero legal. Al decir el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo que "La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1o. no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo", está relievando la obligatoriedad de la norma en el sentido de que debe producirse, forzosamente, una decisión, no quedando *ad libitum* de la autoridad el pronunciarse o no. La trascendencia que la jurisprudencia ha querido darle a esta figura, se tipifica en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia (20 de junio de 1.990) que declaró inexecutable el artículo 7 del Decreto 2304 de 1.989 "por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo", disposición que al modificar el artículo 60 de dicha condificación prescribía que con el silencio negativo se perdía la competencia de la administración para resolver los recursos.

Ahora bien, al hacer uso la Superintendencia de Control de Cambios de la prerrogativa de resolver mientras no se hubiere acudido ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no significaba ello que pudiera derogar, *motu proprio*, el término conferido por la Ley 33 de 1.975 para adelantar la respectiva investigación y para tomar una decisión, entendiéndose por ésta la resolución definitiva del asunto. Inferible es de ello, que si llegado el momento de decidir sin que queden ya más recursos y ese momento está sobrepasando los cuatro años fijados por la Ley, la resolución de la Superintendencia no ha podido ser otra que la de declarar la prescripción en forma oficiosa en lugar de empeñarse en corroborar una decisión que, si bien había sido tomada en tiempo oportuno, su confirmación se hizo en el tiempo ya inoportuno, según los postulados del derecho positivo vigente.

Para sustentar su afirmación de que el Tribunal de primera instancia confunde el procedimiento administrativo propiamente dicho que culmina una actuación ad-

ministrativa, con la vía gubernativa, "confusión que lo llevó a suponer que el término de que dispone la Superintendencia de Control de Cambios para proferir su decisión que culmina su actuación administrativa debe incluir la vía gubernativa", cita la apelante unos enjundiosos conceptos del tratadista Carlos Betancur Jaramillo en los que, realmente, distingue ambas figuras que muchos confunden en una sola bajo la denominación de vía gubernativa. No obstante, no dice el distinguido estudioso que la vía gubernativa quede excluida del término dentro del cual la Administración deba proferir su decisión definitiva. Tampoco cita la recurrente ninguna norma legal que así lo disponga, acogiéndose únicamente a su personal interpretación que, siendo respetable, no puede en forma alguna compartirse.

No considera la Sala que sea necesario ahondar más en un asunto de tan meridiana claridad viéndose en ello más bien el esfuerzo de una entidad por hacer valer una decisión tardíamente tomada, empeño que sería preferible orientar a la cumplida y oportuna adecuación de sus actos a las obligaciones a ella impuestas por el Estado.

En mérito de lo expuesto y después de oír el concepto del señor Agente del Ministerio Público que comparte, 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,

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha dos (2) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1.989).

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día seis de diciembre de mil novecientos noventa.

Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

DERECHOS DE AUTOR/ SOFTWARE/ POTESTAD REGLAMENTARIA

El soporte lógico o software, sí es una creación del espíritu en el campo científico y es por lo tanto objeto protegible por la ley sobre derechos de autor. Bien puede pensarse en que, siendo así, que la Ley 23/82, ampara, según la expresión y el espíritu de su artículo segundo, las obras del campo científico comprendidas bajo el nombre de soporte lógico o software, era imprescindible que, para que su aplicación fuera viable se hicieran las aclaraciones y definiciones que la complementarían en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Rodrigo Vieira Puerta,

Referencia : Expediente No. 1304. Decretos del Gobierno. Actor: Hernan Antonio Barrero Bravo.

El actor de la referencia, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ha solicitado a esta Corporación lo que seguidamente se relaciona:

PETITUM

"1.- Que se declare la nulidad del Decreto 1360 del 23 de julio de 1.989, del Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor, en su integridad".

"2.- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca en este proceso dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.".

HECHOS

Se señalan los siguientes como fundamento de la pretensión:

"1.- El Decreto 1360 del 23 de julio de 1.989, fue dictado por el Presidente de la República de Colombia en ejercicio de la facultad consagrada en el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política".

"2.- El decreto demandado reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor".

"3.- El Decreto 1360 de 1.989, lleva la firma del Presidente de la República y del Ministro de Gobierno".

"4.- El Decreto 1360 de 1.989 aparece publicado en el Diario Oficial, cuyo ejemplar se adjunta".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Se señalan las siguientes: Artículos 76-1, 76-12 y 120-3 de la Constitución Política; artículos 26 y 28 del Código Civil Colombiano.

Manifiesta el actor que "las definiciones deben hacerse por medio de ley, porque ellas sirven para interpretar y determinar el alcance de la ley y por mandato del artículo 76-1 de la Carta Fundamental, esta atribución es del Congreso y no del Gobierno". Estima igualmente, que la labor de interpretación "no le corresponde hacerla al Gobierno por medio de un decreto reglamentario, sino por un decreto con fuerza de ley, producto de facultades extraordinarias (Art. 76-12 C.P.), o al Congreso por medio de una Ley" o "que sean los jueces y los funcionarios públicos, según el caso, quienes en asuntos particulares apliquen las leyes y las interpreten por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil Colombiano. En cuanto a las precisiones hechas por el Decreto acusado, respecto al artículo 3 del Decreto 1360 de 1.989 que define el programa de computador, descripción de programa y material auxiliar, dice que "El Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga el artículo 120-3 de la C.P., porque los términos o materias definibles no aparecen en la Ley 23 de 1.982" y que "Así mismo, el artículo 28 del C.C.C., sobre esta materia establece: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; **pero cuando el legislador las haya definido expresamente para CIERTAS MATERIAS SE LES DARA EN ESTAS SU SIGNIFICADO LEGAL**". Y complementa: "De la parte subrayada se desprende sin duda que las definiciones del artículo 3 del Decreto cuya nulidad solicitamos corresponde al Congreso y no al Gobierno por medio de un Decreto sin fuerza de ley, porque de esta manera viola los artículos citados en este aparte".

Estima también el accionante que el soporte lógico (software), considerado como obra inédita "salvo manifestación en contrario hecha por el titular los derechos de autor", que debe ser definición que establezca una ley "porque lo que hace es determinar e interpretar una ley presentándose, entonces, un exceso en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, conferida por el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Política".

Sobre el artículo 7 del Decreto demandado que establece "La protección que otorga el derecho de autor al soporte lógico (software), no excluye otras formas de protección por el derecho común", manifiesta el solicitante de nulidad: "Este artículo deja entrever, una vez más, que sus redactores no están seguros de que el soporte lógico debe ser protegido por la Ley 23 de 1.982, sobre derechos de autor, como lo afirma en el artículo 1 del mismo". Esta posición, afirma, causa en nuestro medio una inseguridad jurídica, no siendo además al Gobierno Nacional, a quien corresponde, por un decreto sin fuerza de ley, establecer lo contenido en este artículo sino que tal protección debe señalarla el legislador por medio de una ley.

Sobre el soporte lógico o software, dice textualmente el actor:

"El soporte lógico o software como creación intelectual puede encuadrar en la propiedad industrial o en los derechos de autor, como lo contempla la legislación de cada país y según las características que tenga, será o no patentable o sujeto a las disposiciones autorales".

"Pues bien, algunas definiciones de la parte importante del soporte lógico o software: el programa, son:

"a) Es un conjunto de instrucciones para operar una computadora en su análisis de datos y en sus operaciones generales, **no es de por si una obra ni una invención**". (Doctrina generalizada).

"b) Es una secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere en forma de expresión o fijación". (Ley Española de Propiedad Intelectual, art. 96, num. 1)".

"c) El Decreto demandado en el artículo 3, lit. a) define el programa de computador, como "La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independiente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico".

"De estas tres definiciones podemos sacar un denominador común: el programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador".

"Estas instrucciones están contenidas en una envoltura mecánica; es decir, están almacenadas; motivo por el cual el programa de computador, como tal, no puede ser una creación propia del dominio literario, ni someterse para su protección, en principio, a la legislación autoral, como se pretende en el decreto al clasificarlo de esta manera en el artículo 1".

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Gobierno, por intermedio de apoderado, se hizo presente a nombre de la Nación y después de hacer referencia a la petición de nulidad, a las normas consideradas como violadas, a la pretendida inconstitucionalidad e ilegalidad de los artículos del Decreto 1360 de 1.989, hace una defensa del mismo fundamentada en primer lugar, en el artículo 2 de la Ley 23 de 1.982 que "entre otras cosas es copia casi textual del artículo 2 del Convenio más importante en materia de protección multilateral al derecho de autor, como lo es el Convenio de Berna de 1.886 del cual es miembro Colombia y otros 82 países, entre los que se cuentan Estados Unidos, Francia, Reino Unido, España, etc."

Manifiesta el apoderado del Ministerio que "haciendo eco de las necesidades planteadas por los diversos productores del *software* en el país, quienes día a día venían reclamando un marco de protección para sus programas ante la reiterada reproducción ilícita de los mismos, se empezó a evidenciar la importancia de contar con una reglamentación en este sentido" y que "para ello fueron estudiadas las diversas posiciones doctrinales y legislativas del mundo, siendo evidente que en la actualidad la tendencia casi unánime es la de considerar el soporte lógico como una creación propia del dominio literario, sujeta a disposiciones del derecho de autor". Hace luego un recorrido por las posiciones legales y jurisprudenciales de otros países en cuanto tienden actualmente y en forma generalizada a la protección del *software*. A nivel americano hace referencia a Argentina, México, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, El Salvador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, naciones en las cuales existen normas legales que protegen el *software* por la vía de los derechos de autor.

Por otra parte, "la característica dominante en los países desarrollados también es la de enmarcar la protección del *software* por esta vía. Por supuesto en la definición del tema jugaron un papel importante motivaciones de política internacional así como las obligaciones emergentes de los acuerdos internacionales en materia de derechos de autor y la presión de los países productores del software, en especial de los Estados Unidos". Hace entonces el respondiente un amplio recorrido por las legislaciones y fallos jurisprudenciales de algunos países como Alemania Federal, Australia, India, Hungría, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Japón, Taiwan, Hong Kong, Corea del Sur, Austria, Canadá, España, Países Bajos, Países Escandinavos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), países que han considerado, según palabras del libelista, de manera expresa o tácita la legislación autoral como el medio más adecuado para proteger el *software*.

Hace especial énfasis el apoderado de la Nación en el régimen vigente en los Estados Unidos en donde la Oficina de Derechos de Autor (Copyright Office) acepta para registro los programas de computador desde 1.964 y cita, además, lo que él llama una de las decisiones judiciales más importantes en el que "La Corte expresó con claridad que la expresión del trabajo literario no está confinada a la literatura como tradicionalmente la conocemos, sino que abarca todo tipo de expresión personal a través de números, símbolos convencionales o algoritmos. En suma, la Corte dejó sentado que los programas de computador eran protegibles por los derechos de autor, desde su fuente, pasando por sus diferentes versiones".

Refiriéndose a los cargos hechos en la demanda contra los artículos 2 y 3 del Decreto 1360 de 1.989, manifiesta el libelista que la intención del ejecutivo fue la de desentrañar el espíritu de la Ley 23 de 1.982 y reglamentar el registro del *software*, enmarcando "dentro de una definición amplia y no limitativa, los elementos de la obra que de manera general comprendieran lo que universalmente se conoce por *software*, para así poder definir los elementos de la obra que fueran necesarios para su registro".

Y sobre la solicitud de nulidad de los artículos 5 y 6 anota que no se hace ninguna consideración de fondo en la demanda que permita evidenciar una posible transgresión a la Constitución o a la Ley.

EXCEPCIONES

En la contestación de la demanda se propone la excepción de "ineptitud sustancial de la demanda" sustentada en la "ausencia de presupuestos procesales para la acción y/o de requisitos formales C.P.C. numeral 5 artículo 97), toda vez que la parte actora omitió lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A. en lo atinente a explicar el concepto de la violación de las normas presuntamente violadas".

ALEGATOS EN CONCLUSION

Corrido el traslado a las partes para alegar en conclusión, se hizo presente únicamente el señor apoderado de la Nación -Ministerio de Gobierno- quien, además de reiterar algunos conceptos ya expresados en su primer memorial, manifiesta que "aceptar la tesis del libelista con respecto al *software*, sería negarle la posibilidad de protección a cualquier obra que en el futuro pueda desarrollarse o definirse por cualquier medio conocido o por conocer, pues sería necesario entonces, según el libelista, que cada vez se requiera una ley que de manera expresa definiera el ámbito de protección a esa nueva obra, con los perjuicios que ocasionaría a los autores o titulares al ver utilizadas sus obras si autorización, pero sin poder defenderse al no encontrar un mecanismo legal eficaz en inmediato para defender sus intereses".

LA VISTA FISCAL

Al hacer el pronunciamiento que procesalmente le corresponde, el señor Fiscal Primero de la Corporación, después de informar su concepto con las definiciones, contenidos, técnicas y sistemas, procedimientos, criterios científicos y jurídicos aportados por las partes en litigio, concluye diciendo que "los avances tecnológicos no pueden desconocerse por un legalismo pretendido y arguyendo la ausencia de legislación que a veces no tiene la capacidad de avance y actualización de las sofisticaciones de la comunicación y se necesita dar pasos de avanzada hacia un concepto documental que acorte las distancias que exige la funcionalidad estatal. La base en adelante estará dada por las comunicaciones entre los individuos y mediante el cambio de informaciones cuya demanda es más pronunciada en ese (sic) época más que en cualquiera otra época".

Se refiere a la excepción presentada, diciendo que sí se encuentran en el texto de la demanda los elementos que dan cumplidas las exigencias del artículo 137 del C.C.A., no configurándose por consiguiente la ineptitud sustantiva que se acusa por parte del representante de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción pública incoada en esta demanda pretende la declaratoria de nulidad de Decreto Reglamentario número 1360 del 23 de julio de 1.989 del Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta la inscripción del soporte lógico (*software*) en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

Siendo imperativo legal decidir en la sentencia cuánto se refiere a las excepciones propuestas y a las que el fallador encuentre probadas, será lo primero en esta providencia referirse a la excepción formulada en la contestación de la demanda así:

"Propongo muy respetuosamente ante el Honorable Magistrado la Excepción de INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA por ausencia de los presupuestos procesales para la acción y/o de requisitos formales (C.P.C. numeral 5 artículo 97), toda vez que la parte actora omitió lo preceptuado en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A. en lo atinente a explicar el concepto de la violación de las normas presuntamente violadas, cercenando de tal manera el derecho de defensa del Ministerio de Gobierno, pues no se sabe qué aspectos de la norma fue (sic) presuntamente violado y por ende al impetrar el Decreto 1360 del 23 de junio de 1.989 partió de presupuestos imaginarios o de simples comentarios sin llegar a doctrinales, en lo concerniente a cómo y por qué fueron supuestamente violadas las normas citadas.

"Este se limitó a plasmar en el papel algunos artículos sin sustentar el concepto de violación ni el alcance de la misma como lo exige el artículo 137 nume-

ral 4 del Código Contencioso Administrativo. Es decir, hacer una explicación razonada de todas y cada una de las normas invocadas como transgredidas".

Ya se había hecho alusión en el capítulo anterior a la posición de la Fiscalía en relación con la excepción propuesta. La Sala encuentra conforme a la hermenéutica jurídica dicha opinión puesto que, efectivamente, "en el texto global de la demanda se encuentran implícitos los motivos de la violación". Al examinar el libelo, la técnica de su presentación indica claramente que el Capítulo IV "CONCEPTO DE LA VIOLACION" contiene el desarrollo, expuesto en cinco folios de la explicación del concepto de la violación de las normas presuntamente agredidas y es en seguimiento de esa exposición que se contestan y se refutan las acusaciones hechas al decreto demandado resultando carente de lógica la proposición de la excepción por parte del representante de la parte demandada. No se encuentra, por lo tanto, probada dicha excepción.

Entrando ya en la materia propuesta por el nulidisciente, se avía este proveído a despachar una a una las agresiones que contiene, según su denuncia, el Decreto 1360 contra cinco mandatos superiores.

Es pertinente, sin embargo, dejar establecido como primer grado de comparación el texto del artículo segundo de la Ley 23 de 1982 que demarca, en forma por demás nítida y amplia, todo lo que es susceptible de ser amparado por ella, la ley sobre derechos de autor:

"ARTICULO 2o.- Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias, artísticas las cuales se comprenden (sic) todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de expresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer".

Es oportuno, igualmente, anotar que el Diccionario de la Lengua define así el vocablo "OBRA": (del latín: ópera) Resultado del trabajo o de la acción". Se hace esta acofación por cuanto el actor trae una primera definición (Doctrina Generalizada) de la parte importante de soporte lógico o *software*, el programa, que en su texto reza: "Es un conjunto de instrucciones para operar una computadora en su análisis de datos y en sus operaciones generales, **no es de por si ni una obra ni una invención**".

Se observa que, además de no citarse en la demanda el origen de tal definición, esta se encuentra en total desacuerdo con el sentido semántico de la palabra "obra" y así también con el sentido lógico pues no puede negarse, sin peligro de ir en contravía de una transparente evidencia, que si bien las informaciones sueltas podrían no constituir una invención, su sistematización, su organización secuencial dentro de un programa informático específico, es el resultado de un trabajo, es "una creación del espíritu en el campo científico", una "producción del dominio científico" que podría reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer".

Hacia ese concepto se enfoca la definición que trae la Ley Española de Propiedad Intelectual, aportada por el demandante: El soporte lógico o *software* "Es toda secuencia de instrucciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación". Es más completa y más acorde con la relación pensamiento-resultado la definición del artículo tercero, literal a) del decreto demandado: Es "La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independiente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico".

La obvia conclusión de que un trabajo así realizado, con la voluntad teleológica de obtener una función, una tarea o un resultado específico, es un trabajo intelectual, tiene la misma fuerza de la gravedad.

De ahí que resulte no sólo simplista sino equivocado el denominador común que saca el demandante: "El programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador. Estas instrucciones están contenidas en una envoltura mecánica; es decir, están almacenadas; motivo por el cual el programa de computador, como tal no puede ser una creación propia del dominio literario, ni someterse para su protección, en principio, a la legislación autoral, como se pretende en el decreto al clasificarlo de esta manera en el artículo 1."

Si hubiera de acogerse la singular teoría del accionante, podría decirse que están almacenadas las películas de "video-tape", las canciones en la cinta que aprisiona un cassette y que cada quien, a su libre albedrío, podría apoderarse de dichas producciones sin reconocer los derechos que corresponden a sus autores.

Colofón de las anteriores aserciones es la natural deducción de que el soporte lógico o *software*, sí es una creación del espíritu en el campo científico y es por lo tanto objeto protegible por la ley sobre derechos de autor.

Bien puede pues pensarse en que, siendo así, que la Ley 23 de 1.982, ampara, según la expresión y el espíritu de su artículo segundo, las obras del campo científico comprendidas bajo el nombre de soporte lógico o *software*, era imprescindible que,

para que su aplicación fuera viable se hicieran las aclaraciones y definiciones que la complementarían; sólo la reglamentación aseguraría su cumplimiento siendo el Gobierno, en uso de la potestad reglamentaria el encargado de hacer las precisiones de rigor.

Es por ello que resulta desafortunada e inexacta la apreciación del demandante cuando, a folio 3 de su escrito manifiesta que "con este decreto se pretendió interpretar la ley autoral (L.23/82), al regular por medio de un decreto sin esta categoría, lo relativo al soporte lógico, cuando afirma en el artículo 1 que: "De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1.982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (*software*) se considera como una creación propia del dominio privado". La inexactitud comienza con la misma transcripción pues, realmente, el decreto en ninguna de sus partes habla de dominio privado; y es inexacta en su verdadera significación ya que un decreto reglamentario no se hace para pretender interpretar una ley sino para desarrollarla y hacerla funcional y aplicable en sus objetivos. Consecuencia de este proemio es la imposibilidad jurídica de que el decreto cuestionado cause agresión a los artículos 26 y 28 del Código Civil, normas que regulan la interpretación de la ley al igual que todo el articulado del Capítulo IV de dicha codificación. Habla el artículo 26 de la interpretación por vía de doctrina y prescribe el 28 que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio. No se ve cómo puedan existir contradicción entre dos mandamientos que tratan de ayudar al juzgador en la dilucidación de normas que puedan carecer de claridad en su sentido y alcance y los ordenamientos del Decreto subjudice que, en seguimiento de la filosofía propia de los decretos reglamentarios, hace la complementación de la misma para hacerla ejecutable y formando con ella una integración que las convierte, en la práctica, en una sola disposición.

En forma reiterada el Consejo de Estado ha dicho que la facultad reglamentaria contenida en el artículo 120 numeral 3 de la Constitución hace parte esencial de la misma función administrativa, pieza fundamental en el desarrollo de la ley y de la administración. En sentencia de esta misma Sala (noviembre 23 de 1.984 con ponencia de Dr. Samuel Buitrago Hurtado), se afirmó:

"Es imposible que la ley contemple o contenga todos los requisitos o reglas en detalle que son indispensables para su debida aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se pueden prever en determinada materia; ese sería el casuismo legal indicativo realmente de una falta de técnica legislativa, como lo ha dicho el Consejo en no pocas ocasiones. Consecuencialmente, la función de hacer operante la norma legal en cuanto a ciertos aspectos y detalles, la cumple el reglamento. La Ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores".

Esta labor de complementación cumplida por un decreto reglamentario no es, como en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no puede serlo, confundible ni con la labor de interpretación que contemplan los artículos 26 y 28 del Código Civil, ni con la atribuida al Congreso mediante el numeral 1o. del artículo 76 de la

Carta que, por ende, no resulta tampoco violado con el Decreto 1360 de 1.989. Tampoco lo es, por lo explicado, el artículo 120 numeral 3 que se ve en el lealmente interpretado y aplicado. Con menos razón lo es el numeral 12 del mismo artículo constitucional cuya mera mención, sin ninguna explicación valedera, resulta extraña al ser invocada en el libelo.

Es de concluirse, que el estatuto demandado es jurídicamente procedente, que no hay en él, bajo el supuesto pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, ni intención de interpretar una ley de por sí clara, ni exceso en el ejercicio de dicha potestad, teniendo más bien como objetivo indiscutible el hacer eficaz, efectivo y plenamente operante el derecho consagrado en la norma superior.

El Decreto acusado, tiene en su contexto, preceptos que se derivan en un todo de las disposiciones legales que reglamenta, no habiendo en él ni nuevas obligaciones ni tampoco prohibiciones que extralimiten los patrones de la ley generatriz de esos derechos; no hay usurpaciones a la voluntad legislativa sino el desenvolvimiento claro y preciso de un principio consagrado en la ley cumpliéndose la finalidad de complementarla sin entrar a hacer interpretaciones ni sustituciones sino precisiones sobre lo que en ella estaba ímplicito.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, después de atender el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA :

1o.- DECLARASE NO PROBADA la excepción de "Ineptitud sustancial de la demanda.

2o.- NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ COMPETENCIA POR CUANTIA/ PRINCIPIO DE EFICACIA/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ PERJUICIOS

A pesar de la tesis de la Sala según la cual "si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son éstos a primera o simple vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer del proceso en un Tribunal Administrativo", y que ahora se reitera, no puede menos de considerar la Sala que fundándose en el numeral 5° y el inciso final del artículo 144 del C. de P.C., las causales de nulidad antes señaladas (numeral 5° e inciso final del artículo 144 del C. de P.C.) en una interpretación de las normas atributivas de competencia al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, recientemente acogida por esta Sección, ella no puede ser aplicada con el mismo rigor a procesos iniciados en época anterior, cuando la interpretación vigente de las mismas normas conducía a la conclusión de ser la pretensión misma el aspecto o parámetro determinante para deducir si la acción de restablecimiento del derecho incoada carecía o no de cuantía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Doctora Myriam Guerrero de Escobar,*

Expediente N° 1271. Actor: Transportes La Costeña Ltda.

Se resuelve sobre el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la providencia de 28 de septiembre del año en curso, mediante la cual se declaró la

nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive y se ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

EL AUTO RECURRIDO

Se sustenta la providencia impugnada en las razones que la Sala sintetiza, así:

a.- La sociedad TRANSPORTES LA COSTEÑA LIMITADA, por conducto de apoderado formula en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución N° 880 de 26 de mayo de 1.989 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Resolución N° 001 de 22 de diciembre de 1.988 expedida por la Cámara de Comercio de Barranquilla y a título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que la Cámara de Comercio de Barranquilla está en la obligación de mantener el Registro N° 18114 de 22 de diciembre de 1.983 que se refiere a la inscripción de la Escritura Pública N° 2816 de 14 de diciembre del mismo año y que está también en la obligación de certificar y publicitar a la sociedad "TRANSPORTES LA COSTEÑA DURAN Y COMPAÑIA S. C. A."

b.- Hace la actora énfasis en la exposición de los posibles daños económicos causados por las resoluciones demandadas, cuya cuantía se desprende del contexto mismo de la demanda, aunque se abstenga de efectuar tal cuantificación o totalización ya que "según sus propias palabras, no importa la cuantificación exacta de los mismos en consideración a que con este libelo no se solicita la indemnización de los perjuicios".

"Más que explícito es el demandante en la exposición de los perjuicios económicos, actuales y futuros, sufridos como consecuencia de los actos administrativos que denuncia. Veamos el elenco que presenta:

"a) La simple cancelación de las rutas significa no solamente la extinción de la sociedad por imposibilidad de cumplir su objeto social, sino también la quiebra de ésta y de sus afiliados (art. 218 C. Co.). A nadie escapa que la suspensión o la revocación de las rutas procede consecuencias **NETAMENTE ECONOMICAS** originadas por la falta de explotación. (Las mayúsculas no son del texto)".

"b) La sociedad no solamente se enfrenta a graves perjuicios futuros sino que igualmente **los está sufriendo en el momento** (subraya la Sala) debido a que por no conservar su calidad de S.C.A. ya no cumple los requisitos de Resolución 241....".

"c) Es así como tiene que responder ante los accionistas de buena fe que sin figurar como socios en la limitada si figuran como tales en el libro de accionistas de la S. C. A. **A estos ante los reclamos, tendrá que devolverles sus aportes y enfrentar los posibles procesos que se inicien en su contra**".

"d) De otra parte la sociedad en la limitada figura con un capital suscrito de UN MILLON CUATROCIENTOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.400.500.00) M.L. según aparece en el Certificado de Constitución y gerencia de fecha 28 de noviembre de 1.988.

"Como S. C. A. tiene un capital suscrito de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$10.200.000.00) según da cuenta el certificado de constitución y gerencia de fecha 10 de febrero de 1.989. "Quiere lo anterior decir que la diferencia entre ambos capitales **debe ser devuelta inmediatamente por la sociedad lo que origina la descapitalización de la misma y trae como consecuencia graves desajustes en el capital de trabajo de la empresa**". (las subrayas son de la cita).

De lo dicho se deduce que en todo el cuerpo de la demanda hay una cuantía inserta y computable, faltando sólo hacer la operación aritmética para obtener el correspondiente resultado.

c.- No es dable al actor la escogencia del juez ya que las competencias están reguladas en el ordenamiento jurídico, siendo así obligante para el accionante y para el juzgador el cumplimiento de las instancias, cuya violación conlleva la nulidad de la actuación, tal como lo expresan los artículos 6° y 152 numeral 2 del C. P. C.

Habiéndose establecido que la demanda tiene una cuantía, su conocimiento escapa a la competencia del Consejo de Estado en obediencia a lo estipulado en el numeral 3, del artículo 128 del C. C. A.

La sola existencia de la cuantía traslada a los Tribunales Administrativos de la competencia para el conocimiento de las acciones de restablecimiento del derecho en las cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional y en cuanto al factor territorial el numeral 9 del artículo 32 del C. C. A. establece su determinación por el lugar donde se produjo el acto. Como la acción se dirige contra la Superintendencia de Industria y Comercio de cuya Resolución N° 880 de 26 de mayo de 1.989 se deprecia la nulidad y ésta tiene su domicilio en Bogotá, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el competente para conocer de este proceso en primera instancia y al haberlo asumido el Consejo de Estado se origina la nulidad de todo lo actuado desde que se evocó dicho conocimiento, siendo, en consecuencia, procedente remitirlo al Tribunal competente (fls. 115 a 127).

EL RECURSO INTERPUESTO

La parte actora aduce como fundamento del recurso las razones que la Sala resume, así:

a.- El artículo 132 numeral 9 del C.C.A. al atribuir competencia a los Tribunales Administrativos para conocer de los procesos de restablecimiento del derecho en

primera instancia tiene en cuenta la cuantía, la cual se determina según la misma norma, por el valor de los perjuicios causados estimados en la demanda por el actor en forma razonada y conforme al artículo 20, numeral 1 del C. de P.C.

A su turno el artículo 20 del C. de P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1.989 determina que la cuantía se fija por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquélla.

De lo anterior se desprende que sin pretensiones no hay cuantía y que sin cuantía la competencia radica en el Consejo de Estado (artículo 128 numeral 3 de C. C. A.) y no en el Tribunal Administrativo.

"La pretensión está constituida por las declaraciones que el actor pretende se hagan en la sentencia" y partiendo de allí se ha estructurado el principio de la congruencia entre lo pedido en la demanda y lo declarado en la sentencia, al considerarse que la demanda tiene cuantía porque así deduce de la petición de suspensión provisional, se está suponiendo que existe pretensión de indemnización de perjuicios, lo cual no es cierto y por el contrario, tergiversa completamente el contenido de la demanda. Si bien el juzgador tiene facultad de interpretar la demanda, ello no implica que pueda cambiar la manifestación expresa del peticionario y menos inventar pretensiones que éste no dice formular "pues es bien sabido que este tipo de controversias judiciales es (sic) rogada y no opera oficiosamente; amén de que se configuraría la doble calidad de parte y juez (por un lado formula las peticiones a nombre de las partes, y por la otra (sic), dicta sentencia)".

b.- La suspensión provisional para nada afecta la competencia, ésta la fija en razón a las pretensiones al tiempo de la demanda. Aquélla no tiene por qué constar en la demanda, como que puede solicitarse en documento separado, no es una pretensión, pues no se resuelven la sentencia, sino previamente a ésta, además puede solicitarse con posterioridad a la demanda y aún admitida ésta, razón para que la cuantía no tenga relación con ella, como que debe estimarse en la demanda.

Aplicando el razonamiento expuesto en el auto recurrido, se tendría que si la suspensión provisional se solicita en el escrito de demanda, la competencia radica en el Tribunal, pero si se pide en documento separado, sea o no presentado simultáneamente con el escrito de demanda, la competencia radicaría en el Consejo de Estado porque no se cumple el requisito de estimar los perjuicios en la demanda.

c.- La supuesta nulidad a que se alude en la providencia recurrida ya estaría saneada pues de conformidad con el artículo 84 del Decreto N° 2282 de 1.989 que modificó el artículo 156 del C. de P. C., que pasó a ser el artículo 144 de tal Estatuto, dispone:

"SANEAMIENTO DE LA NULIDAD.- La nulidad se considera saneada, en los siguientes casos:

"5.- Cuando la falta de competencia **distinta de la funcional** no se haya alegado como excepción previa. **Saneada esta nulidad el juez seguirá conociendo del proceso**".

A su turno el artículo 145 del C. de P.C. (antes 175) expresa:

"DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el Juez deberá declarar de oficio las **nulidades insaneables** que observe".

Dado que la parte demandada no excepcionó, la nulidad se encuentra saneada por disposición legal y tampoco es procedente la remisión del proceso al Tribunal de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 144 antes citado.

CONSIDERACIONES

I. Si bien en varias oportunidades se ha pronunciado esta Sala sobre el tema materia de controversia y entre éstas, en providencia de 7 de noviembre del presente año, Expediente N° 1379, Actor De Zubiría Hermanos Chiclés de Colombia S.A. dijo:

"I. El artículo 128 numeral 3 del C. C. A. atribuye competencia al Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional".

"Correlativamente los artículos 131 numeral 9 y 132 numeral 9 del C. C. A. atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos para conocer, respectivamente, en única o primera instancia de tales procesos según la cuantía de los mismos".

"II. Si bien es cierto que el marco dentro del cual se desarrolla el proceso está determinado por las pretensiones y la *causa petendi* planteadas en el escrito de demanda, a más de los elementos provenientes de su contestación y de las excepciones que se propongan, lo que lleva a concluir necesariamente que si no se formula pretensión de condena al pago de perjuicios, no podrá haber pronunciamiento en tal sentido, ello no quiere decir sin embargo que la ley, para el evento que nos ocupa, el Código contencioso Administrativo, haya dejado en manos o a voluntad del actor determinar si el acto causa o no un perjuicio. Es la naturaleza misma de la decisión la que implica o conlleva en sí tal consecuencia. Independientemente de que el interesado pretenda o no su indemnización, aspecto éste que la ley sí deja a voluntad del accionante y de formularse pretensión en tal sentido, deberá consecuentemente estimarse su valor.

"III. De lo anterior se desprende que si del acto acusado se derivan objetivamente perjuicios, es decir, independientemente de que se pretenda o no su indemnización y son éstos a primera o simple vista valorables en términos económicos, la acción de restablecimiento del derecho conlleva un interés en cuanto a éstos concierne e implica determinación de una cuantía, radicándose entonces la competencia para conocer del proceso en un Tribunal Administrativo.

"En el evento *sub-judice*, al solicitar se decrete la suspensión provisional, afirma el actor causársele graves perjuicios con la ejecución del acto demandado, con lo cual intenta cumplir el requisito que el artículo 152 exige para su procedencia, de donde se desprende que en forma expresa acepta la causación de los mismos como consecuencia de la ejecución del acto demandado.

"Precisa la Sala que el requisito en mención encuentra su explicación en la razón de que estando tal medida encaminada a impedir temporalmente el cumplimiento de los efectos del acto administrativo en cuestión y no estando de por medio la simple tutela del orden jurídico, sino el interés particular de quien cuestiona e impugna el acto, a diferencia de lo que ocurre con la acción de simple nulidad, es apenas lógico concluir que su justificación, su finalidad es evitar la producción o corrección de perjuicio y si este ya está causando, impedir su prolongación en el tiempo. En otras palabras, el interés particular que presupone la acción de restablecimiento del derecho explica teológicamente la exigencia del requisito en mención.

"No significa lo anterior desconocimiento de la atribución de competencia de esta Corporación para conocer de las acciones de restablecimiento del derecho privativamente y en única instancia, ya que no necesariamente todos los actos administrativos cuya legalidad se controvierte en ejercicio de ella son objetivamente generadores de perjuicios".

II. Si de otra parte cabría agregar, en razón de la argumentación esgrimida por el recurrente:

a) Que los planteamientos antes expuestos no sufren variación alguna por el hecho de que el actor solicite o no suspensión provisional, sea en el escrito de demanda o en escrito separado, pues como ya se anotó, es del acto mismo cuya declaratoria de nulidad se solicita, de donde emergen objetivamente los perjuicios, siendo éstos de otra parte cuantificables, aunque el actor, se repite, no pretenda su indemnización, ni los cuantifique.

b) Que el artículo 144 del C. de P. C., que el recurrente transcribe en apoyo de su aserto de ser la incompetencia por el factor funcional una causal de nulidad saneable, se colige exactamente lo contrario; que el único evento en que la incompetencia genera nulidad no saneable es precisamente la que deriva del factor funcional, de ahí la expresión de la norma "La nulidad se considerará saneada... 5.- Cuando la falta de competencia **distinta de la funcional** no se haya alegado..." (Subrayas de la Sala). De otra parte, el avocar el Consejo de Estado el conocimiento de un proceso de

competente a un Tribunal Administrativo en primera instancia, implica la supresión de una instancia y por consiguiente la configuración de otra de las causales de nulidad, cual es la prevista en el numeral 3, parte final del artículo 140 del C. P. C. (antes numeral 3, parte final, del artículo 152 del mismo Estatuto).

Finalmente el artículo 144 del C. de P. C., inciso final, en forma por demás precisa expresa que "No podrán sanearse las nulidades de que tratan los numerales 3...del artículo 140... ni la proveniente de falta... de competencia funcional". En el evento de autos se configurarían precisamente las causales de nulidad provenientes de carencia de competencia funcional del Consejo de Estado para conocer del proceso y la de pretermisión de una instancia, causales que según voces de las normas transcritas en los apartes pertinentes, son insaneables.

III. A pesar de lo anteriormente expuesto y de que en esta oportunidad lo reitero la Sala, no puede menos de considerar ésta que fundándose las causales de nulidad antes señaladas en una interpretación de las normas atributivas de competencia al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, recientemente acogida por esta Sección, ella no puede ser aplicada con el mismo rigor a procesos iniciados en época anterior, cuando la interpretación vigente de las mismas normas conducía a la conclusión de ser la pretensión misma el aspecto o parámetro determinante para deducir si la acción de restablecimiento del derecho incoada carecía o no de cuantía.

Tal aplicación implicaría una dilación que no puede la Sala estimar menos que injustificada, máxime cuando ella y la Corporación misma, por conducto del respectivo ponente, asumieron la competencia y adelantaron la tramitación del proceso, ya que ello, en últimas conllevaría a que la justicia no se administre en los términos de eficacia y prontitud que ésta por esencia requiere, y se traduciría en una verdadera denegación de justicia.

Estas razones son suficientes para proceder a revocar el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

I. Revócase el auto de 28 de septiembre de 1.989, por el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, y se ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

II. Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho del Consejero conductor del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez.



SECCION SEGUNDA



CARRERA JUDICIAL /DIRECCION NACIONAL DE INSTRUCCION CRIMINAL

La excepción que se introduce con el término "salvo" de la oración anterior a la acusada contenida en el literal a) numeral 1 de la Circular del Consejo Superior de la Administración de Justicia, gobierna también la frase acusada, lo que significa que los cargos que allí se mencionan de la Dirección de Instrucción Criminal (Director Nacional, Visitador Nacional y los Directores Seccionales) no pertenecen al escalafón de la Carrera judicial.

Respecto del literal b), numeral 1 de la Circular demandada se observa que en tal literal no se está determinando en forma directa que aquellos cargos pertenezcan a la Rama Jurisdiccional y que los empleados puedan ingresar a la Carrera Judicial, ya que afirma solamente al hecho de que las solicitudes "se debieron presentar en la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional en ciertas fechas".

Consejo de .- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., tres (3) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniégas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 3065. Unica instancia

Actor: GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ.-

SECRETARÍA DE JUSTICIA

El ciudadano Gustavo Humberto Rodriguez R., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., instauró demanda ante esta Corporación en orden a obtener la nulidad de los párrafos a) y b) del numeral 1o. de la Circular del Consejo Superior de la Administración de Justicia en cuanto incluyen dentro de la Carrera Judicial a los funcionarios y empleados de la Dirección de Instrucción Criminal y de las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal, y ordenan o admiten su escalafonamiento (Fols. 1-21).

Estima el actor como violados los artículos 1o. y 2o. del Decreto 0052 de 1.987, el primero de los cuales determina el campo de aplicación de la carrera judicial y el segundo señala los funcionarios y empleados que ocupan cargos en la rama jurisdiccional, sin incluir a los funcionarios y empleados de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal.

Afirma también que los servidores de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal son funcionarios y empleados administrativos; que la ley 16 de 1.968, artículo 4o., otorgó facultades extraordinarias al ejecutivo para reformar las normas existentes sobre "carrera judicial" y en igual sentido lo hizo la ley 52 de 1.984 para revisar, reformar y poner en funcionamiento la carrera judicial, precisando "que ella corresponde a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público; que el Decreto 762 de 1.970, artículo 4o., hizo extensiva a las Direcciones de Instrucción Criminal las prescripciones del Decreto Ley 250 de 1.970 sobre carrera judicial y, como el Decreto 250 fue modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 0052 de 1.987 perdió vigencia la aludida extensión; que los artículos 1o. y 2o. del Decreto Ley 0052 de 1987 precisaron a qué funcionarios y empleados se aplica el estatuto, sin haber incluido a los de Instrucción Criminal, aunque su artículo 142 dejó vigente el artículo 201 del Decreto 2400 de 1.986 en el que se incluye a las Direcciones de Instrucción Criminal junto con quienes ocupen empleos de Carrera en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, entre los que tienen derecho de ingreso a la carrera.

De otra parte, según el actor, el mencionado artículo 142 es violatorio de la Constitución en sus artículos 162, que establece la carrera judicial para los cargos judiciales y del Ministerio Público; 55, según el cual son diferentes las ramas ejecutivas y jurisdiccional, con funciones separadas, y 58, que determina quiénes administran justicia y quiénes integran la Rama Jurisdiccional.

Agrega que la Circular viola el artículo 1o. del Decreto Ley 1265 de 1.970, que precisa quiénes administran justicia, y los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto Reglamentario 1660 de 1.978, que determina quiénes integran la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, sin incluir a los servidores de las Direcciones de Instrucción Criminal.

Concluye reiterando que, si la Circular demandada se basó en el artículo 142 del Decreto 0052 de 1.987, que dejó vigente el artículo 201 del Decreto 2400 de 1.986 en lo referente a esas Direcciones, su fundamento es inconstitucional, como

inconstitucional es el artículo 142 y, por ello, corresponde a la Jurisdicción contencioso administrativa aplicar la excepción de la inconstitucionalidad. (Fols. 12-20).

Conceptúa el Fiscal Cuarto de la Corporación:

"Una cabal interpretación de las normas precitadas conduce a la fácil conclusión de que los funcionarios y empleados de las Direcciones de Instrucción Criminal NO PERTENECEN en modo alguno a la rama jurisdiccional ni al Ministerio Público y que la carrera judicial, incuestionablemente, sólo puede y debe ser aplicada, tal como lo proclaman categóricamente los artículos 162 y 58 de la Constitución Nacional, a éstos últimos empleados oficiales". (Fols. 43 y 44).

Estima el Señor Agente del Ministerio Público que debe prosperar la acción.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se demanda, como ya se dijo, la nulidad de la Circular del Consejo Superior de la Administración de justicia de agosto 28 de 1.987 "en cuanto incluye dentro de la Carrera Judicial a los funcionarios y empleados de la Dirección de Instrucción Criminal, o sea el Director Nacional, el Visitador Nacional, los Directores Seccionales de Instrucción Criminal y los demás empleados que integran ese organismo; consecuentemente, en cuanto ordena o admite el escalafonamiento de ellos en tal Carrera".

En el *PETITUM* se concreta la pretensión así:

"Con base en los anteriores hechos solicito que se decrete la nulidad del párrafo a) del numeral 1 de la Circular del Consejo Superior de la Administración de Justicia, de fecha 28 de agosto de 1.987, en cuanto expresa: 'En la Dirección de Instrucción Criminal, el Director Nacional, el Visitador Nacional y los Directores Seccionales de Instrucción Criminal'; y la nulidad del párrafo b) del mismo numeral de tal Circular, en cuanto expresa: 'y los de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal'".

Respecto de los hechos, cabe tomar en cuenta los siguientes:

1.- Por ley 16 de 1.968 el Congreso Nacional otorgó facultades extraordinarias al Ejecutivo para "introducir las reformas necesarias a las disposiciones vigentes sobre carrera judicial ..." y con base en ellas se expidió el decreto-ley 2267 de 1.969,

que creó el Consejo Nacional de Instrucción Criminal y el cargo de Director Nacional de Instrucción Criminal y trece Oficinas Seccionales, señalando al Director Nacional funciones exclusivamente administrativas, lo mismo que a los Directores Seccionales. Expidió también el Gobierno Nacional, en ejercicio de las mencionadas facultades, el decreto-ley 250 de 1.970, que contiene el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, sin incluir a las Direcciones de Instrucción Criminal, por cuanto para ello no había facultades; e igualmente el decreto-ley 762 de 1.970, que creó cargos en la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y vinculó a la Carrera Judicial a los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional y de sus Seccionales, " extralimitando normas superiores y utilizando facultades no concedidas".

2.- El decreto-ley 2400 de 1.986, segundo estatuto de la carrera judicial, conservo "de manera ostensiblemente inconstitucional e ilegal la aplicación de sus normas a los funcionarios y empleados de las Direcciones de Instrucción Criminal (art. 201), en tanto que el decreto-ley 052 de 1.987, estatuto vigente de la Carrera Judicial, derogó parcialmente los citados decretos 250 de 1.970 y 2400 de 1.986, dejando vigente (art. 142) el artículo 201 de 2400 "o sea que, ejerciendo atribuciones no otorgadas y violando normas superiores, incluyó nuevamente dentro de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional a los funcionarios y empleados de las Direcciones de Instrucción Criminal, al someterlos a la Carrera Judicial".

3.- Dispone la Circular en mención en su numeral 1, letra a) de la que se demanda la parte que aparece subrayada, lo siguiente:

"a. Pueden ser escalafonados todos los que hayan hecho solicitud oportuna, salvo en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, los auxiliares de Magistrados, abogados asistentes, auxiliares judiciales, y los choferes. **En la Dirección de Instrucción Criminal, el Director Nacional, el Visitador Nacional y los Directores Seccionales de Instrucción Criminal...**"

Explica el accionante: "Como se aprecia, el contenido de este párrafo a) es equívoco, pues a tiempo que da a entender que los excluye de la carrera judicial, igualmente puede interpretarse que la oportunidad para escalafonarse queda prorrogada."

Transcribe a renglón seguido el párrafo b) del mismo numeral 1, subrayando la parte enjuiciada, así:

"b) Las solicitudes de los empleados de la jurisdicción en materia aduanera, las Corporaciones judiciales y **los de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal**, se debieron presentar en la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia entre el 1 de agosto al 31 de octubre de 1.986 (artículo 208 del decreto 2400 de 1.986)."

Y explica:

"Es claro que no perteneciendo a la **Jurisdicción** ni siendo los funcionarios y empleados a que se refieren las subrayadas de los párrafos a) y b) de la Circular pertenecientes a la Rama Jurisdiccional ni al Ministerio Público, y no cobijándolos por lo tanto la Carrera Judicial, la extensión que a los funcionarios y empleados de las Direcciones de Instrucción Criminal hace la aludida Circular resulta absolutamente inconstitucional e ilegal.

En tales condiciones, queda claro que reduzco la PETICION de declaratoria de nulidad de los párrafos a) y b) de la Circular acusada antes transcritos y subrayados, en cuanto comprenden las subrayas." (Fols. 11-21).

Observa la Sala que el ataque del actor contra una frase del literal a) de la Circular en referencia obedece, sin duda, a un equivocado entendimiento del verdadero alcance del enunciado, lo cual se puede ver en el texto íntegro del literal, el que a continuación se transcribe.

"a.- Pueden ser escalafonados todos los que hayan hecho solicitud oportuna, salvo en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, los auxiliares de Magistrado, abogados asistentes, auxiliares judiciales, y los choferes. **En la Dirección de Instrucción Criminal, el Director Nacional, el Visitador Nacional y los Directores Seccionales de Instrucción Criminal.** Igualmente los empleados de los despachos judiciales creados por el decreto 3822 de 1.985 (art 7 del decreto 52 de 1.987, arts, 1 y 218 del decreto 2400 de 1.986)."

Evidentemente es deficiente la redacción y anómala la puntuación del párrafo pero el sentido no admite anfibologías. La frase censurada "En la Dirección de Instrucción Criminal, el Director Nacional, el Visitador Nacional y los Directores Seccionales de Instrucción Criminal" es parte de la oración anterior y está regida por el vocablo "salvo" porque no tiene verbo propio para que pudiera poseer autonomía gramatical. Dicho en otros términos, la excepción que se introduce con el término "salvo" de la oración anterior gobierna también la frase acusada, lo que significa que los cargos que allí se mencionan no pertenecen al escalafón de la Carrera Judicial. Desde el punto de vista de la construcción gramatical, el punto que aparece al final de la primera oración después del término "choferes", no corresponde, pues debió utilizarse una coma.

En esta forma, queda claro que la cláusula tiene dos elementos principales constituidos por la primera y la última de las oraciones y un elemento incidental introducido por el vocablo preposicional "salvo".

Debe pensarse también en que el propósito de la Circular del Consejo Superior de la Administración de Justicia no era precisamente el definir quiénes son funcionarios y empleados de la Rama jurisdiccional y del Ministerio Público cuyos cargos correspondan a la Carrera Judicial, sino el señalar "el trámite para el

escalafonamiento de empleados", como se lee justamente en el segundo párrafo del numeral 1o. de la Circular.

No es el caso, por lo tanto, de acoger la pretensión anulatoria en este punto.

Respecto del literal b), del cual se enjuician las palabras "y los de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal", cabe observar que en tal literal no se está determinando, en forma directa, que aquellos pueden ingresar a la Carrera Judicial, ya que afirma solamente al hecho de que las solicitudes "se debieron presentar en la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional" en ciertas fechas.

Por otra parte, la Circular no hace aquí cosa distinta de tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 201 del decreto-ley 2400 de 1.986, que es del siguiente tenor:

"El ingreso a la carrera de los empleados judiciales que, a la fecha de la vigencia del presente decreto, ocupen empleos de carrera en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los tribunales superiores de distrito judicial, los tribunales administrativos, la jurisdicción penal aduanera, **la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y las direcciones seccionales de Instrucción Criminal**, se hará previa evaluación de sus méritos, conocimientos, experiencia, conducta y eficiencia.-

En cuanto a los empleados judiciales de los demás juzgados, se estará a lo dispuesto en los Decretos 2464 de 1.985 y 1190 de 1.986."

Debe recordarse que el decreto 0052 de 1.987, estatuto actual de la Carrera Judicial, dejó vigente el preinserto artículo 201 del decreto-ley 2400 de 1.986.

El actor tilda de inconstitucional el citado artículo 142 del decreto 0052 y solicita aplicar la excepción prevista en el artículo 215 de la Carta, por violación de los artículos 162, 55, 58 y 76, numeral 12, de la misma.

Estima la sala que no es el caso de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la cual es de recibo solamente en casos de ostensible y abrupta contradicción de la Constitución que pudiera observarse sin mayor dificultad y sin necesidad de especulaciones jurídicas a través de un discurso dialéctico. No es tal el caso del *sub lite*.

En suma, resulta incuestionable que, aún pretendiendo que la Circular trae en su literal b) las definiciones que allí ve el actor, éstas se ajustarian al precepto del artículo 201 del decreto 2400 de 1.986, el cual, a su turno, tiene soporte en el 142 del decreto 0052 de 1.987. Pero conviene repetir que la Sala no encuentra en este literal tales definiciones.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día Veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

SUSPENSION PROVISIONAL /RECURSOS - Término. INTERVENCION DE TERCEROS. PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD DEL PROCESO. FIJACION EN LISTA

El artículo 207 del C.C.A., tanto el original contenido en el Decreto 01 de 1.984, como el del 2304 de 1.989, establece que la fijación en lista es para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas. De ahí que, bajo esta normatividad, ya no pueda sostenerse que el término de ejecutoria del auto de suspensión provisional es el de fijación en lista para los terceros impugnadores, porque además, el artículo 62 del C. de P.C. que derogó al de la Ley 105 de 1.931, expresamente consagra el principio de la irreversibilidad del proceso frente a los terceros intervinientes cuando ordena que ellos "tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., Octubre cinco (5) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 5048

Recurso de Queja

Actor: Juan Antonio Pabón Arrieta

Conoce la Sala el recurso de queja interpuesto por el Impugnador de la acción contra el auto preferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó la concesión del recurso de apelación que el mismo Impugnador formuló contra el auto que suspendió provisionalmente los artículos 9o. y 10 de la Ordenanza No. 8 bis del 29 de noviembre de 1.972 de a Asamblea Departamental correspondiente.

El Tribunal consideró que habiéndose notificado la providencia el 28 de julio de 1.989, el término para recurrir venció el 1o. de agosto siguiente y que como el impugnador presentó su recurso de apelación con posterioridad a esta fecha, lo fue extemporaneamente.

A su turno el recurrente alega:

"En primer lugar, considero que lo dicho en memorial fechado el 23 de agosto de 1.989, dirigido al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, mantiene (sic) su vigencia, por lo que me voy a permitir, con la venia de esa Superioridad, reproducir lo pertinente, que a la letra dice:

"Creo que esa interpretación es restrictiva (me refiero a la extemporaneidad que aduce el Tribunal como fundamento de su negativa), porque debe recordarse que el decreto de suspensión está involucrado dentro del mismo auto en que se admite la demanda, lo que crea una situación que yo llamaría jurídicamente bifronte, vale decir, que dentro de una misma providencia hay dos términos: uno para impugnar o coadyuvar y otro para apelar. Está bien que el C.C.A. permita que en el mismo auto en que se admita la demanda se puede decidir sobre la suspensión provisional, pero si se tiene en cuenta que yo me vengo a notificar el día 10 de agosto de 1.989 del auto de suspensión provisional, fecha desde la cual debe empezar a correr el término para interponer el recurso de apelación, sobre todo si se tiene en cuenta lo prescrito en el artículo 330 del C. de P. C. en el sentido de que al manifestar en el escrito de impugnación que conozco la providencia sobre suspensión, debe considerarse que estoy notificándome de la referida providencia por conducta concluyente y, en tal virtud, desde esa fecha debe empezar a correr el término de ejecutoria de las tantas veces citada suspensión provisional."

Por otra parte, el Consejo de Estado en repetidas jurisprudencias ha considerado que el término para apelar es el mismo de la fijación en lista, o sea que vencidos los 10 días de fijación comienzan a correr los tres días de ejecutoria, dentro de los cuales se puede interponer el recurso de alzada contra el decreto de suspensión provisional en los procesos de simple nulidad, doctrina cuya revocatoria no se entendería, especialmente si se tiene en cuenta que dentro del mismo auto de admisión se puede involucrar el decreto de suspensión, lo que crearía una situación de desigualdad al considerar que la apelación de este último sólo cabe dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que contiene también la admisión, que a la vez tienen un término de diez días para la impugnación. Casi que se podría calificar esta situación como una especie de enredo o galimatías de términos."

Para resolver se considera:

Afirma el recurrente que reiteradamente ha dicho el Consejo de Estado que el término para recurrir el auto de suspensión provisional es el mismo de la fijación en lista.

Ciertamente, la Sala de la Contencioso Administrativo en auto de 9 de diciembre de 1.960 sostuvo lo afirmado por el recurrente (Anales, tomo LXII, págs. 847-857), respecto del tercer impugnador.

Sin embargo, se advierte que dicha jurisprudencia tuvo por fundamento el numeral 3o. del artículo 126 de la ley 167 de 1.941, en vigencia el procedimiento civil establecido en la ley 105 de 1.931, como normatividad supletoria.

Según la primera disposición, la fijación en lista tenía por finalidad que el ministerio público o las personas que quisieran coadyuvar o impugnar la acción pudieran solicitar la práctica de pruebas "y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga", entendiéndose el Consejo de Estado entre estos el de recurrir en reposición el auto admisorio de la demanda o en súplica el de suspensión provisional.

Pero, la situación actual es bien diferente. La fijación en lista tiene otras finalidades que son precisas. El artículo 207 del C.C.A., tanto el original contenido en el Decreto extraordinario 01 de 1.984, como el del 2304 de 1.989, establece que la fijación en lista es para que los demandados y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones a solicitar la práctica de pruebas.

De ahí que, bajo esta normatividad, ya no pueda sostenerse que el término de ejecutoria del auto de suspensión provisional es el de fijación en lista para los terceros impugnadores, porque, además el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil que derogó el de la ley 105 de 1.931, expresamente consagra el principio de la irreversibilidad del proceso frente a los terceros intervinientes cuando ordena que ellos "tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención."

Y es lógico que ello deba ser así, pues, resulta muy difícil de entender cómo los terceros impugnadores puedan tener mejor derecho procesal que la parte principal demandada, cuyo término de ejecutoria es el de los tres días siguientes a la notificación de la providencia.

La actual jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala Contenciosa tiene el mismo alcance que acaba de exponerse. Dijo en el auto del 24 de noviembre de 1.986:

"... En este proceso podían intervenir los terceros desde la aparición del auto admisorio de la demanda, no sólo porque la ley no les limita período para su ingreso en el debate (C.C.A., art. 146), sino porque los incisos 4o. y 6o. del art. 52 del C.P.C., aplicables aquí por disposición del art. 267 del C.C.A., fijan expresamente aquel momento inicial. Con que los terceros estaban facultados para impugnar la medida cautelar desde cuando se notificó el auto que la decretó, desde el 4 de septiembre y aún antes de la notificación del demandado.

2. Que en norma alguna se dice que el término de fijación en lista sea apto

para que los terceros recurran del auto de suspensión provisional. No le dice, por ejemplo, el art. 207 del C.C.A., qué determina la finalidad de ese período sin mencionar dicho recurso. Y como la demanda se contesta sólo cuando su admisión ya está en firme, en un estatuto procesal bien concebido no es dable que el término para impugnar el auto admisorio (dentro del cual va la medida de suspensión provisional) cobija además el período ideado por la ley para la contestación de la demanda. Por otra parte, sería muy extraño que si el demandado no puede atacar el auto de suspensión provisional sino dentro de los tres días siguientes a su notificación, los terceros gozaran de período tan extenso como el que va desde esa notificación hasta el último día de la fijación en lista. Y no sólo sería extraño, sino también reñido con el art. 62 del C.P.C., aplicable aquí, según el cual "los intervinientes ... tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención". (Código Contencioso Administrativo, Legis Editores, Bogotá 1.987, pág. 379).

Consecuentemente, la Sala declarará bien denegada la apelación interpuesta por el impugnador.

Finalmente, observa la Sala que todo lo anterior se ve incontestablemente reforzado con el principio de la perentoriedad ó improrrogabilidad de los términos contenidos en el artículo 118 del C. de P.C., que impide la posibilidad de que existan dos términos para recurrir el auto de suspensión provisional.

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

RESUELVE:

Declárase bien denegada la apelación interpuesta por la parte impugnadora contra el auto de suspensión provisional.

Envíase la actuación al Tribunal mencionado.

Cópiese y notifíquese.

Aprobado en la Sala del día veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Clara Forero de Castro, Aclaración de voto, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

**SUSPENSION PROVISIONAL/RECURSOS-Términos/INTERVENCION DE
TERCEROS/FIJACION EN LISTA - Finalidad (Aclaración de voto)**

La interpretación que venía dando el Consejo de Estado a la norma que prevé los efectos de la fijación en lista de los procesos, es más amplia y permite que los terceros intervinientes que se hagan parte durante este término puedan recurrir el auto que resuelve sobre la suspensión provisional, y esta interpretación había sido adoptada por mí en ocasiones anteriores; acato sin embargo la decisión tomada ahora por la mayoría de los integrantes de la Sala.

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

Bogotá, D.E. tres (3) de Octubre de mil novecientos noventa (1.990).-

Aclaración de Voto de la Doctora Clara Forero de Castro

Ref.: Expediente No. 5048

Aún cuando a mi juicio, la interpretación que venía dando el Consejo de Estado a la norma que prevé los efectos de la fijación en lista de los procesos, es mas amplia y permite que los terceros intervinientes que se hagan parte durante ese término puedan recurrir el auto que resuelve sobre la suspensión provisional, y esta interpretación había sido adoptada por mí en ocasiones anteriores, acato la decisión tomada ahora por la mayoría de los integrantes de la Sala pues considero importante unificar

los criterios sobre este aspecto procesal, y porque en verdad los argumentos expuestos sobre improrrogabilidad de los términos y sobre el rigor que debe guiar la interpretación de las normas procesales que son de orden público, hacen jurídicamente inobjetable lo resuelto.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto afirmativo.

Clara Forero de Castro

INSUBSISTENCIA/DESVIACION DE PODER/DERECHO SINDICAL.

El ejercicio de la libertad sindical, que autoriza la creación de sindicatos y la afiliación a los mismos, no puede constituir factor de perturbación del servicio público ni debe tomarse como razón para la desinvestidura de un empleado. Establecida la relación de causalidad entre la actividad sindical y la declaración de insubsistencia, se impone la conclusión de que la acción está llamada a prosperar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., diez (10) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 759

Reconstrucción-Apelación Sentencia.

Actor: Darío Bustamante Estrada.-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de noviembre 20 de 1.981, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que anuló la Resolución No. 3497 de noviembre 10 de 1.978 por la que la Superintendencia Bancaria había declarado insubsistente al actor (fls. 3-12).

El Tribunal reiterando planteamientos formulados en un caso anterior de idénticas características, expresa:

"...Analizados los nombres de cada una de las 31 personas de que da cuenta el

Acta de Fundación del Sindicato de fecha 4 de octubre de 1.978 y de los demás elementos de juicio que se allegaron a los autos en cumplimiento de las pruebas decretadas (sic) por los apoderados en el proceso, se observa con toda nitidez que por parte de la Superintendencia Bancaria se operó una verdadera desintegración del sindicato en formación, pues de las personas que allí aparecen relacionadas, fueron declaradas insubsistentes en el ejercicio de su cargo un número de doce.

De igual manera se observa que la Junta Directiva provisional que fue elegida en la misma fecha de la fundación del sindicato, fueron declarados insubsistentes el Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y uno de los suplentes.

Lo anterior está indicando de manera muy clara que la acción de la Superintendencia demandada se dirigió prácticamente a desintegrar la asociación sindical, dejándola como se ha visto, sin Junta Directiva y si se quiere sin el mínimo de afiliados para su subsistencia como lo prevé el artículo 359 del C.S. del T." (Fols. 9-10).

Agrega el *A QUO*:

"La misma situación planteada en la controversia anterior ha ocurrido en el presente juicio donde demanda el Sr. Dario Bustamante Estrada, pues fué uno de los socios fundadores del Sindicato conforme a las constancias procesales que obran a folios 111 a 115 del expediente, y en cuya Hoja de Vida, según la certificación del folio 74 expedida por el Jefe de Personal de la Superintendencia Bancaria, se halló un memorando de fecha 10 de noviembre de 1.978 donde se informa sobre 'renuencia demostrada por el mencionado funcionario en el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo desempeñado', aspecto que contrasta con la citada hoja de vida en que no le aparece ninguna llamada de atención en casi 7 años que estuvo vinculado a la entidad demandada." (Fols. 10-11).

Destruído el expediente en el Palacio de Justicia, se le reconstruyó en los términos del decreto 3825 de 1.985 y, llegado el momento de fallar, se procede a decidir lo pertinente no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado y previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Son numerosos los casos venidos a esta Corporación en demanda de quienes, con ocasión de haber fundado un sindicato, fueron separados del servicio por el entonces Superintendente Bancario Doctor Francisco Morris Ordoñez. En ellos ha visto la Sala una clara desviación de poder.

En el *sub lite* afirma el actor que, al momento de ser desvinculado, desempeñaba el cargo de profesional universitario 3020-04 con gran capacidad de trabajo y buena conducta; que el doctor Francisco Morris Ordoñez, nombrado Superintendente Bancario a raíz del cambio de Gobierno, inició su gestión "declarando virtualmente la interinidad de todos los empleados a su servicio, solicitando renunciaciones y desatando en la práctica una silenciosa persecución", por lo que los empleados decidieron fundar un sindicato con el fin de defender sus intereses; que fue uno de los fundadores del sindicato y luego declarado insubsistente por Resolución No. 3497 de noviembre 10 de 1.978.

Alega igualmente, con referencia a los preceptos que invoca, que la única actitud asumida por fuera del cumplimiento estricto de sus funciones, fue "la de ser fundador de un sindicato que tenía por finalidad defender los intereses de los trabajadores, frente a la persecución desatada por el actual Superintendente Bancario... actitud que disgustó a la administración y que trajo como consecuencia la expedición del acto administrativo cuya nulidad se solicita".

Y concluye:

"No se ve por ningún lado que la administración hubiera perseguido un fin de buen servicio público, sino que por el contrario lo que se nota es el capricho del funcionario de turno." (fols. 13-18).

La afirmación del actor se refuerza con la circunstancia de que **trece** de los empleados que firmaron el Acta de Fundación del sindicato fueron declarados insubsistentes, según la relación suministrada por la propia Superintendencia, entre los cuales figura el demandante (Fols. 125-126).

No puede tratarse ciertamente de una simple coincidencia, como pretende la parte impugnadora. No es coincidencia tampoco el que con fecha 10 de noviembre de 1.978, la misma fecha en que se desvincula al actor, se hubiera producido un memorando que habla de la "renuencia demostrada por el mencionado funcionario en el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo desempeñado", según lo destaca el *A QUO* comentando que "contrasta con la citada Hoja de Vida en que no le aparece ninguna llamada de atención en casi siete años que estuvo vinculado a la entidad demandada" (Fol. 11). El citado memorando obra a folio 20 y al mismo se refiere, sin duda, el Superintendente en la certificación enviada al Tribunal, decretada como prueba, donde se lee:

"...Es claro que la declaratoria de insubsistencia se originó en razón de las **necesidades del servicio**, para efectos del correcto funcionamiento de esta entidad, tal como consta en respectiva hoja de vida." (Fols. 24 - A -26).

Obvio es, por otra parte, que el ejercicio de la libertad sindical, que autoriza la creación de sindicatos y la afiliación a los mismos, no puede constituir un factor de perturbación del servicio público ni debe tomarse como razón para la

desinversión de un empleado. Curiosamente la creación del sindicato ocurrió seis días antes de la insubsistencia.

Así pues, establecida la relación de causalidad entre esta actividad sindical y la declaración de insubsistencia, se impone la conclusión de que la acción está llamada a prosperar. Y, como así lo decidió el *A QUO*, deberá confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada de fecha veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1.981), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la adición de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución, de las sumas que correspondan al actor en razón de la sentencia habrá de descontarse cuanto haya recibido del Erario Público en el período correspondiente, por concepto de remuneración salarial, bonificaciones, prestaciones sociales y honorarios de origen contractual.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1.990).

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

TRASLADO

El traslado sólo puede hacerse "siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado" y es ella norma aplicable a los empleados públicos sin distinción alguna, ya se trate de los que estén vinculados a carrera y a los que no lo están.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 373 (11.757). Autoridades Nacionales. Reconstrucción D.e. 3825/1985

Actor: Fernán Torres León.

Reconstruído el proceso a términos del decreto 3825 de 1.985, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 13 de abril de 1.984 (fols. 13 a 28), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La sentencia recurrida acoge parcialmente las súplicas de la demanda cuando declara la nulidad del artículo 1° de la resolución No. 07382 de 31 de diciembre de 1.980, proferida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -"Telecom"-, mediante la cual se trasladó al actor del cargo de **secretario general** al de **asistente II** -asistente ejecutivo- de la misma Empresa. Ordena, como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, que la Empresa reconozca y pague al actor las diferencias salariales entre los empleos mencionados por el tiempo comprendido entre el 3 de enero y el 6 de abril de 1.981 sin disponer el reintegro al empleo. Se inhibe así mismo para pronunciarse sobre las

notas del 19 de enero y del 15 de abril de 1.981, y, por último, deniega las demás súplicas de la demanda.

I. LA DEMANDA

Fernán Torres León, a través de apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho, impetró ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad del artículo 1° de la resolución No. 07382 de 31 de diciembre de 1.980; el acto de 19 de abril de 1.981, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución; la resolución No. 2023 de 6 de abril de 1.981 y el acto por el cual se decidieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra esta última resolución. Ambas resoluciones fueron expedidas por la presidencia de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones; por la primera de ellas se trasladó al actor del cargo de secretario general en la Presidencia, (Secretaría General), al de asistente II en la Presidencia - Asistencia Ejecutiva-. Y por la segunda resolución, se declaró insubsistente el nombramiento del actor en este último cargo.

A título de restablecimiento del derecho, se pidió en el libelo la restitución del actor al primer cargo mencionado o a otro de igual o superior categoría; que se le pague la diferencia salarial y gastos de representación entre los cargos en cuestión desde el día 2 de enero de 1.981 hasta cuando sea reintegrado al cargo de secretario general de la Presidencia de "Telecom", con los aumentos que se decreten, amén de otras adehalas dejadas de devengar, sin que haya solución de continuidad para los efectos legales y de prestaciones sociales.

II. ANTECEDENTES.

El demandante fue vinculado a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" mediante la resolución No. 5630 de 7 de diciembre de 1.978 para desempeñar, como se ha dicho, el cargo de **Secretario General**, en la Presidencia, Secretaría General, del cual tomó posesión el 2 de enero del año siguiente.

Posteriormente, y por medio de la resolución No. 07382 de 31 de diciembre de 1.980, expedida por la Presidencia de la Empresa, el demandante fue trasladado del cargo en el cual fue inicialmente nombrado, al de asistente II, en la Presidencia - Asistencia Ejecutiva-, tomando posesión el 2 de enero del año siguiente.

Encontrándose el demandante en el desempeño de este último cargo, el Presidente de la Empresa lo sancionó con llamada de atención severa mediante nota No. 836 de 6 de abril de 1.981, además de considerarse que había violado varias normas, tales como la resolución No. 002458 de 1.978, así como el Estatuto de Seguridad expedido por el Gobierno Nacional y del Código Penal (fl. 63).

SECCION SEGUNDA

El demandante fue incapacitado para trabajar por el término de ocho (8) días, comprendidos del 7 al 14 de abril de 1.981.

Y, por último, mediante resolución No. 2023 de 6 de abril de 1.981, emanada de la Presidencia de la Empresa, fue declarado insubsistente el nombramiento del actor como asistente II, en la Presidencia, asistencia ejecutiva.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se afirma que los actos impugnados violaron los artículos 2, 17, 26 y 28 de la Constitución Nacional; artículos 30, 60, 61, 64, 67, 68 y 72 del decreto 1.950 de 1.973, reglamentario del decreto 2400 de 1.968; artículos 25, literal h), 16 literal f) y 17 de los estatutos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones; y el artículo 23 del decreto 3130 de 1.968.

Se demanda el concepto de violación con los argumentos de que el traslado del actor se hizo sin existir la necesidad del servicio; que ese traslado implicó desmejora en las condiciones de trabajo para el actor, puesto que hubo merma en su remuneración mensual, dado que en el primero devengaba como sueldo la suma de \$25.500 y como gastos de representación \$23.000. En cambio, en el segundo cargo paso a devengar un sueldo de \$24.500 y como gastos de representación \$23.000. Además sufrió un desmejoramiento a su status o categoría de funcionario dentro de la Empresa, ya que el secretario general hace las veces de secretario de la Junta Directiva y de la Presidencia, conforme a los estatutos, amén de ser jefe de una significativa área administrativa que comprende la División de Servicios Generales y Secciones de Transporte, Imprenta, Administración de edificios, asuntos telepostales y contratos.

Agrega el libelo que es indelegable la facultad de la Junta Directiva de promover y remover ciertos empleados de la misma, entre los cuales se cuenta, precisamente el secretario general; que está prohibido el despido de empleados cuando se hallan en incapacidad para trabajar, como ocurrió con el demandante; que por otra parte, la empresa no dejó en la hoja de vida del actor constancia del hecho y causa que se tuvieron en cuenta para haber proferido el acto de insubsistencia, y, por último, que en la misma fecha, o sea, coetáneamente, la Presidencia de la Empresa produjo la carta-sanción y la resolución de insubsistencia, de donde infiere la demanda, que la primera es la motivación de la segunda, pero sin que se hubiera adelantado previamente un proceso disciplinario en contra del actor.

Concluye la demanda diciendo que, al proferirse inicialmente la resolución de traslado y posteriormente la de insubsistencia, se incurrió en un abuso o desviación de poder, ya que en su dictación no se tuvieron en cuenta los motivos del buen servicio público, sino otros muy diferentes.

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO.

Para despachar favorablemente unas súplicas de la demanda, denegar unas e inhibirse para otras, el Tribunal argumenta en su providencia que durante el curso del proceso no se demostró que el actor estuviera escalafonado en la carrera administrativa, o que fuera de período fijo que le brindara una relativa inamovilidad en el cargo, de tal suerte que para su separación fuera necesario el lleno previo de algunos requisitos, de donde deriva que se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

En cambio, acepta el Tribunal que sí hubo una desmejora en las condiciones laborales del actor al ser trasladado de cargo, por las diferencias en las asignaciones mensuales, como se vió antes, y por la mayor jerarquía e importancia del primer cargo comparado con el segundo.

De otra parte, dice el Tribunal, que si bien es verdad que la Junta Directiva tiene la facultad de designar algunos empleados directivos de la Empresa, como es el caso del secretario general, y que las funciones que ella puede delegar están taxativamente señaladas, y que la facultad del Presidente de la Empresa de nombrar, promover y remover empleados está limitada a aquellos que no designa la Junta Directiva, de conformidad con el literal f) del artículo 16 al artículo 17 y el literal h) del artículo 25 de los estatutos, no quiere ello decir, que la Junta Directiva no pueda autorizar ciertos movimientos del personal que designa y, que correlativamente, no pueda efectuar, mediante resolución directa suya, el movimiento de ese personal, lo que no conlleva esencialmente una delegación de funciones, como se afirma. Además como consta en autos, el traslado del actor fue expresamente autorizado por la Junta Directiva en sesión celebrada el 11 de diciembre de 1.983, en la que actuó como secretario el mismo actor, de donde infiere el Tribunal que el Presidente de la Empresa no incurrió en usurpación de funciones al disponer el traslado del actor.

En cuanto a que el acto de insubsistencia se produjo cuando el actor había sido incapacitado para trabajar durante 8 días, a partir del 7 de abril de 1.981, el Tribunal anota que ello no tuvo ocurrencia, puesto que el acto se profirió con fecha del día anterior en que empieza la incapacidad, o sea, el 6 de abril de ese mismo año.

Con relación a la falta de anotación en la hoja de vida del actor por parte de la Empresa, el Tribunal apunta que sí se cumplió con este requisito cuando en dicho documento textualmente se lee: "La declaratoria de insubsistencia que se hará del nombramiento del doctor Fernán Torres León, del cargo de asistente II de esta presidencia -asistencia ejecutiva-, obedece a una serie de hechos que de tiempos atrás vienen sucediéndose en relación con el manejo administrativo que el citado funcionario ha demostrado en los cargos que ha ocupado en la Empresa. Sus relaciones personales tanto con los Directivos como con los funcionarios que han estado bajo su dependencia, han sido bastante malas, lo cual ha ocasionado dificultades en el desempeño de sus funciones, que lo han llevado inclusive a su

aislamiento casi total de los demás empleados. Existen y reposan en los archivos de esta oficina, varios documentos en los cuales se formulan quejas que confirman lo anteriormente expuesto. Ha considerado por lo anterior que es inconveniente para Telecom, conservar en un cargo tan importante como el que ejerce el doctor Torres, a un funcionario que está causando serios perjuicios a la administración".

A continuación se refiere el Tribunal a lo dicho por el Presidente de la Empresa en su testimonio, cuando éste afirma: "...el señor Fernán Torres León fue trasladado del cargo de Secretario General de la Empresa al cargo de asistente II en la Presidencia -Asistencia Ejecutiva- en el sentido de que dicho movimiento se efectuó, de común acuerdo con el doctor Torres, por necesidades del servicio y por ser el cargo de asistente ejecutivo del Presidente, un cargo de especial confianza del Presidente."

Después de referirse el Tribunal a algunas pruebas allegadas al proceso (documentos), infieren que ellos no son lo suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad del acto enjuiciado que dispuso la insubsistencia del actor, habida consideración a que éste después de haber sido considerado en la Empresa como funcionario eficiente, en últimas se convirtió en un funcionario obstáculo o rémora para la Empresa, que en todo caso al proferir el acto lo hizo motivada por el buen servicio público.

Observa el Tribunal, que si bien la llamada de atención, o carta-sanción como lo califica la demanda, se hizo con la misma fecha del acto de insubsistencia y que en la nota o carta se haga referencia a unas posibles faltas disciplinarias, no quiere ello significar que la nota se convierta en motivación del acto, como se afirma en la demanda. Esa nota o carta no fue impugnada en el proceso. Agrega que la acusación no puede ser de cualquier naturaleza (se refiere a los hechos que se imputan en la nota), sino que requiere cierta entidad, es decir, que constituya falta o delito verdaderamente transgresor de la ley, que ameriten adelantar un proceso disciplinario. Y, de ninguna manera el acto de insubsistencia se expidió a título de sanción disciplinaria, sino en ejercicio de la facultad discrecional.

Termina el Tribunal la providencia refiriéndose a las notas de 19 de enero y 15 de abril de 1981, impugnadas en la demanda, mediante las cuales la Empresa niega de plano por improcedentes los recursos de reposición y en subsidio el de apelación interpuestos contra las resoluciones de traslado y de insubsistencia del actor, y, que por lo argumentado por la Empresa se inhibe el Tribunal para proferir una decisión de fondo, dada la naturaleza de las resoluciones.

IV.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

En el escrito de sustentación del recurso de apelación comienza el apoderado del actor por sostener que la providencia impugnada no guarda relación lógica entre la parte motiva y la resolutive, puesto que en la primera se dice que la resolución

de traslado, o sea, la No. 07382 de 31 de diciembre de 1.980 fue igual y debe en consecuencia declararse su nulidad, en la segunda, al hacerse tal declaración sólo como restablecimiento del derecho, se ordena el reconocimiento y pago de la diferencia salarial entre los empleos de secretario general y de asistente II de la Presidencia, pero sin ordenar el reintegro al cargo del cual en concepto de la Sala fue trasladado ilegalmente. Y que si la resolución fue declarada ilegal y, por lo mismo, anulada, mal podría estimarse como legal la proférída posteriormente que declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo al cual fue ilegalmente trasladado.

Que en ninguna parte de la demanda se dijo que el actor estuviera escalafonado en la carrera administrativa o que el cargo fuera de período fijo, razón por la cual no tenía el porqué demostrarse en el proceso estas circunstancias, sino que la facultad discrecional de separarlo del cargo por ser un funcionario de libre nombramiento y remoción estaba reglada por los estatutos de la Empresa, que en cuanto hace referencia al cargo de secretario general corresponde esa discrecionalidad a la Junta Directiva, de conformidad con el artículo 16, ordinal f) de los mismos, que al pretermitirlo la Gerencia de la Empresa no persiguió el beneficio del buen servicio público incurriendo así en desviación y abuso de poder.

Hace hincapié el recurrente en que la constancia dejada en la hoja de vida del actor, se hizo, pero con posterioridad al acto de insubsistencia, según la certificación del sello oficial radicator y según la misma ubicación dentro de la hoja de vida. Esa constancia, en la que, según el recurrente, hay carencia de veracidad, incurre en contradicción pues por su contenido lleva a deducir que se configura en el acto una desviación de poder pues está en oposición con la que, antes había dejado la Junta Directiva acerca de la eficiencia y la ejemplaridad como el actor ejerció el cargo de secretario general y con la declaración del Presidente de Telecom en el sentido de que el traslado fue de común acuerdo y debido a que el cargo de asistente era de especial confianza del propio Presidente. Y que si el actor tuvo fallas en los diversos cargos desempeñados en la Empresa, no ha debido ser trasladado a un empleo de especial confianza, sino destituirse observándose lo prescrito en los estatutos; de donde concluye que hubo un motivo oculto en la declaración de insubsistencia, que luego se consignó en la hoja de vida, que ha debido llevar a la Presidencia a la destitución motivada del actor y no a la simple insubsistencia.

Por último, insiste el recurrente en que la nota de 6 de abril de 1.981 con la cual se hizo un llamado de atención al actor en la cual se le indica de infringir el estatuto de seguridad y el Código Penal, es una motivación de la resolución de "destitución", que requería una investigación especial.

V. EL CONCEPTO DEL FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación al descorrer el traslado, argumenta que, según la evidencia procesal, el actor era un funcionario de libre nombramiento y

remoción y, por lo mismo, susceptible de ser desvinculado del servicio mediante proveído en ejercicio de la facultad discrecional. Y que la extensa sentencia del Tribunal ha podido sintetizarse con lo dicho en la misma al final, cuyos apartes pertinentes se transcriben en el concepto, hacen referencia a que el acto sancionatorio no fue demandado y que en estima del Tribunal, la falta y la consiguiente acusación no puede ser de cualquier naturaleza, sino que requiere cierta entidad que constituya falta o delito que transgredan la ley - en el sentido más lato de la expresión- cuya respectiva acusación sea capaz de lesionar derechos del acusado, que atente contra su patrimonio moral y privilegios que le depara la ley y que el incumplimiento elemental de sus deberes, la deficiencia en sus labores, la ineficacia en la prestación del servicio público, etc., que se aduzcan como acusación contra el empleado, no ameritan necesariamente una investigación administrativa en razón de tutelar el derecho de defensa y el debido proceso; que llegar a tal extremo no podría la administración, en ejercicio de la facultad discrecional que contempla la ley, prescindir en ningún momento de los servicios de un mal empleado. Y que el acto de insubsistencia, que no fue motivado, y que no tenía el porqué serlo, no se expidió como sanción disciplinaria, sino en virtud de la facultad discrecional que tenía la Empresa en relación con empleados de libre nombramiento y remoción.

Continúa la Fiscalía su concepto con el argumento de que en casos de mayor gravedad que el ocurrente, no se enerva la facultad discrecional del nominador. Y que si acierta en el fallo el Tribunal al no acceder a las súplicas sobre la nulidad de la declaratoria de la insubsistencia y al consiguiente reintegro. Pero que no se advierte igual acierto, cuando el Tribunal considera ilegal el traslado, aduciendo al efecto el artículo 30 del decreto 1.950 de 1.973, puesto que en esta norma es de aplicación solamente para los empleados de carrera, dado que si lo fuera para los de libre nombramiento y remoción se daría el absurdo "...de que el nominador, que puede lo más sin sujeción a consideraciones de favorabilidad con respecto al empleado, como desplazado del servicio, no podría lo menos trasladarlo".

Concluye la Fiscalía de que la sentencia amerita confirmación, menos en cuanto a la condena en razón del traslado, lo que no afecta el principio de la "*reformatio in pejus*" habida cuenta de que la sentencia sería objeto de consulta de conformidad con el artículo 164 del C.C.A.

Agotado el trámite propio de la segunda instancia y como la Sala no observa causales de nulidad que invaliden la actuación, pasa a decidir de fondo la controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala empieza por manifestar su conformidad con el concepto de su colaborador Fiscal, pues, la realidad procesal es que el actor era un funcionario

de libre nombramiento y remoción, al no pertenecer a la carrera administrativa ni estar amparado por período fijo; se le podía, por tanto, desvincular del servicio por la Empresa por acto administrativo no motivado y sin someterlo previamente a un proceso disciplinario.

Ahora bien, es cierto que el actor, como secretario general, o sea el cargo que desempeñaba anteriormente, era provisto por la Junta Directiva de candidatos que presentara la Presidencia, según lo normado en el artículo 16, literal f) de los estatutos (fls. 71 y 72). Esa función no está comprendida entre las que pueda delegar la Junta Directiva en la Presidencia, como así se establece del contenido del artículo 17 de los mismos estatutos. También es cierto, que del cargo del cual fue declarado insubsistente el nombramiento del actor, o sea, el de **Asistente II**, corresponde a la Presidencia de la Empresa; así se deduce del artículo 25, literal h) de los estatutos, cuando textualmente dice: "Nombrar, promover y **remover** los empleos bajo su dependencia con excepción de aquellos cuya designación se reserva la Junta Directiva de la Empresa, de acuerdo con el artículo 16, ordinal f) de los presentes estatutos". (subraya la Sala) (fl. 74). Así que, dadas estas atribuciones de la Presidencia, mal puede pensarse que ésta haya usurpado funciones o competencias privativamente atribuidas a la Junta Directiva al producir el acto de insubsistencia del actor.

Es importante observar que el traslado del actor al cargo de asistente II, se hizo con autorización de la Junta Directiva como consta el al acta No. 1274 de diciembre de 1.980 (fls. 84 a 88) en cuya reunión actuó como secretario el propio demandante. En efecto, dice la parte pertinente del acta: "El doctor Guillermo Sagra Serrano, Presidente de Telecom, manifiesta a la Junta Directiva que por razones del servicio solicita autorización para trasladar al señor Secretario General, doctor Fernán Torres León al cargo de Asistente Ejecutivo de la Presidencia...". "La Junta Directiva en atención a lo expuesto por el señor Presidente autoriza el traslado y deja constancia de la manera eficiente como el docto Fernán Torres León, funcionario ejemplar, cumplió con las obligaciones y deberes del cargo".

Pese a la autorización de la Junta Directiva a la Presidencia, debe anotarse que fue anómala y que en ello la Sala comulga con las apreciaciones que al respecto hace el Tribunal, por cuanto olvidóse por aquella que, según el art. 30 del decreto (reglamentario) 1950 de 1.973, el traslado puede hacerse "siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado" y es ella norma aplicable a los empleados públicos sin distinción alguna, ya se trate de los que estén vinculados a carrera y a los que no lo están. Por lo tanto, habrá de confirmarse ese aspecto del fallo recurrido, o sea, en lo que respecta a declarar nulo el acto que tal traslado dispuso y en cuanto a disponer el pago de las diferencias salariales entre los empleos de secretario general y de asistente II por el tiempo comprendido entre el 3 de enero y el 6 de abril de 1.981.

De otra parte, como bien lo analiza el Tribunal en su providencia, lo mismo que la Fiscalía, la nota o acto sanción, que entre otras cosas, no fue impugnado en el proceso, de que la falta y la consiguiente acusación no puede ser de cualquier

SECCION SEGUNDA

naturaleza, sino que requiere cierta entidad que constituya falta o delito que quebranten alguna norma, cuya acusación sea tal que lesione derechos del acusado y su patrimonio moral y privilegios que le protege la ley, y que al incumplimiento de los deberes por parte del funcionario, que se le endilgue, no amerita necesariamente el adelantamiento de una investigación administrativa con el propósito de tutelar el derecho de defensa y cumplir con el debido proceso, que llegue al extremo que la administración no pueda fácilmente prescindir de los servicios de un empleado.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará en su totalidad el fallo recurrido.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada, de fecha 13 de abril de 1.984, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 3 de octubre de 1.990.

Los Consejeros,

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniégas Baedecker no asistió, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

SINDICATO/SINDICATO MIXTO-Improcedencia

Para la Sala es evidente lo planteado por el Municipio demandante, en tanto que si un sindicato de empleados públicos debe estar integrado por empleados oficiales que tengan tal calidad y uno de trabajadores oficiales lo propio, correspondiéndole funciones sindicales diferentes, por lo menos en lo relacionado con la presentación de pliegos de peticiones para los últimos y solicitudes respetuosas para los primeros, es imposible jurídicamente que pueda existir un sindicato mixto que no sea ni lo uno ni lo otro sino que participe de la esencia de ambos.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE la Resolución No. 1182 de 1990 proferida por el Ministro de Trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990).

Ref.: Expediente No. 5164 Resoluciones Minist. Actor.: Municipio de Ortega (Tolima). Suspensión provisional

1o. Se le reconoce personería al abogado Simón Castro Benítez como apoderado del Municipio de Ortega.

2o. Admítase la demanda.

3o. Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al señor Estanislao Capera Presidente del Sindicato de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales de Ortega "Sintraempo" y por estado. Para notificar al representante sindical se comisiona al Juez Civil Municipal de Ortega, por el término de quince días. Líbrese el oficio correspondiente.

- 4o. Fíjese en lista por el término de 5 días.
- 5o. Solicítense los antecedentes administrativos.
- 6o. Para resolver sobre la suspensión provisional se considera:

Tratándose de la acción de restablecimiento del derecho el artículo 152 del C.C.A., exige que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de aquella, por confrontación directa o mediante documentos públicos y que se demuestre, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al demandante.

Respecto del primer elemento, se sustenta la medida solicitada en que el acto acusado viola en forma manifiesta los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, la ley diferencia por su formación, integración, funcionamiento, atribuciones y facultades a los sindicatos de empleados públicos de los de trabajadores oficiales y el acto acusado le reconoce personería y aprueba sus estatutos a un sindicato mixto.

Para la Sala es evidente lo planteado por el municipio demandante, en tanto que si un sindicato de empleados públicos debe estar integrado por empleados oficiales que tengan tal calidad y uno de trabajadores oficiales lo propio, correspondiéndole funciones sindicales diferentes, por lo menos en lo relacionado con la presentación de pliegos de peticiones para los últimos y solicitudes respetuosas para los primeros, es imposible jurídicamente que pueda existir un sindicato mixto o híbrido, que no sea ni lo uno o lo otro sino que participe de la esencia de ambos.

De otro lado, el municipio demandante acredita, sumariamente, el perjuicio que sufrió, o sufriría si tal convención colectiva no se ha cumplido, con la ejecución del acto acusado (fls. 5 a 8).

Consecuentemente, la Sala decretará la medida solicitada.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

SUSPENDESE provisionalmente la resolución número 1182 de 1.990 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese y notifíquese como se ordenó.

Aprobado en la Sala del día 10 de octubre de 1990.

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz,
Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Dolly Pedraza de Arenas.*

REPRODUCCION DEL ACTO

Si la Empresa Puertos de Colombia adopta expresamente decisión respecto de beneficios asistenciales y prestacionales para los empleados públicos a su servicio, se está refiriendo incuestionablemente a los mismos privilegiados que fueron suspendidos en providencia de noviembre 12 de 1986. No puede tratarse de las prestaciones legales, ya que éstas están expresamente previstas en la ley y no requieren acuerdos de la Junta Directiva de Puertos de Colombia para su reconocimiento y pago.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE: El artículo 8° del acuerdo 1017 de junio 30 de 1987 Adoptado por la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 2141 Unica instancia.

Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.

El doctor PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES, quien es actor en este proceso, solicita en escrito visible a folios 123 a 125 se decrete la suspensión provisional del artículo 8o. del Acuerdo No. 017 de junio 30 de 1987 emanado de la Junta Directiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, del siguiente tenor:

"Artículo 8o.- Al personal relacionado en el presente Acuerdo la Empresa le seguirá reconociendo los beneficios asistenciales y prestacionales en igual forma como lo ha hecho hasta el momento, de acuerdo con el sitio que tiene asignado como sede habitual de trabajo, siempre y cuando su contrato de trabajo no sea inferior a cuatro (4) horas." (Fols. 118-122).

Invoca el actor el artículo 34 del decreto 2304 de 1989, modificatorio del artículo 158 del C.C.A., y alega que la disposición transcrita reproduce en su esencia el Acuerdo 963 de noviembre 10 de 1983 que fué suspendido en este proceso mediante auto de noviembre 12 de 1986.

Para resolver, se considera:

Efectivamente, mediante providencia de noviembre 12 de 1986 se suspendió provisionalmente el Acuerdo 963 de la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia adoptado en noviembre 10 de 1983, cuyo tenor es como sigue:

"LA JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA, en uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

Que la Junta Directiva Nacional aceptó como justa la proposición presentada por el Gerente General, en el sentido de reconocer a los empleados no sindicalizados y a los empleados públicos los beneficios asistenciales y prestacionales acordados en las Convenciones Colectivas de trabajo recientemente firmadas.

ACUERDA:

Artículo 1o.- Hacer extensivos a los Empleados Públicos y a los trabajadores oficiales no sindicalizados los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes Convenciones Colectivas de Trabajo firmadas con los Sindicatos de la Oficina Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

Artículo 2o.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias." (Fol. 1).

En la providencia mencionada se decretó la suspensión provisional del Acuerdo transcrito "en cuanto se refiere a los empleados públicos". (Fols. 12-15).

Expresa el libelista que en 1984 (Acuerdos 972 y 991) se reiteró la disposición de 1983 (suspendida en 1986) y que igual cosa se hizo en 1985 (Acuerdo 009 y 034), sugiriendo que la medida continúa adoptándose según se desprende del texto cuya suspensión impetra.

SECCION SEGUNDA

Acompaña el actor copia de los citados Acuerdos, los que obran a folios 90, 97, 102 y 108. Tales acuerdos reiteran la disposición de que "Al personal que ocupe los cargos relacionados... se le hacen extensivos los beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo que corresponda al sitio que tiene asignado como sede de trabajo".

Ahora bien, estos Acuerdos no se refieren a los empleados públicos de la Empresa sino a los trabajadores oficiales, como puede verse en su texto.

En cambio, la disposición que se pide suspender forma parte del Acuerdo No. 017 de 1987 "por lo cual se fija la escala de remuneración para el personal de *empleados públicos* de la Empresa Puertos de Colombia" y para *esos mismos empleados públicos* la Empresa "seguirá reconociendo los beneficios asistenciales y prestacionales en igual forma como lo ha hecho hasta el momento", como reza la disposición censurada.

En tal virtud, si la Empresa de Puertos de Colombia adopta expresamente esta decisión respecto de beneficios asistenciales y prestacionales para los empleados públicos a su servicio, se está refiriendo incuestionablemente a los mismos privilegios que fueron suspendidos en la providencia a que se hizo referencia. No puede tratarse de las prestaciones legales, ya que éstas están expresamente previstas en la ley y no requieren Acuerdos de la Junta Directiva de Puertos de Colombia para su reconocimiento y pago.

Es el caso, por lo tanto, de atender la solicitud del libelista y, en tal virtud, se dispone:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del C.C.A. (Decreto 2304 de 1989, artículo 34), se suspende provisionalmente el artículo 8o. del Acuerdo No. 017 de junio 30 de 1987 adoptado por la Junta Directiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, en cuanto se refiere a empleados públicos.

Compúlsense copias con destino a la Procuraduría General de la Nación para que se investigue la conducta de las personas responsables de la disposición suspendida en esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Decisión adoptada en Sala del día 16 de octubre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

SANCION DISCIPLINARIA . PROCESO DISCIPLINARIO . INVESTIGACION DISCIPLINARIA . DELEGACION DE FUNCIONES.

Fue una funcionaria de inferior jerarquía administrativa a la de la empleada investigada la que practicó una serie de diligencias administrativas inherentes a la investigación, lo que resulta contrario al mandato del artículo 155 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. La investigación disciplinaria deberá adelantarse por las personas que señale el Jefe del organismo o de la dependencia regional respectiva, por lo que mal podía el auditor interno del ICT subcomisionar a un funcionario para adelantar diligencias propias de la investigación que le correspondía llevar a cabo al citado auditor, en virtud de la delegación que se le había conferido para el efecto. Es un principio de derecho administrativo que la función delegada no puede a su vez subdelegarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 626. Autoridades Nacionales. Actora: María Victoria Vargas de Valencia.

La señora María Victoria Vargas de Valencia, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación para que se hagan las siguientes o semejantes declaraciones:

"PRIMERA: Que son nulas las resoluciones No. 040804 de agosto 15 y 05133 de septiembre 26 de 1985, expedida por el DIRECTOR REGIONAL DE

CUNDINAMARCA DEL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, y la No. 4747 de Octubre 22 del mismo año expedida por el Subgerente JURIDICO de dicha entidad, en cuanto mediante ellas se impone una sanción disciplinaria a mi mandante consistente en la "suspensión por el término de 5 días sin derecho a remuneración".

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que mi mandante no es responsable de los hechos que motivaron la acción disciplinaria contra ella adelantada, y por tanto se le absuelva de los cargos a ella imputados.

TERCERA: Que igualmente, y de manera consecencial se declare que la DIVISION DE RELACIONES HUMANAS DEL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL, deben cancelar el registro disciplinario que hubieren efectuado en cumplimiento de las resoluciones acusadas y retirar cualquier anotación que se hubiere efectuado en la hoja de vida de mi mandante.

CUARTA: Que a las anteriores declaraciones debe dársele cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984. (fl. 2).

Se firmaron los siguientes hechos:

"1 - Mi mandante prestó sus servicios al Instituto de Crédito Territorial en la ciudad de Bogotá, en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO 3010-10 DE SECRETARIA Y JURIDICO DE LA REGIONAL DE CUNDINAMARCA entre el 9 de febrero de 1983 y el 1 de marzo de 1985.

2 - En el mes de enero de 1985 se inició por parte del Inscredial una investigación disciplinaria contra mi mandante y otros funcionarios de la Regional de Cundinamarca.

3 - El día 4 de febrero de 1985 la Doctora CECILIA RIOS MATTOS, abogada del Inscredial, formuló el siguiente cargo disciplinario a mi representada:

"Haber procedido a firmar los cheques que fueron girados durante los días 26 y 27 de Diciembre de 1984 en la División Financiera, sin haber estampado con antelación su firma el Señor Tesorero de la Regional, a quien corresponde hacerlo."

4 - El día 13 de febrero de 1985 mi mandante presentó sus descargos en tiempo hábil, expresando lo siguiente: "Efectivamente a partir de las 6 de la tarde del día 26 de diciembre me enviaron a mi oficina un número bastante considerable de cheques con sus respectivos documentos, subiendo también la Doctora CECILIA DE SACHICA para insistirme en la urgencia de mi firma para la

entrega de los mismos antes del medio día siguiente, que era el cierre bancario y fué así como procedí a firmarlos en presencia del Señor ANDRES SALES, funcionario de la División Financiera y de las Doctoras JANETH NARANJO Y PATRICIA FRANCO, amigas personales, quienes se encontraban en ese momento presentes en mi Oficina, expresándome sus condolencias por la muerte de una tía, ocurrida precisamente ese día. La labor de firma de cheques fue terminada hacia las ocho de la noche.

No es cierto que todos los cheques que llegaron a mi oficina durante los días 26 y 27 de diciembre de 1984, estuvieran sin la firma del Señor Tesorero, pues algunos cheques estaban firmados por él, otros no, situación que consideré explicable dada las circunstancias del inminente cierre bancario y además porque yo presumía que él estaba en la Tesorería atareado en la elaboración de más cheques puesto que la Doctora CECILIA DE SACHICA me informó personalmente que no me fuera a retirar de la Oficina puesto que faltaban más cheques por subir y lógicamente presumo que el Tesorero consideró un mecanismo más ágil para concluir con la labor tendiente a la entrega de cheques, el que yo firmara primero".

Cierto es que el trámite que usualmente se sigue, aunque no esté reglamentado en forma expresa, conduce a que la oportunidad de mi firma se realice cuando se han cumplido una serie de pasos que incluye controles presupuestales, contables y fiscales ninguno de los cuales es de mi competencia y cuyo cumplimiento está asignado ese sí, en forma expresa a otras dependencias de la Regional y de la Auditoría. Ello es así, que presentada una cuenta debe hacerse el respectivo registro presupuestal auditado, el registro contable auditado, el control previo por parte de la Auditoría, que consiste en examinar con antelación al giro del cheque los actos y documentos que los originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos. Verificado todo lo anterior el Auditor refrenda con su firma la orden de pago que le permite al Tesorero, Empleado de manejo que recauda, paga y administra bienes del Estado elaborar el respectivo cheque.

Por lo cual solamente cumplidos dichos trámites suben los cheques para mi firma como requisito para que el beneficiario pueda hacerlo efectivo en el banco, como mecanismo de seguridad exclusivamente, que es el espíritu de la Resolución que asignó a los Jurídicos Regionales ésta función.

Cabe señalar que estando el cheque con las dos firmas autorizadas, los dos sellos y el protector deben quedar descargados en los libros de bancos con la revisión de la Auditoría, como también que los cheques con mi sola firma no son negociables, lo que conlleva a decir que no pueden ser entregados, ni puede hacerse efectivo su cobro ante el banco, porque sin la firma del girador, el sello y el protector el banco no los paga.

Del procedimiento señalado anteriormente se observa que para el trámite del pago de una cuenta, mi intervención se reduce únicamente a una firma cuyo

objeto es el de proteger un título valor elaborado por la entidad a través de la Tesorería y nó refrendar ninguno de los trámites previos a su expedición.

Con base en lo expuesto y teniendo en cuenta que no existe disposición interna ni ninguna otra que ordene que previamente a la firma del Secretario Jurídico, deba firmar el Tesorero, no he incurrido en la violación del artículo 60. del Decreto 2400 de 1968, por el contrario estoy segura de que la colaboración que presté contribuyó a que el cierre bancario de fin de año no afectara los pagos que debieron hacerse.

No está por demás hacer notar la necesidad de que se revise ésta función, planteando que sea otro funcionario quien la asuma, pues dado el volumen de labores que corresponden a mi cargo en la Regional Cundinamarca, que incluyen la refrendación de todos los actos del Director, la firma de las escrituras para adjudicarlos, la atención permanente al público y la asesoría que debe prestarse de manera constante, tanto verbal como escrita a todas las dependencias de la misma Regional, lo que implica un recargo de funciones que lleva al cumplimiento mecanizado de muchas de ellas, máxime que la actividad que desarrolla ésta Regional es superior a la de Regionales como la de Antioquia y Valle en donde las funciones que he enumerado están asignadas por lo menos a dos funcionarios.

Considero desvirtuado el cargo que se me imputa y solicito muy comedidamente que se me absuelva".

5 - Mediante Resolución No. 4084 de agosto 15 de 1985 el Director Regional de Cundinamarca del Inscredial impuso sanción disciplinaria a mi mandante consistente en "suspensión por el término de 5 días sin derecho a remuneración".

6 - Contra dicha decisión mi mandante interpuso, a través de apoderado, en tiempo hábil, el recurso de reposición, y en subsidio, el de apelación, sustentándolo debidamente.

7 - Mediante resolución No. 05133 de septiembre 26 de 1985, se confirmó la sanción disciplinaria impuesta a mi representada por el Director Regional.

8 - Por medio de resolución No. 04747 de octubre 22 de 1985 se resolvió el recurso de apelación por parte del Sub-director Jurídico del Inscredial, confirmando la resolución recurrida y ordenando la remisión de las resoluciones sancionatorias a la División de Relaciones Humanas de la entidad, a la Procuraduría General de la Nación y al Departamento Administrativo del Servicio Civil par su registro.

9 - El acto administrativo indicado en el hecho anterior fue notificado a mi mandante, quedando agotada la vía gubernativa.

10 - El día 8 de enero de 1985 el Gerente General del Inscredial solicitó al auditor interno del organismo investigar hechos ocurridos el 26 y 27 de diciembre de 1984.

11 - La Doctora CECILIA RIOS MATTOS, abogada de la División de Asistencia Legal asumió la investigación disciplinaria referida, el día 11 de enero de 1985, sin haber sido comisionada por el jefe del organismo, como lo ordena la ley. Por tanto, dicha funcionaria adelantó la investigación e incluso formuló pliego de cargos a mi mandante, sin haber sido comisionada por funcionario competente y sin facultades para ello.

12 - Además, la Doctora RIOS MATTOS al momento de la investigación adelantada, tenía el cargo de Profesional Universitario 3020-06 y mi mandante el de Profesional especializado 3010-10, empleo éste de superior jerarquía; por tanto la investigadora legalmente no podía adelantar la averiguación disciplinaria contra mi representada.

13 - El día 4 de febrero de 1985, el Auditor interno de la entidad "subcomisionó" a la Doctora RIOS para elaborar y formular el pliego de cargos, sin que existiera atribución legal para dicha subdelegación.

14 - La Resolución 4747 acusada acepta que las circunstancias descritas en los 3 hechos precedentes son causales de nulidad pero que al no haberse alegado al momento de los descargos "se considera saneada la actuación".

15 - El recurso de apelación no fué decidido por el Jefe del Organismo sino por el Subdirector Jurídico.

16 - Además, las resoluciones acusadas fueron expedidas con violación de normas de superior jerarquía y con falsa motivación. (fls. 3 a 5).

En la demanda se citaron como disposiciones violadas los artículos 26 de la Constitución Política, 1, 7, 14, 15 y 16 de la Ley 13 de 1984, 152, 154, 155 y 165 del Decreto 1950 de 1973, 1 y 2 de la Resolución No. 2186 de 1982 expedida por el Instituto de Crédito Territorial.

En el concepto de la violación (fls. 5, 6 y 7), el apoderado de la demandante afirma que, la investigación disciplinaria adelantada contra la señora de Valencia se llevó a cabo por funcionaria que no había sido comisionada para el efecto; que ésta era de inferior jerarquía administrativa a la empleada investigada, razón por la cual tampoco podía formular cargos a la demandante; que el auditor interno de la entidad demandada, a quien se le había delegado realizar la investigación, no estaba facultado para subdelegar dicha atribución, que en la interposición de los recursos contra la resolución sancionatoria, la funcionaria investigada puso en conocimiento de la administración las irregularidades en que se había incurrido en el proceso disciplinario,

pero que el subdirector jurídico del Instituto de Crédito Territorial afirmó que la causal de nulidad quedó saneada, porque no se hizo referencia a dichas irregularidades en la presentación de los descargos; que la sanción impuesta a la señora de Valencia fué arbitraria, toda vez que ella no incurrió en falta disciplinaria; que la Resolución 2186 de 1982 del "I.C.T.", no establecía la obligación de la actora de suscribir los cheques después de que lo hiciera el tesorero de la entidad; que la demandante actuó de buena fé y que no se tuvieron en cuenta para la imposición de la sanción, sus antecedentes disciplinarios y conducta anterior en el desempeño de sus funciones; así mismo, se dice que "para efectos del concepto de la violación me remito igualmente a los argumentos expuestos en el memorial de sustentación de los recursos interpuestos en la vía gubernativa" (fl. 7).

Es de anotar que, en el escrito demandatorio, se solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos acusados (fl. 7).

En auto de julio 7 de 1986 expedido por la entonces Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares, por el cual se admitió la demanda presentada por conducto de apoderado por la señora de Valencia, se denegó la solicitud de suspensión provisional, toda vez que "...para decidir con acierto el tema que ocupa la atención de la Sala Unitaria, era indispensable que el demandante hubiera aportado las pruebas indispensables que permitieran deducir que el funcionario investigador tenía una categoría inferior de la inculpada y no simplemente limitarse a pedir las como prueba para decretar la medida provisoria. ...al no haberse aportado tales elementos probatorios, es incuestionable que la medida cautelar solicitada no podrá decretarse, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo" (folio 38).

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, en concepto de abril 20 de 1988, manifiesta que después de haber examinado el acervo probatorio que obra en el proceso, considera que las pretensiones formuladas en la demanda deben prosperar (fol. 79). Para fundamentar su concepto, la agencia del Ministerio Público expuso lo siguiente:

"Un cotejo de los elementos de juicio que obran en los cuadernos que integran el expediente con las normas pretranscritas, permiten establecer -sin lugar a dudas para la Fiscalía- que el acto enjuiciado no se cifió, ni en las formalidades que exigen las normas aludidas tendientes a garantizar el derecho de defensa, ni en la competencia y jerarquía que requiere el funcionario encargado de adelantar la averiguación disciplinaria y que dicta la resolución, circunstancias éstas que constituyen causales de anulación o vicios intrínsecos del acto administrativo, con arreglo al artículo 84 del C.C.A., y que no son susceptibles de sanearse conforme a la preceptiva del C.P.C., en razón de no haber sido alegadas por el funcionario sancionado en el momento de rendir los descargos, como lo pretende el personero judicial de la parte demandada. Los vicios de nulidad del acto administrativo como lo afirma el personero judicial de la actora continúan gravitando sobre aquél y, acreditados en el proceso, conducen a su anulación; y

20.- Admitiendo que la funcionaria sancionada (actora en el juicio) no guardó el orden en que debían firmarse los cheques expedidos por la Tesorería de la Entidad demandada, según la resolución (ORGANICA) 2186 del 6 de septiembre de 1982 (folio 107 del cuaderno No. 2), la verdad reflejada en el proceso es la de que no se causó perjuicio alguno a la Entidad, pues los cheques firmados por la funcionaria, antes que por el Tesorero, no podían ser cobrados, ni negociados en forma alguna, sin la firma de éste. Pero además, todo indica en el juicio que la conducta de aquélla estuvo animada por el buen propósito de colaboración eficaz para asegurar los pagos oportunos del Instituto, frente a la inminencia del cierre bancario, razones que en el entendimiento de esta Agencia del Ministerio Público son eximentes de la sanción. Más, si alguna se justificaba por la alteración del referido orden de firmas, hubiese sido bastante la amonestación. Hubo entonces, en el sentir de la Fiscalía, desconocimiento del principio de la dosificación de la pena y olvido del aforismo latino "SUMMUN JUS SUMMA INJURIA" (fls. 85 y 86).

Llegado el momento de proferir sentencia se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia gira en torno a la legalidad de las resoluciones 4084, 5133 y 4747 de 1985 expedidas por el Instituto de Crédito Territorial, mediante las cuales se impuso a la demandante la sanción disciplinaria de suspensión por el término de cinco días, sin derecho a remuneración en el cargo de profesional especializado 3010-10 de la Dirección Regional de Cundinamarca que desempeñaba esa entidad descentralizada.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1.- Que por resolución No. 2578 de julio 7 de 1983 proferida por el Instituto de Crédito Territorial, se nombró a la señora María Victoria Vargas de Valencia para desempeñar el cargo de profesional especializado 3010-10 de la Dirección regional de Cundinamarca.

2.- Que mediante comunicación de marzo 22 de 1985 dirigida a la Subgerente Administrativa de dicho organismo, la demandante presentó renuncia del cargo para el cual fué nombrada por la citada resolución.

3.- Que por resolución No. 1291 de marzo 22 de 1985 expedida por la mencionada entidad descentralizada, se aceptó la renuncia de la señora de Valencia del empleo que ocupaba, a partir del 1 de abril del mismo año.

4.- Que el señor Abraham Rayo Guarnizo, tesorero del "I.C.T." Seccional Cundinamarca, mediante comunicación de enero 3 de 1985 dirigida a la Oficina de Organización y Métodos de esa entidad, solicita se adelante investigación por he-

SECCION SEGUNDA

chos irregulares sucedidos en la dependencia a su cargo los días 26 y 27 de diciembre de 1984, con el fin de que se establezcan responsabilidades.

5.- Que por memorando interno de enero 8 de 1985 dirigido al auditor interno de esa entidad descentralizada, el Gerente General (E) del "I.C.T." solicita que con base en lo estatuido en los artículos 7 de la ley 13 de 1984 y 150 del decreto reglamentario 1950 de 1973, se llevan a cabo diligencias administrativas para determinar la responsabilidad de funcionarios de la regional de Cundinamarca, por los hechos a que hace referencia el tesorero de esta dependencia.

6.- Que por oficio número 00370 de enero 10 de 1985 dirigido a Cecilia Ríos, funcionaria de la División de Asistencia Legal, la Jefe de la División de Relaciones Humanas del "I.C.T." le comunica que la Gerencia General por resolución No. 0059 de enero 9 de dicho año, la comisiona a partir de esa fecha por el término de quince días para que preste sus servicios en la oficina de auditoría interna adscrita a la mencionada gerencia.

7.- Que en enero 11 de 1985, la abogada comisionada, Cecilia Ríos, asume el conocimiento de la investigación disciplinaria y procede a la práctica de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

8.- Que por oficio de febrero 4 de 1985 remitido al auditor interno del ICT, la doctora Cecilia Ríos M. adjunta el informe sobre el resultado de las diligencias practicadas en la investigación disciplinaria a que se hecho mención, informe en el cual se considera que existe mérito suficiente para formular pliego de cargos a algunos funcionarios del instituto, entre ellos, a la señora María Victoria Vargas de Valencia, por conducta contraria a lo dispuesto en el artículo 6o. del decreto 2400 de 1968, en concordancia con lo estatuido en el literal a) del artículo 132 del decreto reglamentario 1950 de 1973.

9.- Que el auditor interno del ICT, mediante oficio de 4 de febrero de 1985, teniendo en cuenta el informe rendido por la abogada comisionada, ordena la apertura de investigación y formulación de cargos a funcionarios de la Regional de Cundinamarca, entre ellos, a la demandante; asimismo, que por oficio de la misma fecha, subcomisiona a la doctora Cecilia Ríos M., para que proceda a elaborar y formular los respectivos pliegos de cargos a los implicados, practicar las pruebas que soliciten los acusados en sus memoriales de descargos y, en general, para realizar las diligencias encaminadas al perfeccionamiento y esclarecimiento de los hechos, señalando un término de sesenta días para el efecto.

10.- Que por oficio de febrero 4 de 1985 enviado a la demandante, la doctora Cecilia Ríos M. formula los correspondientes cargos y señala un término de cinco días hábiles para rendir descargos.

11.- Que el 6 de febrero de 1985, la funcionaria investigada se hace presente en la auditoría interna del Instituto para notificarse del pliego de cargos.

12.- Que el 13 de febrero de 1985, la señora de Valencia presenta los descargos ante la doctora Cecilia Ríos M.

13.- Que por oficio 03620 de febrero 19 de 1985, la señora Gerente General del ICT informa al Jefe de la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la investigación disciplinaria que se adelanta contra funcionarios del Instituto de la Regional de Cundinamarca.

14.- Que en el proceso disciplinario se recibieron numerosas declaraciones, entre ellas, las de los funcionarios Carlos Augusto Angarita S., Ana Tulia Villardy M. y Bernardo León Guevara, los días 10, 11 y 17 de enero de 1985, respectivamente; igualmente el día 25 de febrero del mismo año se recibieron las declaraciones de las doctoras Janeth Naranjo y Patricia Franco, y el día 26 del citado mes la declaración del empleado Andrés Sales. En todas aquellas declaraciones se hace relación a los hechos por los cuales fué investigada la señora de Valencia.

15.- Que el 2 de agosto de 1985, el auditor interno del ICT, mediante memorando, presentó a la señora Gerente General del Instituto el informe sobre la investigación disciplinaria contra funcionarios de la Regional de Cundinamarca, en el cual se sugiere la imposición de sanción disciplinaria a la demandante, por haber incurrido en falta disciplinaria.

16.- Que por oficio 16700 de agosto 12 de 1985 dirigido al Director del ICT Regional de Cundinamarca, la Gerente General del Instituto, teniendo en cuenta el oficio del día 2 del mismo mes suscrito por el auditor interno, remitió el informe a que se ha hecho mención en el punto anterior.

17.- Que por Resolución No. 04084 de agosto 15 de 1985 expedida por el mencionado Director Regional, se impuso sanción disciplinaria a la demandante, la cual se le notificó el día 20 del mismo mes.

18.- Que la señora de Valencia interpuso mediante apoderado los recursos pertinentes contra la resolución sancionatoria, los cuales se presentaron el día 27 de agosto de 1985 ante el Director del ICT Regional de Cundinamarca.

19.- Que por Resoluciones 5133 y 4347 de 26 de septiembre y 22 de octubre de 1985, dicho Director Regional y el Subgerente Jurídico del ICT, respectivamente, resolvieron los recursos de reposición y apelación, mediante los cuales se confirma la sanción disciplinaria de suspensión impuesta a la demandante por resolución No. 04084 de 1985.

20.- Que el 24 de octubre de dicho año se notificó a la señora de Valencia la resolución 4747 referenciada en el punto anterior.

De acuerdo con lo expuesto en los puntos 4 a 20, que describen la forma como se llevó a cabo la investigación disciplinaria contra la demandante, no se infiere que

haya existido una violación flagrante del derecho de defensa de la funcionaria investigada, toda vez que como ya se vió, para la imposición de la sanción de suspensión se adelantó proceso disciplinario previo, en desarrollo del cual la inculpada tuvo la oportunidad de controvertir los cargos que se le formularon y de que se practicaron distintas pruebas encaminadas al esclarecimiento de los hechos objeto de la averiguación.

Se observa que las resoluciones acusadas, aparecen motivadas y como por conducto de dichos actos administrativos se impuso a la señora de Valencia la sanción de suspensión por cinco días sin derecho a remuneración en el cargo que desempeñaba en el Instituto de Crédito Territorial Regional de Cundinamarca, allí se hace mención al procedimiento que se realizó tras habersele recibido los descargos.

El contenido de las resoluciones acusadas llevan en sí, de modo implícito, la presunción de legalidad. Y como en su texto aparecen las razones por las cuales las directivas del Instituto de Crédito Territorial, creyeron oportuno imponer a la señora de Valencia la sanción de suspensión, corresponde a esta última demostrar en el proceso que los actos administrativos no se ajustan a la legalidad.

La Sala anota que, no obstante haberse citado en el escrito demandatorio como disposiciones violadas los artículos 1, 7, 14, 15, y 16 de la ley 134 de 1.984 y 152, 154, 155 y 165 del decreto reglamentario 1950 de 1973, al desarrollar el concepto de la violación, solo se explica en relación con dicho concepto los artículos 7 de la ley 13 de 1.984 y 155 del decreto reglamentario 1950 de 1973, normas ambas referentes a la competencia para adelantar las investigaciones disciplinarias, y la segunda de ellas además, reguladora de la obligación de que el funcionario designado para adelantar la investigación sea "de igual o superior jerarquía a la del inculpado". Admitiendo como se propone en la demanda, que haga parte del concepto de la violación lo planteado por el apoderado de la actora en el escrito contentivo de los recursos interpuestos por la vía gubernativa contra la resolución 04084 de 1985, se establece que, además, de citar igualmente como violado el artículo 9 de la comentada ley, sobre el cierre de la investigación disciplinaria, apenas se hace relación al artículo 14 ordinal d) de la ley 13 de 1984, atinente a la calificación de las faltas. En cuanto a las normas del decreto reglamentario 482 de 1985, que se consideran violadas y que se mencionan en el referido escrito contentivo de los recursos, ellas no son aplicables al caso sub-examine, toda vez que el citado decreto entró en vigencia con posterioridad a la fecha en que se inició la investigación disciplinaria contra la señora Vargas de Valencia. En efecto, el decreto 482 de febrero 19 de 1985 dispuso en su artículo 59: "El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial, se aplicará en los procesos disciplinarios que se inicien a partir de la fecha y deroga las disposiciones pertinentes que sobre la materia contienen el decreto reglamentario 1950 de 1973, el decreto 2492 de 1975, y demás normas reglamentarias que le sean contrarias". Y, como es de conocimiento, el decreto 482 de 1985 se publicó en el diario oficial el día 27 de febrero del mismo año.

Así las cosas, considera la Sala que el aspecto central que se debate en el caso sub-examine, es el relacionado con la competencia para adelantar la investigación

disciplinaria por funcionario de inferior jerarquía administrativa a la de la empleada investigada; así mismo, si el Auditor Interno del ICT, a quien se le había delegado la función de realizar dicha investigación, estaba facultado para subdelegar esa atribución, de conformidad con lo planteado al respecto por el apoderado de la demandante en su escrito demandatorio.

El inciso primero del artículo 7 de la ley 13 de 1984, establece que la "investigación disciplinaria se hará por las personas que señale el Jefe del organismo o de la dependencia regional respectiva, y dentro de los términos que se le señalen para el efecto. "; igualmente, el artículo 155 del decreto reglamentario 1950 de 1973, disposición invocada como violada por la parte actora en la demanda y vigente para la época en que se inició la investigación disciplinaria contra la demandante y, por consiguiente aplicable al caso sub-lite, determina que "cuando el Jefe del organismo considere que es necesario adelantar una investigación, o que debe perfeccionarse la que se haya efectuado, designará un funcionario de igual o superior jerarquía a la del inculpado, para que adelante las diligencias que sean necesarias, señalándole un término hasta por quince (15) días".

Como se expuso en el punto 5, por memorando interno de enero 8 de 1985 dirigido al auditor interno del ICT por el Gerente General (E) de este organismo, se solicita al citado funcionario que con base en lo dispuesto en los artículos 7 de la ley 13 de 1984 y 150 del decreto 1950 de 1973, se realicen diligencias administrativas para determinar la responsabilidad de funcionarios de la regional de Cundinamarca, por los hechos a que alude el Tesorero de esta dependencia mediante comunicación del día 3 del mismo mes y año.

A la luz del artículo 155 del decreto 1950 de 1973, no existía inconveniente legal para que al Jefe de la Oficina de Auditoría Interna se le asignará la aludida responsabilidad, pues es de superior jerarquía administrativa el de Profesional Especializado que desempeñaba la demandante.

No obstante lo anterior, observa la Sala que, acorde con el recuento que se ha hecho sobre el desarrollo de la investigación disciplinaria, fue una funcionaria de inferior jerarquía administrativa a la de la empleada investigada la que practicó una serie de diligencias administrativas inherentes a la investigación. En efecto, en concordancia con lo planteado especialmente en los puntos 7, 8, 9, 10 y 12, se establece que la doctora Cecilia Ríos M. fue la funcionaria del ICT que asumió la investigación, practicó diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, rendición del informe disciplinario, formulación de cargos y recepción de descargos, lo que resulta contrario al mandato del artículo 155 del decreto reglamentario 1950 de 1973.

De otra parte, precisa la Sala que en los términos del artículo 7o. de la ley 13 de 1984, disposición que se invoca como violada por la parte actora en la demanda, como ya se anotó, la investigación disciplinaria deberá adelantarse por las personas que señale el Jefe del organismo o de la dependencia regional respectiva, por lo que mal podía el Auditor Interno del ICT, de conformidad con su oficio de febrero 4 de

SECCION SEGUNDA

1985 dirigido a la doctora Ríos M. sub-comisionarla, según la expresión utilizada en él, para adelantar diligencias propias de la investigación que correspondía llevar a cabo al citado auditor, en virtud de la delegación que se había conferido para el efecto, lo cual se infiere del oficio de enero 8 de 1985 suscrito por el Gerente General (E) de esa entidad descentralizada.

Es un principio de derecho administrativo, que la función delegada no puede a su vez subdelegarse. Y, fue esto, precisamente, lo que hizo en el fondo el Auditor Interno, mediante el oficio por él dirigido a la doctora Ríos M., al cual se ha hecho referencia.

Lo hasta aquí expuesto por la Sala, constituye argumento suficiente para que se proceda a anular los actos administrativos demandados por la parte actora y, por ende, acceder a las súplicas de la demanda, sin que para ello se requiera profundizar en consideraciones de otra índole.

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

FALLA:

Son nulas las Resoluciones números 04084 de agosto 15 de 1985, 05133 de septiembre 26 y 4747 de octubre 22 del mismo año expedidas por el ICT, en cuanto mediante ellas se impuso a la señora María Victoria Vargas de Valencia, sanción disciplinaria de suspensión por el término de 5 días sin derecho a remuneración.

El Instituto de Crédito Territorial, el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Procuraduría General de la Nación procederán a cancelar las anotaciones disciplinarias que hubieran efectuado en los correspondientes registros administrativos, como consecuencia del cumplimiento de las resoluciones que se declaran nulas, en lo atinente a la sanción impuesta a la demandante.

Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

El anterior proyecto fué estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 16 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

PROCESO DISCIPLINARIO. DESTITUCION DERECHO DE DEFENSA

La sanción disciplinaria de destitución debe estar antecedida de un proceso disciplinario, el cual tiene que adelantarse por los funcionarios competentes para el efecto y dando oportunidad al empleado acusado, de rendir descargos y presentar y solicitar pruebas, con el fin de desvirtuar las allegadas en su contra; todo lo anterior, para garantizar adecuadamente el derecho de defensa. El concepto previo de la Comisión de Personal del respectivo organismo, que se requiere para la aplicación de terminadas sanciones disciplinarias no obliga a la autoridad nominadora. No existe disposición legal que obligue de oficio a la administración, a entregar a los funcionarios investigados disciplinariamente copia del respectivo expediente contentivo de la investigación y de los documentos que allí reposan.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. Veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente : Doctor Joaquín Barreto Ruiz

Ref.: Expediente No. 923 Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Alberto Reyes Ospina.-

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de diciembre de 1.983, que decidió favorablemente las peticiones que presentó Rafael Alberto Reyes Ospina, de nulidad del acto administrativo que lo destituyó del cargo que desempeñaba en esta entidad descentralizada, de reintegro al servicio y de pago de los haberes dejados de percibir.

Según copia de la demanda que obra en hoja de vida del actor allegada al expediente, el fundamento fáctico se planteó así:

"1.- El señor Rafael Alberto Reyes Ospina prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, establecimiento público de carácter nacional en el cargo de Instructor del Centro Comercial de Chapinero de la Regional de Bogotá, desde el mes de julio de 1976 hasta el 15 de septiembre de 1978 en que fue destituido injustamente.

2.- Fueron tanes (sic) leales y eficaces los servicios prestados por el actor que el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena en varias oportunidades le hizo público su reconocimiento por medio de felicitaciones por el trabajo realizado en actividades culturales y de colaboración.

3.- A pesar de su buen comportamiento y eficiencia, el Sena le abrió una investigación por considerar que había presentado una cuenta de cobro con certificados falsos, para lograr el reembolso de los valores pagados a la doctora Lola Hoyos de Muñoz, por concepto de tratamiento odontológico llevado a cabo en su esposa e hijos.

2 (sic).- El Sena sin más procedió a llamar a un odontólogo particular que no es funcionario de esa entidad para que determinara si los trabajos odontológicos realizados en su esposa e hijos se habían efectuado realmente.

3 (sic).- Sin embargo, no se ha establecido si se trata de un profesional con la experiencia y especialización para poder conceptuar sobre los tratamientos realizados.

3 (sic).- A mi cliente se lo llamó desprevenidamente para que se presentara con su esposa y sus hijos para que se sometieran a un examen odontológico por el doctor Alvarez, sin que se le hubiera explicado que se trataba de llevar, pues aunque en el memorando del Jefe del Departamento de Relaciones Industriales se decía que era para la práctica de un examen de revisión de trabajo odontológico, los elementos del tratamiento. (sic).

4(sic).- Sin más, y sin una investigación previa se procedió a acusarlo de la comisión de faltas así: "por cuanto no justificó plenamente el porqué sus hijos no llevaron los aparatos odontológicos a revisión, a pesar de haberseles comunicado en forma explícita mediante citación del subgerente administrativo, el objeto de la mencionada revisión". "Por cuanto Ud. presentó certificados falsos para obtener reembolsos por tratamiento odontológicos no efectuados". "Retención indebida de dineros, al no reintegrar al Sena los valores de reembolso por tratamiento odontológico no realizado, según concepto (sic) técnico del doctor Alvarez Pinzón, para su esposa e hijos. *Es de entenderse, sin embargo que se trata de una sola acusación, las demás revelan la animadversión y propósitos pocos claros de perjudicar a mi cliente.*

5 (sic).- La investigación no se ciñó al procedimiento indicado en el Decreto 1950 de 1.973 ni al estatuto de personal del Sena, pues se pretermitieron todas

las normas, violándose el derecho de defensa de mi patrocinado consagrado en el art. 26 de la C.N. No se le corrió traslado de los cargos como ordena la ley, haciéndole entrega de la investigación y de los documentos y pruebas allegadas sino que se le notificó (sic) por el Jefe del Departamento de Relaciones Industriales de la Regional que debía presentarse a la subcomisión de personal para hacer sus descargos.

6 (sic).- De esta manera la comisión de personal no obró directamente ni se rigió por el procedimiento ordinario para estos casos. Empero si aparece reunida para recibir los descargos en forma verbal, que no es otra cosa que unas preguntas (sic) que le hacen al actor.

7 (sic).- La subcomisión de personal consideró los distintos criterios de los representantes de los empleados y de la entidad administrativa, los cuales no estuvieron de acuerdo para considerar la existencia de una falta. La entrega de los aparatos odontológicos a la Subcomisión de Personal no debió considerarse extemporánea, sino que ha debido ordenarse un nuevo examen que pudiera (sic) establecer definitiva y concretamente la realidad del tratamiento.

8 (sic).- La subcomisión de personal no tomó una decisión como era su deber y al votar hubo un empate de dos votos contra dos que no permitió precisar si mi representado había cometido falta y que esta pudiera (sic) ser grave, leve o levisima; pues la subcomisión de personal según el acta No. 17 del mes de agosto de 1978 no pidió sanción contra el actor.

9 (sic).- Sin embargo, en forma unilateral y arbitraria, los representantes del Sena pidieron la aplicación de una sanción disciplinaria al Gerente de la Regional, quien en forma ignorante procedió a calificar de grave una falta inexistente, usurpando la función de la comisión de personal que no llegó a alguna determinación al respecto.

10 (sic).- El actor se halla inscrito en la carrera administrativa según resolución No. 638 de 1977.

11 (sic).- El actor fue destituido por resolución No. 00-2285 de 15 de septiembre de 1978, sin el lleno de los requisitos de ley.

12 (sic).- Se agotó la vía gubernativa al interponerse por el actor los recursos de reposición y de apelación dentro del término, contra la resolución No. 002285 de 1978 del Sena, por medio de la cual se lo declararon (sic) destituidos del cargo, sin que hasta la fecha los hayan resuelto, por lo que se ha producido el silencio administrativo. (cuaderno No. 2 folios 51 y 50).

Como disposiciones violadas se invocan los artículos "...2, 16, 17, 20, 26 y 30 de la C.N., arts. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 25, 26, 40, 45, 46, 53, 58, 61 del

D. 2400 de 1968; arts. 130 a 144, 149 a 158, 160, 161, 125, 240, 246 del decreto 1950 de 1973; arts. 174, 175, 176, 180, 183, 213 a 232, 251 a 282 del C. de P.C. en cuanto a la prueba; arts. 66 y 282 del C.C.A.; arts. 55 y 56 del decreto 2464 (estatuto de personal del Sena de 1969) derogado en esta parte por el Decreto 1950 de 1973." (Cuaderno No. 2 folio 49).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora manifiesta que existió incompetencia del órgano, pues el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje no tenía facultad para retirar de la administración al demandante, y que sin la calificación de la falta y la solicitud de sanción de la comisión de personal del Sena procedió a destituir al señor Rafael Reyes Ospina en un acto de abuso de poder; violación del derecho de defensa, porque la citada comisión no calificó la falta disciplinaria y no se le dió al actor la oportunidad de presentar sus descargos, ni se le hizo entrega de los documentos y pruebas, ocultándole el expediente; violación de la ley, en atención a que el informe del doctor Alvarez no constituye una prueba en contra del actor, pues si se trata de un perito, no se cumplió con el principio de la contradicción, además, no se llamó a declarar a la doctora Lola Hoyos que, como profesional de la odontología, debía comparecer para que certificara sobre la realidad de los servicios prestados a la familia del demandante; desviación de poder, toda vez que no se cumplió con el procedimiento señalado en el decreto 1959 de 1973, que equivocadamente menciona el apoderado del actor para referirse al decreto 1950 del mismo año, teniendo en cuenta que el Gerente Regional del Sena destituyó al señor Reyes Ospina haciendo caso omiso de la decisión de la subcomisión de personal de no determinar la sanción ni la calidad de la posible falta.

El Tribunal del conocimiento, en la sentencia de 19 de diciembre de 1983, declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el señor Fiscal de la Corporación en su vista de fondo, por considerar que el actor interpuso a tiempo los recursos administrativos consagrados en las normas procedimentales, sin que la administración los hubiera resuelto oportunamente; asimismo, accedió a las súplicas de la demanda, pues para el Tribunal el hecho imputado al actor no quedó debidamente comprobado dentro del proceso disciplinario, el cual adolece de fallas que dificultaron al demandante el ejercicio pleno del derecho de defensa (folios 9 a 20 cuaderno principal).

El proceso se destruyó en la segunda instancia, en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte apelante obtuvo su reconstrucción.

El Ministerio Público en su vista Fiscal solicita se confirme la sentencia apelada, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

"Después de analizar cuidadosamente los elementos que obran en el proceso la Fiscal opina lo siguiente:

El silencio administrativo lo declaró probado el a-quo- teniendo en cuenta la

copia del escrito de interposición del recurso de reposición que obra a folio 64 del cuaderno de pruebas de este expediente reconstruido.

En efecto, al haber transcurrido un mes sin que la administración se pronunciara sobre el recurso de reposición oportunamente interpuesto el 26 de septiembre de 1978 contra la Resolución No. 002285 de 15 de septiembre de 1978, y de conformidad con el Decreto 2733 de 1959, estatuto vigente en ese entonces, se configuró el silencio administrativo negativo y el señor Rafael Alberto Reyes Ospina quedó habilitado para acudir a la vía jurisdiccional.

En cuanto al fondo del asunto Despacho encuentra que los razonamientos expuestos por el Tribunal en el fallo apelado son acertados y jurídicamente válidos.

En efecto, el actor era empleado de carrera administrativa de conformidad con lo previsto en el Estatuto de Personal de Servicio Nacional de Aprendizaje, habiendo sido ratificado en el ejercicio de su cargo para ser inscrito en el Escalafón, y según consta en la Resolución No. 000638 de 17 de febrero de 1977 (fls. 77-83 cdno. de pruebas).

A juicio de la Fiscalía el señor Reyes Ospina gozaba de relativa estabilidad en su cargo.

Ahora bien de los elementos de juicio que obran en el expediente se colige que la sanción de destitución impuesta al demandante no se produjo como consecuencia de proceso disciplinario ajustado a las formalidades legales, y que la supuesta falta como bien lo señala el A-quo no quedó debidamente probada.

Se observa que en el Acta No. 017 de 1 de agosto de 1979, (sic) que obra a fls. 54-46 del expediente administrativo, el señor Reyes Ospina rechazó los cargos que se le imputaban y explicó todo lo relativo al tratamiento odontológico que se le adelantaba a su esposa y a sus hijos menores, inclusive presentó los aparatos de ortodoncia que se requerían para el tratamiento en mención.

A folio 64 del cuaderno principal obra copia de la certificación expedida por la doctora Lola Hoyos de Muñoz en que da cuenta del tratamiento odontológico realizado a la señora Carmen Sofía SÁCHICA de Reyes y a los niños Erwin y Oliver Reyes SÁCHICA.

No se vé entonces, que el demandante efectivamente hubiera incurrido a una falta calificada como grave por infringir el Estatuto de Personal del SENA.

Así las cosas, es claro que con la expedición de acto de destitución se infringieron las normas de derecho citadas en la demanda y el art. 26 de la C.N.

Cabe anotar que las declaraciones que obran a fls. 65 a 68, en opinión de este

Despacho no modifica en nada la situación analizada por el A-quo en su sentencia.

Encontrando la Fiscalía en la segunda instancia una situación idéntica a la estudiada por el Tribunal y considerando acertada la decisión adoptada se permite conceptuar solicitando su confirmación." (fls. 71 y 72).

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de decidir sobre la legalidad de la resolución número 002285 de septiembre 15 de 1.978, proferida por el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena-, mediante la cual destituyó del cargo de Instructor del Centro Comercial de Chapinero de esa entidad, Regional Bogotá, al señor Rafael Alberto Reyes Ospina.

La Sala comparte la conclusión a que llegó el a-quo para declarar no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el señor Fiscal del Tribunal del conocimiento, toda vez que aparece en el proceso copia del escrito contentivo de los recursos de reposición y apelación interpuestos por el demandante contra la citada resolución, que fue notificada al actor el 19 de septiembre de 1978 (fls. 64, 63, y 62 cuaderno No. 2), sin que la administración se hubiera pronunciado sobre ellos, pues no hay constancia en el expediente.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1.- Que por resolución No. 000638 de 17 de febrero de 1977 expedida por el Sena, se ratificó en el cargo de Instructor de Materias Relacionadas IV al demandante, para el cual había sido nombrado en período de prueba, después de haber sido seleccionado mediante concurso (fol. 78 cuaderno No. 2).

2.- Que el 17 de febrero de 1977, el actor solicitó ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera administrativa en el empleo para el cual había concursado. (fl. 84 íbidem).

No obstante lo anterior, no aparece en el expediente copia del acto administrativo mediante el cual dicha entidad definió la situación jurídica del señor Reyes Ospina frente a la carrera administrativa.

3.- Que mediante oficio del 26 de julio de 1.978, el Jefe del Departamento de Relaciones Industriales del Sena Regional Bogotá, cita al demandante ante la respectiva subcomisión de personal, con el fin de que rinda descargos por haber incurrido en hechos constitutivos de falta disciplinaria, al tenor de lo dispuesto en el Estatuto de Personal de ese organismo. (fl. 73 íbidem).

4.- Que según acta No. 0017 de 1o. de agosto de 1978 suscrita por el actor, éste se presentó ante la subcomisión de personal a rendir los descargos que le habían sido formulados, por el funcionario a que se ha hecho mención en el punto anterior. (fls. 56, 55 y 54 ibídem).

5.- que como ya se anotó, por resolución No. 002285 de 1978, el demandante fué destituido del cargo que desempeñaba en el Sena (fls. 50, 51 y 52 del cuaderno principal), acto administrativo contra el cual el señor Reyes Ospina interpuso los recursos de ley, sin que sobre ellos se hubiera pronunciado la administración, como ya se dijo.

De acuerdo con el artículo 151 del acuerdo No. 130 de diciembre 16 de 1969, contenido del Estatuto de Personal del Sena, aprobado por el decreto 2464 de 1970, "las relaciones jurídicas del Sena con sus empleados y trabajadores se regirán preferencialmente por las normas legales aplicables a los empleados oficiales, salvo las excepciones previstas en la ley y en el presente Estatuto sobre aplicación de disposiciones diferentes".

Los artículos 56 y 57 del referido acuerdo consagran que, para aplicar las sanciones de suspensión por más de diez (10) días y de destitución para empleados de carrera, se requerirá concepto previo de la comisión de personal, de conformidad con el siguiente trámite: a) conocida la falta que da lugar a la sanción disciplinaria, el Jefe de Personal informará al empleado la sanción que se le aplicará; b) en la comunicación respectiva se fijará día y hora para realizar audiencia especial en la citada comisión, en la cual se oirán los descargos del inculpado y para que ésta fije su concepto sobre el caso; c) el asunto pasará luego al Director General del Sena o su delegado para que adopte la decisión final. La falta disciplinaria podrá probarse por los medios probatorios, el empleado podrá ejercer su defensa, tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación, según afirma el último de los artículos mencionados.

Independientemente de si el actor estaba debidamente inscrito en la carrera administrativa, interesa en este asunto, verificar si fué destituido de su empleo con estricto apego a la ley y previa observancia del derecho de defensa.

Como es de conocimiento, la sanción disciplinaria de destitución debe estar antecedida de un proceso disciplinario, el cual tiene que adelantarse por los funcionarios competentes para el efecto y dando oportunidad al empleado acusado, de rendir descargos y presentar y solicitar pruebas, con el fin de desvirtuar las allegadas en su contra; todo lo anterior, para garantizar adecuadamente el derecho de defensa, amparado por el artículo 26 de la Constitución Política.

De otra parte, como lo ha sostenido la Sala, las normas constitucionales que consagran principios generales no pueden ser violadas sino mediante el desconocimiento de las disposiciones legales a través de las cuales se les da concreción y desarrollo. Los artículos 2, 16, 17, 20, 26 y 30 de la Carta Política, que se invocan

como violados en el escrito demandatorio, contienen principios generales como el de la soberanía nacional, la obligación de protección a los ciudadanos, la protección al trabajo, la responsabilidad que incumbe a los funcionarios públicos y a los particulares, el debido proceso, la garantía de la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título y la función social de la propiedad.

Respecto de tales disposiciones de la Constitución Política, la parte actora al desarrollar el concepto de la violación apenas se refiere al artículo 26, en concordancia con los artículos, 144 a 158 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 y a los artículos 233 y 238 del Código de Procedimiento Civil, sin explicar tampoco en qué consistió la violación de las normas del decreto 2400 de 1968 invocadas en la demanda (artículos 1, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 25, 26, 40, 45, 46, 53, 58 y 61).

En cuanto a la afirmación hecha en el libelo sobre los artículos 55 y 56 del Estatuto de Personal del Sena derogado por el decreto 1950 de 1973, ello no es cierto, toda vez que tales normas estaban vigentes y no habían sido declaradas nulas para la fecha en que se realizó la investigación disciplinaria contra el actor, disposiciones aplicables preferencialmente en el caso sub-lite a las del decreto 1950 de 1973, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del acuerdo No. 130 de diciembre 16 de 1969 expedido por el Sena y aprobado por el Gobierno Nacional mediante decreto 2464 de 1970.

La Sala ha dicho, que el concepto de la violación debe ser claro y preciso; por ello, no es dable jurídicamente que la Corporación pueda pronunciarse sobre la nulidad de un acto administrativo, con base en normas que se invocan como violadas por dicho acto, pero cuyo concepto de la violación no se desarrolla.

De ahí pues, que en el caso sub-examine el asunto se contraiga a determinar si se violaron con el acto administrativo impugnado las normas invocadas cuyo concepto de violación fue expuesto por la parte actora según se expresó en la página 5 de esta providencia.

Sobre el particular, la Sala encuentra que en el proceso disciplinario adelantado contra el actor por la administración del Sena, se cumplieron los trámites establecidos por el decreto 2464 de 1970, toda vez que, como se expuso en los puntos 3 y 4, por oficio de julio 26 de 1978 el Jefe de Departamento de Relaciones Industriales del Sena Regional Bogotá, cita al señor Reyes Ospina ante la respectiva subcomisión de personal para que rinda descargos por haber incurrido en hechos constitutivos de falta disciplinaria; igualmente, que el demandante según Acta No. 0017 de agosto 1 de dicho año se presentó ante la subcomisión de personal para tal efecto. Asimismo, en la parte considerativa de la resolución 002285 de septiembre 15 de 1978, mediante la cual se destituye al señor Reyes Ospina del cargo que desempeñaba en el Sena Regional Bogotá, se afirma que "...los representantes de los empleados consideraron que se había cometido una falta leve; los representantes de la administración consideraron que se había cometido una falta grave, contra las normas considerativas y reglamentos del Sena y por lo tanto recomendó la aplicación de la correspondiente

sanción disciplinaria. La Gerencia Regional de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de Personal consideró la falta como grave y determinó la destitución del cargo por violación del artículo 52 literal c, numerales 6 y 9 en concordancia con el literal d) del mismo artículo del Estado de Personal del Sena, aprobado por el decreto 2464 y el artículo 36, que reglamenta la seguridad social para los familiares de los empleados del Sena". (fl. 51 cuaderno principal).

La Sala ha dicho en otras ocasiones, que el concepto previo de la comisión de personal del respectivo organismo, que se requiere para la aplicación de determinadas sanciones disciplinarias, no obliga a la autoridad nominadora, como en el caso de la destitución impuesta al demandante. Si bien es cierto no existió criterio uniforme en la subcomisión de personal del Sena sobre si la falta disciplinaria debía calificarse como grave o leve también lo es, que todos estuvieron de acuerdo en la existencia de la falta disciplinaria y en la imposición de la correspondiente sanción, como consta en el texto de la resolución que acaba de citarse; por ello no puede afirmarse que hubo violación del derecho de defensa.

Respecto a que el actor no tuvo la oportunidad de presentar descargos, tal afirmación hecha por el apoderado del demandante no es cierta, pues en el oficio de julio 26 de 1.978 dirigido por el Jefe de Relaciones Industriales del Sena Regional Bogotá, se le cita ante la subcomisión de personal para que rinda descargos por los hechos que luego dieron lugar a su destitución.

Tampoco tiene respaldo probatorio dentro del proceso reconstruido, lo afirmado por el apoderado del demandante de que el señor Reyes Ospina no se le hizo entrega de los documentos y pruebas y que se le ocultó el expediente, pues no aparece acreditado en parte alguna que el actor hubiera solicitado a la administración del Sena dicha entrega en desarrollo de la investigación disciplinaria. Además, no existe disposición legal que obligue de oficio a la administración, a entregar a los funcionarios investigados disciplinariamente copia del respectivo expediente contentivo de la investigación y de los documentos que allí reposan.

Solo consta que el demandante pidió los documentos de la investigación adelantada contra él, una vez ella finalizó (folio 66 cuaderno No. 2).

Por lo tanto, no se ve que en el caso sub-examine, haya existido incompetencia del órgano, violación del derecho de defensa o desviación de poder, en los términos en que lo expone la parte actora en su escrito demandatario al referirse al concepto de la violación y, que por consiguiente, con el acto acusado se violaron los artículos 26 de la Constitución Política y 144 a 158 del decreto reglamentario 1950 de 1.973, aún admitiendo la aplicación supletoria de estas disposiciones en el asunto debatido, pues, como ya se anotó, los funcionarios de dicha entidad descentralizada se rigen preferencialmente en materia de administración de personal por lo establecido en el estatuto aprobado por el decreto 2464 de 1970.

En cuanto a la violación de la ley a que alude el apoderado del demandante en el concepto de la violación, respecto de que el informe del doctor Alvarez no consti-

tuye prueba contra el señor Reyes Ospina, porque si se trata de un perito, acorde con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, no se cumplió con el requisito de la contradicción establecido en el artículo 238 de dicho Código y, por ende, se desconoció el artículo 157 del decreto 1950 de 1973, la Sala se permite anotar que, no aparecen en parte alguna en el proceso reconstruido que la administración del Sena hubiera solicitado al mencionado doctor Alvarez dictamen pericial, a la luz de las referidas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual ellas no pudieron ser violadas y, por consiguiente, tampoco el último artículo citado del decreto 1950.

En lo atinente a que a la señora Lola Hoyos de Muñoz no se le recibió declaración dentro de la investigación disciplinaria, no consta en parte alguna del proceso que dicha prueba hubiera sido solicitada por el demandante, ni antes ni en el momento de rendir descargos ante la subcomisión de personal, como consta en el Acta No. 0017 de agosto 10. de 1978 suscrita por el actor, habiendo éste tenido la oportunidad de pedir la práctica de la citada prueba dentro del desarrollo de la investigación.

Las consideraciones expuestas, llevan a la Sala a la decisión de revocar la sentencia del 19 de diciembre de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con excepción de su ordinal 10., y como consecuencia de ello, a denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 19 de diciembre de 1983, con excepción de lo dispuesto en el ordinal 10. que declaró no probada la ineptitud sustantiva de la demanda, dentro del proceso iniciado por el señor Rafael Reyes Ospina.

En su lugar se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fué estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 16 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

DEMANDA - Requisitos. FUNDAMENTOS DE DERECHO

No puede afirmarse que la demanda carezca de los requisitos formales, porque los hechos si se expusieron e igualmente el actor invocó las disposiciones que consideró infringidas y dio el concepto de la violación de algunas de ellas. No existe una extensión mínima o máxima a la cual deba ajustarse el capítulo de los hechos o el de la violación de las normas invocadas.

INSUBSISTENCIA - Procedencia

La administración hizo uso de la facultad de libre remoción que debe ejercitarse teniendo en cuenta razones de buen servicio, como en verdad ocurrió en este caso, pues no contribuye a la buena marcha de la administración el promover ceses de actividades de suyo ilegales, entorpecedores de las funciones a cargo de la entidad. Como la insubsistencia no constituye sanción disciplinaria no puede hablarse de violación del derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1990).-

Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro

Ref.: Expediente No. 964. Autoridades Nacionales. Actor: Mesías Augusto Alarcón

El señor Mesías Augusto Alarcón interpuso mediante apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 8 de abril de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Reconstruido el expediente mediante auto de 10 de febrero de 1.987, quedó en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se solicitó en la demanda la nulidad del acto mediante el cual la Directora del Instituto Colombiano de Cultura declaró insubsistente el nombramiento del actor como ayudante de oficina 5155-05 de la Biblioteca Nacional y el consiguiente restablecimiento del derecho.

El tribunal se declaró inhibido para pronunciarse de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, pues consideró acogiendo el concepto de su colaborador Fiscal, que no contenía el libelo expresión concreta de los hechos ni concepto de la violación de las normas invocadas.

Por tanto la Sala examinará en primer término este aspecto procesal.

En verdad es bastante sintética la demanda y en el capítulo de los hechos indica solamente que el actor se vinculó al Instituto Colombiano de Cultura, que fue declarado insubsistente, que devengaba un sueldo de \$9.500,00 mensuales, que durante el tiempo de su vinculación fue eficiente, responsable y observó buena conducta y que previamente a la declaratoria de insubsistencia no se le permitió ejercitar el derecho de defensa sobre los cargos imputados y que realmente motivaron la sanción. No explica cuáles fueron esos cargos.

Como normas violadas citó las siguientes: artículos 16, 17, 20, 26, 62 y 63 de la C.N., artículos 11, 12, 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968; artículos 105 y 125 del Decreto 1950 de 1973.

El concepto de la violación se relaciona solamente con algunas de ellas y es bastante breve. Dice así:

"El acto administrativo acusado, fue dictado en aparente uso de la facultad Discrecional de que goza la Administración para declarar insubsistente el Nombramiento hecho a Empleados suyos que sean de Libre Nombramiento y Remoción.

Pero, la discrecionalidad no significa arbitrariedad, ya que por el principio de Legalidad y Finalidad del Accionar Administrativo, existe como limitante el interés general y el buen servicio.

A mi mandante no se le permitió el Derecho Constitucional de la Defensa, para controvertir los reales motivos del retiro.

En el momento Procesal de Alegar de Conclusión, haré otras consideraciones con fundamento en las Pruebas que obren dentro del Proceso".

Ciertamente no puede afirmarse que la demanda carezca de los requisitos formales, porque los hechos si se expusieron e igualmente el actor invocó las disposiciones que consideró infringidas y dió el concepto de la violación de algunas de ellas.

No existe una extensión mínima o máxima a la cual deba ajustarse el capítulo de los hechos o el de la violación de las normas invocadas; y cumplido el requisito formal, debe entrarse al fondo del asunto.

En el libelo, como quedó visto, no se indicó como motivo de la insubsistencia la participación del Señor Mesías Alarcón Corredor en un cese de actividades.

Se dijo simplemente que había sido conculcado su derecho de defensa frente a los cargos imputados, pero en ningún momento se adujo desviación de poder. Fué posteriormente cuando se alegó y se estableció mediante las pruebas aportadas, y entre ellas un informe rendido por el Secretario General del Instituto al Viceministro del Trabajo, que se había hecho uso de la facultad discrecional de remoción para separar del servicio, entre otros empleados al señor Mesías Alarcón Corredor, teniendo en cuenta además "el hecho de que los mencionados señores promovieron y participaron en una cesación mancomunada de trabajo el día 6 de septiembre de 1979, e impidieron la prestación del servicio el día mencionado, tipificando estas conductas violaciones a las normas aplicadas en caso de perturbación del orden público".

Para la Sala el acto acusado no es contrario a derecho por haberse proferido teniendo en cuenta la conducta del señor Alarcón y su participación en el cese de actividades.

En efecto, no probó estar escalafonado en carrera administrativa ni gozar de fuero de relativa estabilidad, para que fuera obligatorio adelantar en su contra proceso disciplinario para separarlo del servicio.

La Administración hizo uso de la facultad de libre remoción que debe ejercitarse teniendo en cuenta razones de buen servicio, como en verdad ocurrió en este caso, pues no contribuye a la buena marcha de la Administración el promover ceses de actividades de suyo ilegales y entorpecedores de las funciones a cargo de la entidad.

Como la insubsistencia no constituye sanción disciplinaria no puede hablarse de violación del derecho de defensa.

Naturalmente siempre obedece a algún motivo pues de lo contrario sería arbitraria; lo importante es que ese motivo esté acorde con la finalidad perseguida por la ley que otorgó la facultad de libre nombramiento y remoción.

El acto acusado sería ilegal si el actor hubiera logrado probar que nunca promovió ni participó en ceses de actividades.

No es suficiente para lograr la nulidad de un acto administrativo y el consiguiente restablecimiento del derecho, apoyarse en una supuesta falta del empleado que además no se le endilga en dicho acto, sino que es necesario demostrar que no se cometió; solo así llegaría a configurarse desviación de poder. De lo contrario el planteamiento resulta carente de toda lógica al pretender que alegando la existencia de algunas faltas se pueda obtener por ello un beneficio.

No habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, las súplicas impetradas no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 8 de abril de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por el señor Mesías Augusto Alarcón Corredor.

En su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 16 de Octubre de 1990.-

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

INSUBSISTENCIA/ PROCESO DISCIPLINARIO (Salvamento de voto)

La autoridad nominadora no puede ejercitar equivocadamente la facultad de remover al funcionario mediante la declaración de insubsistencia del nombramiento, cuando estaba obligada a adelantar el proceso disciplinario respectivo; pues él es de imperioso cumplimiento ante la comisión de una falta, así el empleado no esté escalafonado en carrera administrativa, ni goce de otro fuero de relativa estabilidad.

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expediente No. 964

Actor: Mesías Augusto Alarcón

Con todo respecto expongo las razones de mi disentimiento con la sentencia que antecede, extractadas del proyecto de sentencia que presenté a consideración de la Sala.

De acuerdo con la prueba documental que obra en el expediente, por resolución No. 2336 de 6 de septiembre de 1979 fué declarado insubsistente el nombramiento hecho al señor Mesías Augusto Alarcón, en el cargo que a esa fecha desempeñaba en Colcultura (folio 66), decisión que según la constancia expedida el día 7 de septiembre de 1.979 por el Secretario General y la comunicación que aparecen a folios 62 y 16, fué tomada por haber participado e incitado a funcionarios de ese organismo en un cese ilegal de actividades, que impidió la prestación del servicio en las dependencias del Instituto el día 6 de septiembre de 1979.

Comparto la opinión mayoritaria de la Sala en el sentido de que la declaración de insubsistencia sí obedeció a razones de buen servicio y que "no contribuyen a la

buena marcha de la Administración el promover ceses de actividades de suyo ilegales y entorpecedores de las funciones a cargo de la entidad"; pero a mi juicio tal circunstancia no amerita que la autoridad nominadora ejercite equivocadamente la facultad de remover al funcionario mediante la declaración de insubsistencia del nombramiento, cuando estaba obligada a adelantar el proceso disciplinario respectivo; pues él es de imperioso cumplimiento ante la comisión de una falta, así el empleado no esté escalafonado en carrera administrativo, ni goce de otro fuero de relativa estabilidad. Las razones de buen servicio están dadas, no solamente cuando se declara la insubsistencia; están presentes también, cuando se destituye a un funcionario que ha transgredido el régimen disciplinario, medida ésta que además de obedecer a razones de buen servicio, por tener el carácter de sanción produce, además, un efecto moralizador y ejemplificante, circunstancia que hace que la ley hoy le asigne a la acción disciplinaria el carácter de pública.

En consecuencia, habiéndose probado que la declaración de insubsistencia obedeció a una falta disciplinaria que la administración secretamente le atribuyó pero no le probó al empleado y, que menos aún, éste tuvo oportunidad de controvertir, la Corporación debió no solamente revocar el fallo inhibitorio proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sino además, acceder a la petición de nulidad del acto administrativo y el correspondiente restablecimiento del derecho.

Joaquín Barreto Ruiz

NOTIFICACION./ ACTO ADMINISTRATIVO

La notificación no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial, y por lo mismo, la falta de ella no le afecta en sí mismo en su existencia. La falta de notificación no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a los terceros.

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

Bogotá, D.E. octubre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Ref: Expediente 5298 Actor: Guillermo Lequerica Gómez

El actor GUILLERMO LEQUERICA GOMEZ en el escrito de la demanda y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita la suspensión provisional de la Resolución 913 de 20 de octubre de 1.989 expedida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Bolívar del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se sanciona con "multa equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales o sea la suma de un millón trescientos dos mil trescientos ochenta y cuatro pesos (\$1'302.384.00) al señor Manuel Guillermo Lequerica Gómez, con cédula de ciudadanía número 892.084 de Cartagena, propietario de la Empresa denominada "FRIGOCUMBRE", con domicilio en Loma de Piedra ..." por cierre ilegal de la empresa y despido colectivo de sus trabajadores". (folios 10 y 11).

El actor sustenta la solicitud de suspensión provisional por violación de los artículos 84, 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

El primero de ellos lo hace consistir por estar falsamente motivada la Resolución, pues se basa en un error en la apreciación del balance de la empresa.

El segundo y tercero, por cuanto la notificación de la providencia demandada no se notificó personalmente y la citación para obtener ésta, no se produjo por correo certificado.

El Tribunal Administrativo de Bolívar -Sala Plena- al resolver la solicitud de suspensión provisional, concluye que la medida fué solicitada y sustentada en forma expresa en la demanda, motivo por el cual se cumplió el requisito consagrado en el numeral primero del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, respecto de las siguientes apreciaciones no es posible expresar que se violó el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por falsa motivación pues para llegar a esa conclusión es necesario que se abra a debate probatorio para que dentro de él mediante prueba pericial se determine cual es el balance que se debe tener en cuenta para fijar los activos de "FRIGOCUMBRE" (Fls. 133 y 7).

Igualmente el Tribunal expresa que una vez comparada la actuación administrativa con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, se concluye que la Resolución fué notificada personalmente a uno de los reclamantes y por edicto al señor Manuel Guillermo Lequerica Gómez (Fl. 13) y a folio 104 aparece copia del marconigrama de citación para notificación personal de la Resolución al señor últimamente mencionado y por lo tanto, no surge en forma manifiesta la violación de los artículos 44 y 45 del C.C.A.

Para resolver la apelación, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

CONSIDERA:

Examinado el expediente se observa que el recurrente, solicitó y sustentó en el libelo de la demanda, la suspensión provisional, cumpliendo así con dicha formalidad legal.

En lo referente a la violación de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo en virtud de no existir una adecuada notificación personal del acto al señor GUILLERMO LEQUERICA GOMEZ, ni haber sido citado mediante certificado para hacerle saber el contenido de él, es preciso efectuar las siguientes consideraciones:

1. La ley ha consagrado la suspensión provisional de los actos administrativos con el objeto de mantener el orden jurídico que debe imperar en todo Estado de Derecho.

2. La notificación no constituye parte integrante del acto administrativo, sino de un proceso administrativo o judicial, y por lo mismo, la falta de ella no afecta en sí mismo en su existencia.

3. La falta de notificación no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a terceros.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Jacobo Perez Escobar, en sentencia de 15 de Junio de 1984 dijo:

... La falta de notificación legal no genera la nulidad de los actos administrativos, sino que los hace inoponibles a terceros, es decir, en tales situaciones los interesados pueden pedir a la administración que se los notifique en legal forma, o, enterados de ellos, acudir directamente a la vía contenciosa, en donde no podrán alegar la notificación deficiente como causal de nulidad, sino pedir directamente que les indemnice los perjuicios por indebida ejecución.

Por consiguiente la Sala no encuentra que el acto administrativo representado en el presente caso por la Resolución No. 913 de 20 de octubre de 1.989, esté infringiendo los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo. Igualmente tampoco encuentra manifiesta violación del artículo 84 del citado Código.

Por lo expuesto la Sala Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase el numeral segundo del auto de 6 de julio de 1.990, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó la suspensión provisional de la Resolución No. 913 de 20 de octubre de 1.989, proferida por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Bolívar.

SEGUNDO: En firme éste proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada en la fecha.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

INSUBSISTENCIA./ REINTEGRO./ FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL

Siendo el demandante un funcionario de libre nombramiento y remoción, el ISS podía declararlo insubsistente en cualquier momento por razones de buen servicio que ciertamente se da en el sub lite, porque es evidente la obligación que tenía la administración de dar cumplimiento a una sentencia judicial, reintegrando a un funcionario a un cargo igual al que ocupaba al momento de su desvinculación, sin que se hubiera demostrado ni la conveniencia para el servicio ni la posibilidad de ubicarlo en otro equivalente o superior.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa (1990).-

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. R-653. Actor: Mario Zapata Toro. Autoridades Nacionales.-

El señor Mario Zapata Toro, mediante apoderado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 24 de mayo de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Reconstruido el proceso por auto de 12 de febrero de 1987 (fls. 133-134), quedó en estado de admitir el recurso de apelación propuesto por el demandante.

ANTECEDENTES:

El señor Mario Zapata Toro solicitó ante el mencionado Tribunal la nulidad de las Resoluciones Nos. 1114 de 21 de marzo de 1.983 (fl. 67) y 1413 de 22 de abril del mismo año (fls. 65 y 66), por medio de las cuales, en su orden, se le trasladó del cargo de Jefe de la División de Administración de Personal al cargo de Jefe de la Sección de Promoción de Personal, Subgerencia de Personal, Clase II, grado 30 y se le retiró del servicio en forma definitiva, previa revocación del aludido traslado.

El Tribunal en la sentencia apelada negó las súplicas impetradas porque consideró que el cumplimiento por la entidad demandada de una sentencia emanada de la jurisdicción Contencioso Administrativa que ordenaba el reintegro del doctor Angel Barbosa García al cargo de Jefe de la División de Administración de Personal, hacía precaria la situación de quien lo desempeñaba.

Según el Tribunal, como el demandante, quien ocupaba el referido cargo, era un empleado de libre nombramiento y remoción, el Instituto de Seguros Sociales podía válidamente acudir a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, sin motivar la providencia, para dejarlo disponible y reubicar al doctor Barbosa García, sin tener que recurrir al expediente del traslado del actor y a la revocatoria de éste. Más si optó por este último mecanismo, el hecho de haber motivado la resolución revocatoria del traslado mediante la cual también se dispuso su retiro del servicio, no debería la facultad discrecional del nominador de remover al accionante de su empleo.

Para el a-quo, el hecho de que los actos acusados se hubieran expedido aún con desmedro de los intereses del demandante (traslado a un cargo de inferior categoría), no demerita la presunción de legalidad que lo ampara, por cuanto, en su criterio, los derechos de aquél eran precarios ante los derechos consolidados del doctor Barbosa García. Por ello estimó que los motivos determinantes de la Resolución 1413 se encuentran ajustados a derecho.

En la fundamentación del recurso de apelación (fls. 40 a 58), se insiste, en primer término en la ausencia de competencia del Gerente Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales, para proferir la Resolución por medio de la cual se ordenó el traslado del accionante, toda vez que por medio de la Resolución No. 03110 de 1980 que sustituyó la No. 649 de 1980, el Gerente General del Instituto de Seguros Sociales se reservó la facultad de remover, desvincular, declarar insubsistente y dar por terminados contratos de trabajo de todo el personal vinculado a nivel nacional, seccional y unidades programáticas del Instituto (fls. 56 vto., 57 y 57 vto.). Además, que en caso de considerarse que el Gerente Seccional tenía facultad para ordenarlo, el traslado es violatorio del artículo 15 del Decreto 1651 de 1977, por cuanto no se conservó la asignación básica del demandante (fls. 57 vto. y 58).

También el recurrente invoca de nuevo el mismo argumento aducido en la demanda, según el cual no se puede revocar actos que creen derechos ni nombra-

SECCION SEGUNDA

mientos ya comunicados; y si éstos no son revocables, tampoco lo son los traslados que crean situaciones semejantes.

Por eso se reafirma en la violación de los artículos 24 del Decreto 2733 de 1959 y 45 del Decreto 1959 de 1973, que es el que indica cuándo se puede revocar o derogar una designación.

En segundo lugar, recalca que para poder cumplir la orden de reintegrar al doctor Barbosa García al cargo de Jefe de Sección de Asuntos de Personal, el cual no existía en ese momento, pero se consideraba equivalente al de Jefe de la División de Administración de Personal, no era necesario removerlo a él, porque la reincorporación podía hacerse bien para el cargo de Jefe de la División de Seguros Económicos que se hallaba vacante, por ser este de igual categoría al de Jefe de la División de Administración de Personal, o bien ordenando el traslado del actor al cargo de Jefe de la División de Seguros Económicos para ubicar al doctor Barbosa García en la Jefatura de la División de Administración de Personal, pues el accionante cumplía con los requisitos exigidos para su desempeño (fls. 43 y 43 vto.).

Afirma también que tenía el carácter de empleado de la carrera de la seguridad social (fl. 158), no siendo, por tanto un empleado de libre remoción. Pero aceptando que lo fuera, como la Resolución No. 1413 se motivó, ha debido existir coherencia entre sus considerandos y la parte resolutive de la misma (fl. 49 vto.); pues la motivación debe ser acorde con los hechos verdaderos y con las normas legales que se invoquen y, en la citada Resolución, en la cual se señalan como fundamento jurídico los artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, no se dió ninguna de las causales de revocación de los actos administrativos, ni tampoco es cierto que la petición de reconsideración del traslado elevada por el demandante, que estaba enderezada a conseguir un mejoramiento de su salario, pueda entenderse, como parece sugerirse en dicha Resolución, como una autorización para que el traslado se revocara (fls. 49 y 49 vto.). Por ello estima que hubo falsa motivación de ese acto administrativo al igual que abuso de poder (fl. 49 vto.), porque las decisiones demandadas no obedecieron a razones del buen servicio, sino al propósito del nuevo Director de la Seccional de Antioquia del Seguro Social de organizar su equipo de trabajo, "para poder obrar a su gusto y talante", posición exagerada porque se consideró que el demandante iba a convertirse en un fiscal de sus actuaciones políticas (fl. 54 vto.).

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación solicita en su concepto confirmar la sentencia apelada, porque considera que no estando el demandante amparado por fuero de inamovilidad relativa, su remoción podía ser decretada por acto discrecional como lo fue, y como no se demostró la falta de competencia ni la desviación de poder alegada, el acto acusado no resulta eficazmente impugnado.

Se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se impetra la nulidad de la Resolución No. 1114 de 21 de marzo de 1.983, mediante la cual se dispuso trasladar el actor del cargo de Jefe de la División Administrativa de Personal de la Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales al de Jefe de la Sección de Promoción de Personal y Administración de Carrera, de esa misma Seccional, y también la de la Resolución 1413 de 22 de abril del mismo año, mediante la cual se adoptaron dos decisiones: a) revocar la No. 1114 de 21 de marzo de 1.983 y b) declarar retirado del servicio al Doctor Mario Zapata Toro, por haber sido nombrada otra persona en el cargo de Jefe de División de Administración de Personal que él ocupaba antes del traslado.

Advierte la Sala, en primer término, que se formulan en el libelo dos peticiones que se excluyen entre sí, porque ambas fueron planteadas como principales.

Son ellas, la de nulidad de la Resolución No. 1114 de 21 de marzo de 1.983, por la cual se ordenó el traslado del actor del cargo de Jefe de la División de Administración de Personal, al de Jefe de Promoción de Personal y la nulidad de la Resolución 1413 de 22 de abril de 1983, en cuanto revocó la anterior.

Se exponen en la demanda y en el escrito sustentorio de la apelación, suficientes para controvertir tanto el acto de traslado como su revocatoria directa (fls. 18, 19, 155, 156, 157).

Es evidente entonces la inconducencia de la acumulación de estas dos peticiones y por esa razón la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre ellas.

En cambio sí es procedente analizar la legalidad de la Resolución 1413 de 22 de abril de 1983, en cuanto dispuso declarar retirado del servicio al Doctor Mario Zapata Toro, por haber sido nombrada otra persona en el cargo de Jefe de División de Administración de personal, ocupado por él antes del traslado.

Dicha Resolución fué expedida por el Gerente Seccional de Antioquia, pero refrendada por el Director General. Es decir que al colocar en ella su firma, puede afirmarse que este funcionario tomó conjuntamente con el Gerente Seccional las decisiones en ella contenidas y por tanto no cabe predicar en este caso incompetencia.

El demandante no comprobó estar escalafonado en la Carrera de la Seguridad Social.

Se ha dicho en casos similares que la ley no permite escalafonamiento automático en la Seguridad Social y que no basta ocupar un cargo que sea de carrera para gozar del beneficio de relativa estabilidad.

Siendo el demandante un funcionario de libre nombramiento y remoción, el Instituto podía declararlo insubsistente en cualquier momento por razones de buen servicio que ciertamente se dan en el sub-lite, porque es evidente la obligación que tenía la Administración de dar cumplimiento a una sentencia judicial, reintegrando al

SECCION SEGUNDA

Doctor Angel Barbosa García a un cargo igual al que ocupaba al momento de su desvinculación, sin que se hubiera demostrado ni la conveniencia para el servicio ni la posibilidad de ubicarlo en otro equivalente o superior.

No se ha comprobado que la determinación de separar del servicio al actor hubiera sido proferida con desviación de poder, es decir, buscando finalidades contrarias al buen servicio; y quien alega esta causal de nulidad debe probarla.

Los demás argumentos que se refieren a los vicios que se adolece la resolución de traslado y a la improcedencia de su revocación directa no pueden considerarse, por las razones expuestas.

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

FALLA:

Modifícase la sentencia de 24 de mayo de 1.985, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del juicio promovido por el Doctor Mario Zapata oro.

En su lugar se dispone:

a) No hay lugar a pronunciamiento de mérito sobre la petición de nulidad de la Resolución No. 1114 de 21 de marzo de 1983 y de la Resolución 1413 de 22 de abril del mismo año, en cuanto dispuso revocar la anterior.

b) Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del dieciseis (16) de octubre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA - Improcedencia

De conformidad con el artículo 214 del C.C.A. no resulta posible poder evaluar los testimonios en cuestión, puesto que no fueron solicitados en la primera instancia y por esto no se recibieron, ni versan sobre hechos acontecidos después de la oportunidad de pedirlo en la primera instancia sino que se refieren a sucesos ocurridos simultáneamente con lo que se atribuye el acto, ni mucho menos se trata de documentos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente No. 183 (12.246). Autoridades Departamentales. (Reconstrucción -D.e. 3825/85). Actor: José Marduk Sánchez Castañeda.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en forma adversa a las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la denominada entonces acción de plena jurisdicción (de carácter laboral) contra el Departamento de Antioquia.

Impetra el demandante la declaratoria de nulidad del Decreto No. 1424 de 1983 -julio 25-, dictado por el gobernador de dicho departamento en cuanto declaró insubsistente el nombramiento recaído en el señor José Marduk Sánchez Castañeda como director de Planeamiento educativo, nivel directivo, categoría IV, grado 8, cargo que venía desempeñando, y en cuanto designó en su reemplazo al señor José Javier Pérez Alvarez.

A título del restablecimiento del derecho, solicita el libelista, como consecuencia de la nulidad que se resuelva, se ordene el reintegro del señor Sánchez Castañeda al cargo en cuestión o a otro de igual o superior categoría y se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que medie entre la fecha de la insubsistencia y aquella en que se produzca la reincorporación; o en subsidio, que el reintegro se disponga respecto a la docencia oficial, puesto que el señor Sánchez Castañeda "poseía la calidad de educador", y a pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir en ese lapso.

También pide que el tiempo en que haya estado desvinculado del servicio como consecuencia del acto anulado se tenga como laborado para todos los efectos legales relievantes y que se ordene al Departamento de Antioquia cumplir la sentencia condigna dentro del término del art. 121 del C.C.A. (se refiere al antiguo, Ley 167 de 1941).

I- HECHOS U OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCION.

Relata el libelo que desde el 9 de agosto de 1.967, el señor José Marduk Sánchez Castañeda se vinculó al servicio del Departamento de Antioquia como educador, habiendo acreditado el título de licenciado en Filosofía y que estaba debidamente inscrito en el escalafón nacional, en segunda categoría. Su primer cargo fue el de profesor externo de la Escuela Normal del Municipio de Caucasia y así paso a Rector del Liceo de la misma ciudad, supervisor docente de normales en el distrito de Yarumal, jefe de la sección de normales, jefe de la división de programación, etc., completando así quince (15) años de función docente oficial, en forma continua.

A raíz de la asunción del doctor Gonzalo Arboleda Palacio como secretario de educación del Departamento en 1982, éste le solicitó al señor Sánchez Castañeda que lo acompañase en su gestión como director de planeamiento educativo, lo cual aceptó, con el encargo específico de llevar a cabo un estudio para racionalizar el uso del recurso humano docente y no docente y organizar "una verdadera oficina de planeamiento educativo". Cumplió debidamente la tarea que se la había encomendado, tanto que al presentar su estudio ante el comité técnico de la Secretaría, recibió aplausos y aprobación del plan que había elaborado. Como el plan implicaba una reubicación funcional de algunos cargos docentes y, por lo tanto, una movilización de los educadores, ello suscitó incomodidad entre los grupos políticos. "Los políticos y educadores ejercieron su acción y presión sobre el Director de Planeamiento Educativo, José Marduk Sánchez Castañeda, el cual no accedió a sacrificar la educación en atención a privilegios y deseos politiqueros y, lógicamente, no fue del agrado de ellos, especialmente de la Diputada a la Asamblea de Antioquia María Villamil Aguilar de Medina, conservadora villeguista de gran influencia ante el Secretario de Educación y Cultura, quien afirmó en público que haría desvincular a José Marduk Sánchez Castañeda, tal como puede testimoniar el Doctor Jorge Iván Valencia Cossio. "En resumen, todas las "intrigas" culminaron en la declaratoria de insubsistencia ante la imposibilidad de lograr la renuncia que le fuera insinuada al señor Sánchez Castañeda. Y de esta suerte, desvinculándose a un educador profesional, licenciado

en Filosofía y el décimo grado en el escalafón, con preparación adicional como abogado titulado y cursos de especialización diversos, por meras intrigas y motivaciones burocráticas y politiqueras, sin consultar los requerimientos del buen servicio público, y para remate, se le reemplaza por alguien "que no cumple los requisitos exigidos por la ordenanza, tal como puede verse al apreciar en la hoja de vida de José Javier Pérez Alvarez..."

A esas situaciones de tipo fáctico, agrega la demanda la circunstancia jurídica consistente en que el Gobierno departamental olvidó la calidad de docente en ejercicio o inscrito en el escalafón que tenía y tiene Sánchez Castañeda y que, por ende, conforme al decreto (nacional) 224 de 1972, tiene derecho a ser reincorporado a la enseñanza una vez que ha dejado de desempeñar un cargo administrativo.

II- PLANTEAMIENTOS DE LA DEMANDA.

Básicamente el demandante expone dos grandes tachas al acto acusado. La primera, la de desviación de poder, "pues los móviles del acto no se adecúan al fin perseguido por la ley que confiere la facultad de nombrar y remover. Cuando se da un órgano administrativo la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios, significa que se le atribuye el poder de decidir sobre la investidura o desinvestidura de agentes públicos, sin sujeción a la voluntad de otra órgano y con libertad para apreciar las condiciones de idoneidad, capacidad, eficiencia, etc., de los candidatos o empleados en ejercicio, para esta atribución tan amplia se otorga así, porque en ciertos casos tal procedimiento resulta ser el más indicado para lograr lo que la administración requiere: EL BUEN SERVICIO. Por consiguiente, "el ejercicio de aquella potestad tiene que estar enderezado siempre hacia esa suprema finalidad y cuando no sea así, bien por interés particular del órgano nominador, ora por el propósito de perjudicar a alguien o desconocer un derecho legítimo o de aludir un deber legal, se tipifica, entonces, la desviación del poder, pues en ninguno de estos casos concuerda el móvil del acto con aquella suprema finalidad de la ley, produciéndose así una especie de descarrilamiento del poder conferido por ella." Así lo ha manifestado el Honorable Tribunal y el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones."

La segunda censura del acto acusado se centra en un vicio de ilegalidad por no respetar lo establecido en los decretos 181 y 1234 de 1.982, o más concretamente en los arts. 15 y 19 de aquél y en el art. 1234 de 1.982, así como lo normado en el decreto 2140 de 1.980.

Además de tales disposiciones, el demandante considera violadas los arts. 12 y 30 de la Constitución; el art. 66 del C.C.A. (se refiere al antiguo); la ordenanza (de Antioquia) No. 52 de 1971, el art. 60. del decreto 224 de 1972, dando amplia explicación de su criterio al respecto.

III - LA SENTENCIA APELADA

Los dos defectos que el ahora recurrente endilga al acto impugnado, es decir, la desviación de poder y el vicio de ilegalidad que acaban de verse, son ampliamente analizados por el Tribunal. Sobre el primero admite que, en verdad la narración histórica de lo acontecido en torno a la declaratoria de insubsistencia llevaría al convencimiento de que la Administración obró con desvío de su poder al desvincular libremente a los empleados oficiales no vinculados a carrera, cuyo punto de referencia es el buen servicio público; si no fuera porque los testimonios no demuestran lo que se pretendía con ellos, por lo cual el acto demandado conserva incólume la presunción de legalidad que lo cobija. Y en cuanto hace al vicio de ilegalidad porque se trataba de un docente, debidamente escalafonado, dilucida el asunto partiendo de la naturaleza del cargo desempeñado por Sánchez Castañeda y de cuyo nombramiento se produjo la declaratoria de insubsistencia, para concluir que era un empleo meramente administrativo dentro del engranaje de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, y por tanto, no comprendido entre aquellos que la ley protege para lo que respecta al escalafón y al derecho a ser reincorporado a un cargo docente propiamente dicho, al dejar el cargo meramente administrativo. De allí remata el sentido denegatorio, objeto de censura de parte del recurrente.

IV - EL RECURSO DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue interpuesto oportunamente a 25 de febrero de 1985 (fols. 69 a 75) junto con la correspondiente sustentación, mas el expediente condigno destrúyase durante los lamentables episodios de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá. De esta suerte, hubo de impetrarse su reconstrucción por el recurrente al tenor del decreto extraordinario 3825 de 1985 (fols. 76 a 31). Con Concepto favorable del Ministerio Público (fol. 99), se tuvo por reconstruido el proceso, y, por ser pertinentes, amen de reconocer la autenticidad de los documentos allegados, se ordenó recibir varias declaraciones testimoniales, comisionándose al efecto al Tribunal Administrativo de Antioquia para su recepción. Ellos obran a folios 253 a 266, recogen las versiones de los señores Fabio de Jesús Echevarría, Bayardo Elías Giraldo Urrea, Luis Carlos López López, Francisco de Jesús Flórez Marín, León Darío Peláez Naranjo y Oscar de Jesús Oquendo Villegas y serán puntos evaluativos en la parte considerativa de esta providencia, cotejándolos con los recepcionados en la primera instancia y con la documentación que figura en los autos, atinentes al caso que ha de dirimirse.

V - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Emitido por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, expone lo siguiente:

en Filosofía y el décimo grado en el escalafón, con preparación adicional como abogado titulado y cursos de especialización diversos, por meras intrigas y motivaciones burocráticas y politiqueras, sin consultar los requerimientos del buen servicio público, y para remate, se le reemplaza por alguien "que no cumple los requisitos exigidos por la ordenanza, tal como puede verse al apreciar en la hoja de vida de José Javier Pérez Alvarez..."

A esas situaciones de tipo fáctico, agrega la demanda la circunstancia jurídica consistente en que el Gobierno departamental olvidó la calidad de docente en ejercicio o inscrito en el escalafón que tenía y tiene Sánchez Castañeda y que, por ende, conforme al decreto (nacional) 224 de 1972, tiene derecho a ser reincorporado a la enseñanza una vez que ha dejado de desempeñar un cargo administrativo.

II- PLANTEAMIENTOS DE LA DEMANDA.

Básicamente el demandante expone dos grandes tachas al acto acusado. La primera, la de desviación de poder, "pues los móviles del acto no se adecúan al fin perseguido por la ley que confiere la facultad de nombrar y remover. Cuando se da un órgano administrativo la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios, significa que se le atribuye el poder de decidir sobre la investidura o desinvestidura de agentes públicos, sin sujeción a la voluntad de otra órgano y con libertad para apreciar las condiciones de idoneidad, capacidad, eficiencia, etc., de los candidatos o empleados en ejercicio, para esta atribución tan amplia se otorga así, porque en ciertos casos tal procedimiento resulta ser el más indicado para lograr lo que la administración requiere: EL BUEN SERVICIO. Por consiguiente, "el ejercicio de aquella potestad tiene que estar enderezado siempre hacia esa suprema finalidad y cuando no sea así, bien por interés particular del órgano nominador, ora por el propósito de perjudicar a alguien o desconocer un derecho legítimo o de aludir un deber legal, se tipifica, entonces, la desviación del poder, pues en ninguno de estos casos concuerda el móvil del acto con aquella suprema finalidad de la ley, produciéndose así una especie de descarrilamiento del poder conferido por ella." Así lo ha manifestado el Honorable Tribunal y el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones."

La segunda censura del acto acusado se centra en un vicio de ilegalidad por no respetar lo establecido en los decretos 181 y 1234 de 1.982, o más concretamente en los arts. 15 y 19 de aquél y en el art. 1234 de 1.982, así como lo normado en el decreto 2140 de 1.980.

Además de tales disposiciones, el demandante considera violadas los arts. 12 y 30 de la Constitución; el art. 66 del C.C.A. (se refiere al antiguo); la ordenanza (de Antioquia) No. 52 de 1971, el art. 60. del decreto 224 de 1972, dando amplia explicación de su criterio al respecto.

III - LA SENTENCIA APELADA

Los dos defectos que el ahora recurrente endilga al acto impugnado, es decir, la desviación de poder y el vicio de ilegalidad que acaban de verse, son ampliamente analizados por el Tribunal. Sobre el primero admite que, en verdad la narración histórica de lo acontecido en torno a la declaratoria de insubsistencia llevaría al convencimiento de que la Administración obró con desvío de su poder al desvincular libremente a los empleados oficiales no vinculados a carrera, cuyo punto de referencia es el buen servicio público; si no fuera porque los testimonios no demuestran lo que se pretendía con ellos, por lo cual el acto demandado conserva incólume la presunción de legalidad que lo cobija. Y en cuanto hace al vicio de ilegalidad porque se trataba de un docente, debidamente escalafonado, dilucida el asunto partiendo de la naturaleza del cargo desempeñado por Sánchez Castañeda y de cuyo nombramiento se produjo la declaratoria de insubsistencia, para concluir que era un empleo meramente administrativo dentro del engranaje de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, y por tanto, no comprendido entre aquellos que la ley protege para lo que respecta al escalafón y al derecho a ser reincorporado a un cargo docente propiamente dicho, al dejar el cargo meramente administrativo. De allí remata el sentido denegatorio, objeto de censura de parte del recurrente.

IV - EL RECURSO DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue interpuesto oportunamente a 25 de febrero de 1985 (fols. 69 a 75) junto con la correspondiente sustentación, mas el expediente condigno destrúyase durante los lamentables episodios de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá. De esta suerte, hubo de impetrarse su reconstrucción por el recurrente al tenor del decreto extraordinario 3825 de 1985 (fols. 76 a 31). Con Concepto favorable del Ministerio Público (fol. 99), se tuvo por reconstruido el proceso, y, por ser pertinentes, amén de reconocer la autenticidad de los documentos allegados, se ordenó recibir varias declaraciones testimoniales, comisionándose al efecto al Tribunal Administrativo de Antioquia para su recepción. Ellos obran a folios 253 a 266, recogen las versiones de los señores Fabio de Jesús Echevarría, Bayardo Elías Giraldo Urrèa, Luis Carlos López López, Francisco de Jesús Flórez Marín, León Darío Peláez Naranjo y Oscar de Jesús Oquendo Villegas y serán puntos evaluativos en la parte considerativa de esta providencia, cotejándolos con los recepcionados en la primera instancia y con la documentación que figura en los autos, atinentes al caso que ha de dirimirse.

V - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Emitido por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, expone lo siguiente:

"El presente caso consiste en dilucidar si el Decreto 1424 del 25 de julio de 1.983 expedido por el Gobernador del Departamento se ajusta a derecho".

"En la demanda se solicitó la nulidad del acto con base en dos argumentaciones:

1. Que el educador no podía ser declarado insubsistente sino que tenía derecho a ser reintegrado al servicio educativo una vez desvinculado del cargo administrativo por ser docente y,

2. Por desviación de poder consistente en que los móviles que tuvo la administración para preferir el acto acusado fueron los políticos y no el buen servicio.

"El tribunal en la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el empleo que ocupaba el demandante, no era un cargo docente sino de libre nombramiento y remoción y que por lo tanto el Gobernador del Departamento de Antioquia, podía declarar al actor insubsistente, en aras del buen funcionamiento del servicio de la entidad territorial".

"El señor apoderado del actor sustentó el recurso de apelación que se encuentra a folios 69 a 75 del expediente".

"Los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión visibles a folios 95 y 267 del expediente".

"Considera la Fiscalía que el empleo que detentaba el actor al momento de ser declarado insubsistente, era de libre nombramiento y remoción del Gobernador del Departamento de Antioquia, tal como lo afirma la sentencia apelada en la motivación, por depender de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia.

En efecto, el cargo ocupado por el actor no era de los amparados por la prerrogativa señalada con anterioridad a términos de los artículos 32, 35 y 66,4 del Decreto 2277 de 1979 o estatuto docente.

"Consta en autos que el demandante ejercía el cargo de Director de Planeamiento Educativo, nivel Directivo, Categoría IV, Grado 8, y este no está dentro de los contemplados en el artículo 32 del Estatuto. Además no fue nombrado en comisión en términos del artículo 66 de la misma normatividad, evento que si se presenta, el educador, sigue amparado por su fuero docente una vez renuncie o sea separado del empleo.

"Como en el caso de autos el nombramiento se hizo en forma simple, fácil es concluir, que el actor quedó retirado del servicio como docente, a términos de la norma señalada. Por lo tanto, esta no era aplicable a la situación jurídica del demandante".

"De acuerdo con los Decreto Números 01011 de Marzo 31 de 1978 y el Reglamentario 1022 de julio 16 de 1979 y el 568 de Marzo 9 de 1981, citados en la sentencia apelada, indican que el cargo desempeñado por el actor, es administrativo, del orden departamental.

"En cuanto al planteamiento de la demanda relativo a que se ha debido en el caso de autos, dar aplicación al Decreto 224 de 1972 que ordena que el docente en ejercicio o inscrito en el Escalafón que haya sido llamado a ocupar cargos administrativos, al término del ejercicio del mismo, tiene derecho a ser reincorporado en la enseñanza."

"Considera la Fiscalía que el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, limita esta prerrogativa a ciertos empleos, entre los cuales no está el director de planeamiento educativo, nivel Directivo, Categoría IV, Grado B.

"Vale la pena señalar que el cargo antes mencionado podía ser desempeñado por un docente, trasladado para tal efecto, previo concepto de la Oficina de Planeación del Ministro de Educación Nacional o directamente.

"Si lo primero, tenía derecho a seguir desempeñando cargos docentes, si lo segundo, no. (subraya la Fiscalía).

"A folio 16 se encuentra el Decreto No. 2140 de 1980 del Gobernador del Departamento en el cual se dice que el Director del Planeamiento Educativo forma parte del Comité del Mapa Educativo".

"No hay ninguna constancia tendiente a demostrar que el actor hubiere sido trasladado del cargo antes mencionado, por lo que su nombramiento fue hecho en virtud de la facultad discrecional que tenía la administración para hacer hacerlo y que por lo mismo en aras del buen servicio podía declararlo insubsistente, como en efecto se hizo.

"Seguidamente procedé la Fiscalía al estudio del cargo Desviación de poder.

"En la Segunda instancia se surtieron varias declaraciones tendientes a demostrar la desviación de poder llevaba a cabo por la administración al proferir el acto acusado. Se dice que los móviles para declarar insubsistente al actor fueron políticos y no el buen servicio".

"De acuerdo con las pruebas traídas al plenario se saca en conclusión que en la declaratoria de insubsistencia la administración obró con desvío de poder. Dan cuenta algunos testimonios -folios 253 y 261-, que para la época en que fue proferido el acto acusado varias personas fueron declaradas insubsistentes por pertenecer a grupos políticos diferentes, tales como el señor FABIO DE JESUS ECHAVARRIA, LEON DARIO PELAEZ NARANJO, (folio 261), OSCAR DE JESUS OQUENDO VILLEGAS (folio 263).

"El señor BAYARDO GIRALDO URREA, dijo que la administración bajo la cual fue declarada insubsistente el actor fue "con tinte político" -folio 257-.

"Refiriéndose al Secretario de Educación, el deponente LUIS CARLOS LOPEZ (folio 258) señala:

"PREGUNTADO: Díganos si lo sabe, si el Dr. Gonzalo Arboleda Palacio, como secretario de Educación que fue del Dpto., tuvo en sus actuaciones miramientos de carácter político partidista? - CONTESTO: En mi concepto, tuvo absoluto miramiento de carácter político partidista, por las siguientes razones: primero, suprimió la División de Capacitación Docente en la Sría. de Educación, oficina que en su mayoría era de funcionarios liberales y la orientación en la capacitación del magisterio era filosóficamente liberal. Segundo, le correspondió al Dr. Marduk Sánchez, tener que aplicar el mapa educativo de Antioquia, lo que implicaba tener que reubicar a muchos maestros, quizá refundir algunas escuelas y suprimir otras o crear otras, siendo en esta acción lógicamente afectado el magisterio en general, lo que acarreó dificultades con el sindicato. Trató de aprovechar esto el Dr. Arboleda-Palacio para sacarlo de su cargo de Jefe de Planeamiento Educativo por considerar que había afectado a maestros liberales, perdón, a maestros conservadores, a regiones y escuelas conservadores. Estas dos circunstancias me hacen pensar que el señor Arboleda Palacio usó su cargo con fin politiquero."

"También aparece en el plenario otra prueba que la Fiscalía considera importante para demostrar la aducida desviación de poder y es (folio 43) una declaración certificada del Secretario de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia y en la cual se lee:

"4. Por intermedio de su directivo supo que el Secretario tenía intención de reemplazarlo. Un día entró intempestivamente, a mi despacho y me dijo lo había sabido en su directorio político. Me preguntó si era cierto y le respondí afirmativamente. Eso fue todo. No le pedí renuncia alguna y me limité a confirmarle lo que habían informado en la sede de su directorio".

"5. Oída mi respuesta, el señor JOSE MARDUK SANCHEZ CASTAÑEDA me dijo: "Doctor Arboleda, no me declare insubsistente que yo le renuncio el primero de julio para no perder el derecho a una prima" (No recuerdo cual). Estábamos a fines de junio de 1983.

6. Se llegó el primero de julio de 1983 y JOSE MARDUK SANCHEZ CASTAÑEDA no renunció. El decreto de insubsistencia se dictó en la fecha indicada.

7. Queda claro, pues, que no se le pidió ninguna renuncia al señor JOSE MARDUK SANCHEZ CASTAÑEDA."

"Esta declaración ya deja entrever ciertos antecedentes distintos al buen servicio. En efecto, la aceptación por parte del deponente de que había sabido en el Directorio Político la voluntad de cambiarlo, es prueba que unida con las declaraciones y

el oficio dirigido por el demandante al Gobernador del Departamento hacen presumir que los motivos determinantes que llevaron a la administración a proferir el acto acusado fueron distintos al buen servicio.

"De acuerdo con lo anteriormente señalado, es preciso concluir que el acto acusado por medio del cual se declaró la insubsistencia del actor en este proceso fue proferido con desviación de poder".

"En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones del actor" (folios 273 a 278)."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA :

Dos son entonces los vicios que endilga la parte demandante al acto acusado, uno principal y otro subsidiario. El primero, desviación de poder, consista en la circunstancia de que el gobernador del Departamento de Antioquia, al declarar insubsistente el nombramiento de José Marduk Sánchez Castañeda como director de planteamiento educativo, nivel directivo, categoría IV, grado 8, y designó en su lugar al señor José Javier Pérez Alvarez, lo hizo, no en virtud de fin propuesto por la ley para hacer uso de la facultad de libre remoción, sino por razones eminentemente político-partidaristas; el segundo, porque olvidóse el carácter de docente que tenía el señor Sánchez Castañeda y no se dispuso su reincorporación a un cargo en la educación oficial, dadas las prerrogativas que la ley ha señalado en favor de quienes estén escalafonados en dicho servicio público cuando transitoriamente desempeñen funciones administrativas en el ámbito que les es propio.

Sin duda el análisis del a-quo en lo que atañe a dos cargos formulados por el libelista contra el acto acusado, desde el punto de vista doctrinario, legal y jurisprudencial, sobre todo en lo que atañe al primero de ellos -la desviación de poder-, resulta incontrovertible, porque sin duda, de la simple lectura de la narración de los hechos que trae la demanda, se intuye que para disponer la insubsistencia del nombramiento del hoy demandante, tuvo la administración una orientación de tipo partidarista o, para mejor decir, de índole "grupista" anteponiendo un criterio de naturaleza diferente al que debe presidir la toma de decisiones al dictarse un acto administrativo en ejercicio del poder discrecional: el buen servicio público. No obstante, el planteamiento que llevó el Tribunal al denegar la anulación del acto, fue de orden probatorio, dado que los testimonios recepcionados en la primera instancia no aportaron mayor luz acerca de la relevancia fáctica de lo narrado acerca del relevo de Sánchez Castañeda y del coetáneo nombramiento de su sucesor en el cargo.

Porque es apenas obvio que, más que ningún otro medio de anulación de un acto administrativo, la desviación de poder descansa en la captación del problema probatorio, en la fuerza legal, oportuna y de convencimiento que tenga, para cada caso concreto, la aptitud de demostrar la legalidad del acto administrativo concreto en razón de su fin. Careciendo, como carece, el acto administrativo discrecional de

motivación expresa, es indispensable que el fin particular y torcido, opuesto al fin general del buen servicio público, aparezca diáfano a los ojos del juez, de tal manera que con ello quede destruida la presunción *iuris tantum* de legalidad que lo rodea.

Ahora bien, como se ha anotado en el cuarto apartado de los prolegómenos de este fallo, durante la segunda instancia fueron recepcionadas las declaraciones que, bajo la gravedad del juramento rindieron los señores Fabio de Jesús Echavarría, Bayardo Elías Giraldo Urrera, León Darío Peláez Naranjo, Francisco de Jesús Flórez Marín y Oscar de Jesús Oquendo Villegas (fols. 252 a 266). Sin embargo, las probanzas en cuestión fueron pedidas y recepcionadas con desmedro de lo que en lo que atañe a pruebas en segunda instancia, señala el art. 214 del C.C.A. que a la letra dice: "Cuando se trata de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, únicamente en los siguientes casos: 1o.) Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento; 2o.) Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos; 3o.) Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o por caso fortuito o por obra de la parte contraria; 4o.) Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior."

Dentro de ese marco, por consiguiente, no resulta posible evaluar los testimonios en cuestión, puesto que no fueron solicitados en la primera instancia y por esto no se recepcionaron, ni versan sobre hechos acontecidos después de la oportunidad de pedirlos en la primera instancia sino que se refieren a sucesos ocurridos simultáneamente con lo que se atribuye al acto, ni mucho menos se trata de documentos.

Mantiénesse así incólume la presunción de legalidad que cobija al acto y, por ende, habrá que confirmar la sentencia de Tribunal de Antioquia.

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 19 de febrero de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en ese asunto.

Condénase en costas a la parte recurrente en los términos de los arts. 171 del C.C.A. y 392 del C. de P.C. Líquidense por la Secretaría.

SECCION SEGUNDA

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.- Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Diego Younes Moreno.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

El recurso extraordinario de súplica que consagraba el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 y que ahora consagra y reproduce el modificado artículo 130 del C.C.A. ni directa ni indirectamente está establecido para obtener la anulación de las sentencias en firme de que trata el artículo 194. Por el contrario, su interposición tempestiva impide que el auto interlocutorio o la sentencia queden ejecutoriados (artículo 331 C. de P.C.), todo lo cual es manifestativo de que la súplica extraordinaria tiene lugar dentro del proceso o instancia, jamás después que el proceso ha culminado su existencia con la sentencia ejecutoriada. Este es el objeto y materia exclusivos del recurso de anulación, con su peculiarísima manera de ser y de existir y obviamente sin sujeción al de súplica extraordinaria, que tiene oportunidad de interposición causales y fines diferentes del de anulación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 2863. Recurso de Anulación Actor: Josué Castro Cortés

En escrito de folios 112 a 120, el apoderado del que fuera actor interpone recurso de reposición contra el auto de 6 de julio de 1990, por medio del cual se denegó el recurso extraordinario de súplica, con el objeto de que se revoque y de que, en su lugar, se conceda el recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, interpuesto contra la sentencia de 15 mayo de 1990 de esta Sección.

En subsidio, impetra que, para efectos de formular el de queja, se expida copia del auto recurrido y de las demás piezas conducentes.

Son argumentos de la impugnación:

1.- Los razonamientos en que se basa el auto recurrido "son, desde un punto de vista lógico, viciosos. En los tres razonamientos se supone -sin indicar en ningún momento cuál es el fundamento legal de tal suposición-, que una sentencia ejecutoriada de un Tribunal Administrativo no puede ser revisada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo". (Fol. 113).

2.- "Evidentemente el recurso extraordinario de súplica sólo procede contra sentencias no ejecutoriadas.

Pero también es cierto que el recurso de súplica que se interpuso y cuya concesión denegó la Sección, es un recurso interpuesto contra una sentencia no ejecutoriada, la de 15 de mayo de 1990, de la Sección Segunda". (Fols. 113-114).

3.- No es cierto que la súplica extraordinaria se haya interpuesto contra la sentencia ejecutoriada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: si ésta debe revisarse, no es "porque el recurso de súplica ataque esta última sentencia, sino porque la Sala Plena asume la competencia que le correspondía a la Sección para resolver el recurso de anulación". (Fol. 114).

4.- "Nada hay en el recurso extraordinario de súplica que impida el que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al infirmar la sentencia de una Sección, pueda proceder a revisar la sentencia del Tribunal Administrativo ". (Fols. 115-116).

5.- "Por disponerlo así el actual artículo 130 del C.C.A., contra las sentencias proferidas por las secciones cabe el recurso de súplica, a menos que haya norma expresa que lo excluya". (Fol. 120).

Para resolver, se considera:

Ciertamente no señala la ley, en forma expresa, que el recurso extraordinario de anulación no es parte de la instancia ni da lugar a ella ni es prolongación de la misma. Pero sí es claro el precepto de que tal recurso procede solamente contra sentencias ejecutoriadas, vale decir, más allá de la culminación del proceso y por fuera del mismo, según el texto del artículo 194 del C.C.A., hoy derogado, del siguiente tenor:

"El recurso extraordinario de anulación procederá contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado y contra las de única instancia dictadas por los Tribunales administrativos."

Al estar el recurso por fuera de las instancias, resulta evidente su carácter excepcional y atípico en cuanto limita temporalmente, mientras se decide, el valor de la cosa juzgada ínsito en la sentencia; pero *únicamente* en cuanto puede configurarse la "*violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva*". (Art. 197, C.C.A.). Por manera que la sentencia que deniegue la prosperidad de ese recurso determina *ipso facto* que desaparezca aquella limitación y que la inmutabilidad que la ley otorga a la sentencia ejecutoriada se consolide a plenitud.

De otro lado, el recurso extraordinario de súplica, que consagraba el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 y que ahora consagra y reproduce el modificado artículo 130 del C.C.A., ni directa ni indirectamente está establecido para obtener la anulación de las sentencias en firme de que trata el precitado artículo 194. Por el contrario, su interposición tempestiva impide que el auto interlocutorio o la sentencia queden ejecutoriados (art. 331, C. de P.C.), todo lo cual es manifestativo de que la súplica extraordinaria tiene lugar dentro del proceso o instancia, jamás *después* que el proceso ha culminado su existencia con la *sentencia ejecutoriada*. Esta es el objeto y materia exclusivos del recurso de anulación, con su peculiarísima manera de ser de existir y obviamente sin sujeción al de súplica extraordinaria, que tiene oportunidad de interposición, causales y fines diferentes del de anulación.

Por lo demás, conviene recordar que, según jurisprudencia de la Sala Plena, "no procede súplica extraordinaria contra la sentencia que decidió recurso extraordinario de anulación, así se trate de fallo de Sección y no de la Sala Plena."

En efecto, en proveído del pasado 30 de julio, en caso similar al *sub lite*, la Corporación puntualizó:

"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 posible 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". (Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente S-103, Ponente: doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ. Recurrente: JOSE GUILLERMO PINILLA PINILLA).

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

RESUELVE:

- 1.- No reponer el auto recurrido del seis (6) de julio del año en curso.

SECCION SEGUNDA

2.- Por Secretaría expídanse las copias solicitadas por el recurrente, quien suministrará lo necesario para compulsarlas en el término de cinco días (art. 378, C. de P.C.).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Decisión adoptada en Sala de 10 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecomte Luna, Diego Younes Moreno.

CARRERA PENITENCIARIA. CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA

La Ley 32 de 1.986 en el artículo 2º, inciso segundo, establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia "perteneceerán a la carrera penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1.964". La norma reglamentaria los excluye, dado que precisa que si los funcionarios forman parte del cuerpo en cuestión, no podrán pertenecer a la mencionada carrera.

SUSPÉNDESE PROVISIONALMENTE la proposición "y que no formen parte del cuerpo de custodia y vigilancia" contenida en el primer inciso del artículo 1º del D.R. 1491 de 1990, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna

Ref.: Expediente No. 5333. Decretos del Gobierno. Actor: Cooperativa de Ahorro y crédito de la guardia y exguardianes de la Penitenciería y cárceles de Colombia Ltda.

"Cooguarpenal Ltda".

I

Tiéndose al doctor Alvaro Soto Angel (T. P. de A.) (12.113) como apoderado judicial de la COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO DE LA GUARDIA Y EXGUARDIANES DE LA PENINTECIARIA Y CARCELES DE COLOMBIA LTDA.- "COOGUARPENAL"-.-, cuya existencia y representación están debidamen-

te demostrados en los términos y para los efectos que se precisan en el respectivo memorial-poder (fol. 1).

II

ADMITESE la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad (art. 84 C.C.A., art. 14, Decreto-ley 2304 de 1989) presenta la COOPEATIVA DE AHORRO Y CREDITO DE LA GUARDIA Y EXGUARDIANES DE LA PENITENCIARIA Y CARCELES DE COLOMBIA LTDA. "COOGUARPENAL."-, por conducto de apoderado judicial, contra la NACION -Ministerio de Justicia-, a fin de obtener que sea anulado íntegramente el Decreto Nacional No. 1491 de julio 9 de 1990, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto No. 2655 de 1973, sobre Carrera Penitenciaria", expedido por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Justicia.

En consecuencia, SE DISPONE:

1.- Notifíquese al señor Ministro de Justicia a su delegado para tales fines, conforme a lo que señala el art. 150 del C.C.A.;

2.- Notifíquese personalmente al Ministerio Público (Fiscal 4o. del Consejo de Estado);

3.- Fíjese en lista, por el término de cinco (5) días, para que el demandado o los eventuales intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas, si fuere el caso;

4.- Solicítese al Ministerio de Justicia el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado -Decreto 1491 de 9 de julio de 1990-, si existieren, dentro del término de cinco (5) días.

No es del caso ordenar el depósito a que se refiere el ordinal 4 del art. 207 del C.C.A. (art. 46, Decreto-ley 2304 de 1989) por no haber lugar.

III

Solicita igualmente el apoderado judicial de la demandante, con mandato expreso para ello y en escrito separado, se *suspenda provisionalmente* y de manera íntegra, el decreto cuya anulación impetra, dado que estima que, con base en el art. 152 del C.C.A. (modificado por el art. 31 del Decreto-ley 2304 de 1989), esa medida excepcional es procedente y máxime cuando, en su criterio, hay manifiesta infracción de las disposiciones indicadas como fundamento de las pretensiones, lo cual se obtiene, según dice, "por confrontación directa con el Decreto acusado".

Esas disposiciones invocadas por el libelista son:

a) El art. 55 de la Constitución que "además de establecer nítidamente las tres ramas del poder público, consagra también que ellas tienen funciones separadas. Es así que al Ejecutivo corresponde por regla general entre otras funciones y para el caso que nos ocupa, promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento; ejercer la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes y al Congreso de la República "hacer las leyes" y entre otras las "correspondientes a las carreras administrativa judicial y militar". "Entonces -continúa la actora- "si por el Decreto acusado expedido por la rama Ejecutiva del poder público se está creando de una parte "La Carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" y de otra, se están modificando los artículos 2o. y 9o. de la Ley 32 de 1.986, en cuanto definen claramente que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional pertenecerá a la Carrera Penitenciaria, implica todo esto la invasión de competencias del Ejecutivo en el Legislativo, pues las normas correspondientes a la Carrera Administrativa solo pueden ser Expedidas por el Congreso Nacional a través de una ley, o por el Ejecutivo, caso en el cual requiere de una autorización precisa y pro-témpore del mismo órgano legislativo todo lo cual no se da en esta situación concreta, por lo que se evidencia la infracción del artículo 55 de la Carta, pues el Ejecutivo no tuvo en cuenta al expedir la norma acusada las funciones separadas que tienen cada una de las ramas del poder público, dentro de las cuales ella carece de facultad de legislador."

b) El art. 76-10 de la Constitución, dado que, a su tenor, corresponde a la ley "dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar."

c) La ley 32 de 1986, cuyos arts. 2o. y 9o. ratificaron que el personal integrante del "cuerpo de custodia y vigilancia de la Guardia Penitenciaria", compuesta por oficiales, suboficiales y guardianes (art. 10) pueden pertenecer a la Carrera Penitenciaria."

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El acto acusado y cuya suspensión provisional íntegra se solicita, invoca "las facultades que le confieren el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política y el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964." Trátase, por consiguiente, y en primer lugar, de un decreto de tipo reglamentario emanado, por ende, de la atribución que la Carta otorga al presidente de la república como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa para expedir aquellas medidas necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. En segundo término se fundamenta en la facultad que le otorga el art. 100 citado, que a la letra dice: "Establécese la carrera del personal del ramo carcelario y penitenciario, independiente del servicio civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto, y con las normas que dicte el Gobierno para su organización." Es decir, que además de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria, el acto acusado se apoya, igualmente en esa prerrogativa que le asig-

na el mencionado Decreto-ley 1817 de 1964 en la proposición comprendida en las palabras que la Sala ha subrayado dentro del texto transcrito.

Sin embargo, es claro que "la carrera del personal del ramo carcelario y penitenciario" creada por el mencionado Decreto-ley 1817 de 1964 se rige, en principio, no sólo "con las normas que dicte el Gobierno para su organización" (debió decir "por las normas...") sino también por "los principios que consagra este estatuto", los que, por tener rango legislativo, ostentan primacía sobre aquéllas por razones obvias. Y uno de sus principios es aquel según el cual (arts. 101 y 102) pertenecen a la carrera penitenciaria "las personas que hubieren (sic) obtenido título de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional" o las que estén prestando o hayan prestado con eficiencia servicios en el ramo de prisiones y aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones. Para expresarlo de otro modo, no excluye a quienes integren el Cuerpo de Custodia y Vigilancia mas no indica, en forma contundente, que puedan pertenecer o estar inscritos en la misma.

No obstante lo anteriormente anotado, la Ley 32 de 1986 (febrero 3) "por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", define éste como "un organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado" rubricando seguidamente que "sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; *pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964* y no podrán elegir ni ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones o actividades de índole partidista." (se subraya).

Pese a lo que se ha destacado por la Sala en el párrafo precedente, el acto cuya suspensión provisional se solicita, dice a la letra:

"Podrán pertenecer a la Carrera Penitenciaria todos los funcionarios que cumplan los requisitos exigidos en el presente Decreto y *que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.*

La carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se regirá por lo establecido en la Ley 32 de 1986.

El Director General de Prisiones, los Jefes de División de la Dirección General de Prisiones y el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional, serán funcionarios de libre nombramiento y remoción del Gobierno." (art. 1o. que subroga el art. 6o. del Decreto reglamentario 2655 de 1973; las subrayas no son del texto).

Es en el primer aparte que se ha subrayado donde se ve una evidente violación de normas superiores, citadas por el demandante, percibe a través de una sencilla comparación, puesto que el paso que la norma legal, es decir, la Ley 32 de 1986 en el art. 2o., segundo inciso, establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigi-

lancia "*pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964*". La norma reglamentaria los excluye, dado que precisa que si los funcionarios forman parte del cuerpo en cuestión, no podrán pertenecer a la mencionada carrera.

En cambio, no ocurre así respecto al segundo inciso de dicho artículo 1o. de decreto demandado; en otras palabras, en lo que atañe a él, no aparece de manera diáfana que contrarie disposiciones de tipo superior, dado que está haciendo una remisión o reenvío a la Ley 32 de 1.986 que, como se ha visto, lo que adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, si bien no crea una carrera especial a la que puedan pertenecer sus miembros, sino que los involucra a la ya existente carrera penitenciaria.

No se observa tampoco la manifiesta contradicción en lo que hace al resto del art. 1o. transcrito arriba (lo no subrayado) ni tampoco con los arts. 2o. y 3o. que conforman el acto acusado. En efecto, aquel, al modificar el art. 6o. del decreto 2655 de 1973, recalca quiénes podrán pertenecer a la Carrera Penitenciaria y cómo, o sea, siempre que cumplan los requisitos exigidos en ese decreto, y excluye de la misma al Director General de Prisiones, a los Jefes de División de la Dirección General de Prisiones y al Director de la Escuela Penitenciaria Nacional para decir que "serán funcionarios de libre nombramiento y remoción del Gobierno." Para determinar su posible o eventual quebrantamiento de normas superiores, habría que entrar a disquisiciones ajenas al instituto de la suspensión provisional. Respecto al art. 2o., que se refiere a la Junta de la Carrera Penitenciaria y a su integración y, a continuación a que los representantes principal y suplente de los empleados de Carrera Penitenciaria, serán elegidos por los mismos para un período de dos años, previa convocatoria que hará la Dirección General de Prisiones y por el sistema que ésta determine; modifica el art. 31 del Decreto reglamentario 2655 de 1973. Y el art. 31., simplemente dice que el decreto "rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias." No se observa, pues, respecto a ello, que exista flagrante violación de normatividades de mayor jerarquía por lo cual no es dable acceder a la petición de suspenderlos provisionalmente.

Lo dicho conduce a que la Sala sólo acceda a disponer la suspensión provisional de la proposición "y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" contenida en el primer inciso del art. 1o. del Decreto reglamentario 1491 de 1990, y que no acoja tal petición en lo que atañe a los demás acápite del acto acusado. Ya habrá ocasión, en otra oportunidad procesal, de analizar más a fondo estos aspectos, porque, se repite, escapa ese examen a la filosofía de la suspensión provisional.

En virtud de todo lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1o.) Suspéndase provisionalmente la proposición "*y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*" contenida en el primer inciso del art. 1o. del Decreto reglamentario 1491 de 1990, expedido por el presidente de la república y refrendado por el ministro de justicia.

2o.) Deniébase la suspensión provisional de las demás disposiciones del acto acusado.

Cópiese. notifíquese y comuníquese Cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PENSION DE JUBILACION - Reliquidación. REINTEGRO. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Régimen Legal. TRANSITO DE LEGISLACION. LEY EN EL TIEMPO. LEY ESPECIAL

Si una norma bajo la cual nació una situación jurídica concreta dada -el reintegro- puede ser suplantada por otra posterior rigiendo esa misma situación; si por cambiar la norma la que permitía el reintegro y la que ahora lo prohíbe, cambia también la situación y ésta es gobernada por la nueva. Se trata de un problema que versa sobre el ámbito temporal de la validez de un orden jurídico dado a la posibilidad de la "retroactividad" de la ley positiva. La situación jurídica nacida bajo el imperio del artículo 4° de la Ley 171/61, continuó signada por su validez en el tiempo, sin que quedase rota por la nueva situación jurídica abstracta creada por el artículo 13 del Decreto 929/76, y, por ende, tenía derecho a reclamar la revisión de su pensión a partir de la fecha en que quedó nuevamente fuera del servicio. Las normas de los Decretos-ley 1848/69, 2400/68, y el Decreto Reglamentario 1950/73 que prohíben el reintegro de los pensionados al servicio, son aplicables únicamente a la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional y la Contraloría General de la República no forma parte de ella, pues es un organismo fiscalizador y, por ende, totalmente independiente; de ahí que tenga su propio estatuto de personal, en el cual, sólo hasta la expedición del Decreto 929 de 1976 se introdujo también la prohibición a los pensionados de reintegrarse al servicio.

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

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*. Ref.: Expediente Nro. 4989
Autoridades Nacionales. Consulta. Actor: Jacinto Novoa Mendoza

En grado de consulta de la sentencia calendada a dieciseis (16) de febrero de mil novecientos noventa (1.990) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conoce la Sala de este asunto, referente a la acción de restablecimiento del derecho incoada en demanda que, a través de apoderado judicial, presentó el señor Jacinto Novoa Mendoza contra la Caja Nacional de Previsión y la Nación.

I - DE LA DEMANDA

Impetró el libelista -a lo cual accedió en parte el fallo consultado- la declaratoria de nulidad del art. 1° de la Resolución No. 9684 de 27 de agosto de 1985 y del artículo 1° de la Resolución No. 4646 de 8 de noviembre del mismo año, dictadas por la entidad demandada -Subdirector de prestaciones económicas y Director General, en su orden-, en cuanto denegaron la *reliquidación* pensional que, por ser reincorporado al servicio público, solicitó al retirarse definitivamente; igualmente impetró que, como consecuencia de la nulidad de los actos mencionados, se declare que la Nación, Caja Nacional de Previsión, debe pagar al actor la diferencia entre el valor de la pensión reconocida por la Resolución No. 2643 de 1972, *cuya nulidad parcial se solicita*, y la cantidad que resulte devengada en promedio durante los últimos tres años de servicio, contados a partir del 16 de junio de 1980 y 15 de junio de 1983, teniendo en cuenta las siguientes cantidades por concepto de sueldos, primas y bonificaciones, por haberse reintegrado a la función pública en la misma Contraloría General de la República, por un lapso superior a los tres años previstos en la Ley 171 de 1961:

Año 1981	\$ 43.879.91
Año 1982	\$ 51.692.88
Años 1980-1983	\$137.266.05
Viáticos 1982	\$165.300.00

Además, el demandante agrega a las anteriores pretensiones, las que a continuación se transcriben:

"4.- La reliquidación reconocida a mi mandante por medio de la Resolución No. 2643 de 1972 es equivalente al 75% del promedio de sueldos antes indicados.

5.- Que a la sentencia que ponga fin a la presente acción se le dé cumplimiento dentro del término previsto en el art. 176 del Código Contencioso Administrativo."

II. DE LA PARTE RESOLUTIVA DEL FALLO OBJETO DE CONSULTA

El fallo de mérito que ha de revisarse accedió a declarar nulos los artículos 1º de las Resoluciones Nos. 9684 y 4646 de 1985 y, en cuanto atañe al restablecimiento del derecho, precisó:

"2o.- Ordénase a la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidar la pensión de jubilación del señor JACINTO NOVOA MENDOZA, con C.C. #137.455 de Bogotá, tomando como base para ello el promedio de la asignación devengada por él entre el 15 de febrero de 1980 y el 15 de febrero de 1983 y efectuar los reajustes de ley desde esa fecha en adelante.

3o.- La Caja Nacional de Previsión Social pagará la pensión reliquidada a partir del día 15 de febrero de 1983, fecha en la cual el señor JACINTO NOVOA MENDOZA se desvinculó de la administración pública.

4o.- Al presente fallo se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A."

III - HECHOS ANTECEDENTES

Cuentan los autos que por haberlo así pedido el hoy actor, la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución 2643 de junio 30 de 1972, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación "teniendo en cuenta tiempos de servicios hasta abril 30 de 1971" a partir del 1o. de mayo de ese año, fecha en la cual "demostró el retiro definitivo del servicio oficial".

Más tarde, dice el libelista, "sin haber cobrado ninguna de las mesadas pensionales allí reconocidas", el señor Novoa entró nuevamente al servicio oficial, específicamente a la Contraloría General de la República, para desempeñar el cargo de inspector general adscrito al Despacho del Contralor General, el día *13 de noviembre de 1973*, permaneciendo en él hasta el *15 de marzo de 1983*, fecha en la cual se retiró de modo definitivo, tal como lo dispuso la Resolución 1115 de 15 de febrero de ese año.

Acudió entonces a la Caja Nacional de Previsión a solicitar el reajuste de la pensión en antes reconocida, con base en las normas legales especiales que rigen para los servidores de la Contraloría General, o sea el Decreto Ley 929 de 1976 -11 de mayo-, artículo 13. La Caja denegó la reliquidación, por lo cual, agotada la vía gubernativa, hizo uso de la acción de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cual, como se ha indicado, profirió el fallo en parte favorable, objeto de la presente consulta.

IV. NORMAS LEGALES CITADAS EN EL LIBELO COMO QUEBRANTADAS POR EL ACTO.

El libelista invocó, primeramente, como quebrantado, el art. 30 de la Constitución Política atinente a la garantía de la propiedad privada y la de los derechos adquiridos con justo título; el art. 4o. de la Ley 171 de 1961; el ya citado art. 13 del Decreto-Ley 929 de 1976 -11 de mayo-, que, como se ha visto, contiene el estatuto especial para los servidores de la Contraloría General, amén del Decreto reglamentario 1848 de 1969 y de los arts. 2, 16, 17 y 20 de la Carta.

Invocó también como causa o motivo de la anulación del acto el fenómeno de la "desviación de poder", por las razones en que se apoya con inspiración en los criterios que, sobre la figura, sienta el tratadista Manuel M. Diez ("El acto administrativo", ed. 1961, Editora Argentina S.A.) (Págs. 412 y ss.), apartes de los cuales transcribe.

V - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, sienta el criterio de la revocatoria de la sentencia consultada. Dice que si bien la reincorporación al servicio es legal, en razón de que el artículo 20 del Decreto ley 2400 de 1.968 y el artículo 77 del Decreto Ley 1848 de 1969, no cobijan a los empleados y funcionarios de la Contraloría por no pertenecer élla a la Rama Ejecutiva del Poder Público y porque tienen un estatuto propio, ha de tenerse en cuenta que la prohibición del reintegro sólo fue establecida en el año de 1976, por el Decreto Ley 929 de ese año y porque el reintegro concreto del actor ocurrió el 13 de noviembre de 1.973. Sin embargo, anota el agente del Ministerio Público, como quiera que en el caso de autos, el reajuste se rige por la Ley 171 de 1961, cuyo artículo 4º consagra la revisión de una pensión de jubilación, cuando el beneficiario se reintegra al servicio por *tres (3) años* o más, tomando como base el promedio de lo devengado en esos tres últimos años, y como entre el 13 de noviembre de 1973 y el 11 de mayo de 1976 -cuando comenzó a regir el Decreto Ley 929 de ese año- no alcanzó a transcurrir el trienio en mención, concluye que el demandante no se hizo acreedor a la reliquidación.

De esta suerte, llegado el momento de proferir fallo de instancia y no observándose defecto que incida en la validez de lo actuado se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o.- El siguiente es el tenor del artículo 4º de la Ley 171 de 1961 -diciembre 29- "por la cual se reforma la Ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones":

"Al pensionado por servicios a una o más entidades de derecho público, que haya sido reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios." (no se transcribe el segundo inciso de la norma, por sólo referirse al sector privado; tampoco el párrafo, por relacionarse a situaciones que atañen a pensionados reincorporados y retirados con anterioridad a la vigencia de la ley).

2o.- El Decreto Reglamentario 1848 de 1969 -noviembre 4-, "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", sólo rige a los empleados y funcionarios al servicio de la Contraloría General de la República en aquellos rubros a los que expresamente remite el Decreto Ley 929 de 1976 -mayo 11- (párrafo del art. 13, art. 17), el cual no estaba vigente -no había sido expedido- cuando se produjo la reincorporación del hoy actor, Jacinto Novoa Mendoza. No cabe entonces duda de que la situación jurídico-laboral de éste se gobernaba por el artículo 4º de la Ley 171 de 1.961, puesto que dicha reincorporación tuvo lugar, como se ha indicado, el 13 de noviembre de 1973; esa norma es genérica, aplicable, en ese momento, a todos los pensionados por servicios a una o más entidades de derecho público, sin establecer excepciones de ningún tipo. En consecuencia, la prohibición que contiene el hoy vigente artículo 13 de decreto-ley 929 de 1976 y que sólo para efectos del reajuste se remite al artículo 79 del Decreto 1848 de 1969, no es aplicable a la situación que ahora se analiza y el actor bien podía, como ciertamente lo fue, ser reincorporado al servicio de la Contraloría General de la República.

3o.- Es verdad que durante la nueva permanencia del señor Novoa Mendoza entró a regir el tantas veces mencionado Decreto Ley 929 de 1976. Sin embargo, ello no significa que su situación quedase bajo la órbita de lo que prohíbe el artículo 13 ni que hubiese sido irregular su continuación en el desempeño de la función pública hasta el 15 de marzo de 1983. Se está aquí en presencia de un aspecto que toca a la fuerza material del Derecho positivo *en el tiempo*. En otras palabras, si una norma bajo la cual nació una situación jurídica concreta dada - la posibilidad de reintegrarse al servicio público-, puede ser suplantada por otra posterior rigiendo esa misma situación; si por cambiar la norma -la que permitía el reintegro y la que ahora lo prohíbe- cambia también la situación y ésta es gobernada por la nueva. Se trata de un problema que versa sobre el ámbito temporal de la validez de un orden jurídico dado a la posibilidad de la "retroactividad" de la ley positiva.

Es característico el hecho de que, por lo general, las leyes, las normas de Derecho positivo no sean "retroactivas", es decir, que no tocan aquellas situaciones jurídicas concretas que surgieron bajo la égida de la norma antigua; sólo por excepción, en materia penal, "la ley preexistente se prefiere a la ley *ex post facto*" (artículo 43 Ley 153 de 1887), cuando se trata de "Ley permisiva o favorable" (artículo 26 Constitución Nacional) y, en el campo laboral, aplicando el principio de la favorabilidad, según el cual es lícito hasta acumular la efectividad de los cánones en confrontación.

Por lo tanto, la situación jurídica concreta del actor, nacida bajo el imperio del artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, continuó signada por su validez en el tiempo, sin que quedase rota por la nueva situación jurídica abstracta creada por el artículo 13 del Decreto 929 de 1976 y, por ende, tenía derecho, como lo reconoció el Tribunal *a-quo*, a reclamar la revisión de su pensión *a partir de la fecha en que quedó nuevamente fuera del servicio*, CON BASE EN EL SUELDO PROMEDIO DE LOS TRES ULTIMOS AÑOS DE SERVICIOS, como lo estatuye la citada ley.

4o.- La Sala encuentra atinados los criterios expresados por el *a-quo* en el sentido de, que ni el artículo 48 del Decreto Ley 1848 de 1969 ni el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, ni tampoco el artículo 21 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, *per se*, son aplicables a los empleados y funcionarios de la Contraloría por cuanto, de acuerdo con nutrida jurisprudencia del Consejo de Estado, las normas de los citados Decretos que prohíben el reintegro de los pensionados al servicio, son aplicables únicamente a la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional y la Contraloría General de la República no forma parte de ella, pues es su organismo fiscalizador y, por ende, totalmente independiente; de ahí que tenga su propio estatuto de personal, en el cual, sólo hasta la expedición del Decreto 929 de 1976 se introdujo también la prohibición a los pensionados, de reintegrarse al servicio.

Mas no comparte su apreciación acerca de que el cargo de Inspector General Grado 28 al cual fue ascendido el accionante por Resolución Nro. 2476 del 3 de junio de 1976, equivalga al de Jefe de Oficina, y que por ello la Administración al no considerar que el demandante ocupó en la Contraloría un cargo de excepción, quebrantó lo dispuesto en el literal g) del artículo 13 del Decreto 929 de 1976.

Lo anterior en virtud de que conforme a lo preceptuado en el artículo 1° del Decreto 929 de 11 de marzo de 1976, que, para esa época, establecía la nomenclatura de cargos de la Contraloría General de la República, el cargo de Inspector General Grado 28, contrariamente a lo aseverado por el fallador de primera instancia, no correspondía al cargo de Jefe de Oficina, pues este cargo, según el mismo artículo 1° *Ibidem*, correspondía el grado 37 y no al 28 que ostentaba el cargo de Inspector General que ocupó el accionante.

Por consiguiente, no es dable afirmar que desde el mes de junio de 1976, éste se desempeñaba como Jefe de Oficina, cargo de excepción para efectos de la viabilidad de reintegro a la Contraloría, de personas pensionadas por organismos estatales, en los términos del literal g) del artículo 13 del Decreto 929 de 1976.

No obstante la impresión anotada, la Sala encuentra que los planteamientos que se hacen en este proveído acerca de la vigencia del derecho positivo en el tiempo, referidos a la permisibilidad de reintegro de pensionados a cualquier empleo público, contemplada en la Ley 171 de 1961, bajo cuyos auspicios se reincorporó el actor a la Contraloría General de la República, constituye fundamento suficiente para avalar la decisión del *a-quo* en el sentido de disponer la revisión de la pensión de jubilación del accionante a partir de la fecha en que quedó nuevamente fuera del servicio con

base en el sueldo promedio de los tres últimos años de labores, puesto que el derecho a la revisión de dicha prestación social, surgió para el demandante en el momento en que se reincorporó a la Administración Pública (1973), en razón de lo dispuesto en el artículo 4° de la citada ley.

Por lo demás, se observa que en el libelo se solicitó la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución Nro. 2643 de 1972, mediante la cual se reconoció al accionante su pensión de jubilación, sin que se precisara cuál debía ser el alcance de dicha declaración de nulidad.

Nada dijo el fallador acerca de esta pretensión. Sin embargo, se advierte que en virtud de la acción de restablecimiento del derecho, que es la que incoa el demandante, no era posible obtener la nulidad del citado acto administrativo, puesto que esa acción se hallaba caducada respecto de ella, toda vez que según se desprende de varios documentos que obra en el expediente (fls. 190 y ss. Cdo. Antec. Administrativos), el actor desde el mes de agosto de 1972 se notificó de la aludida resolución. Por consiguiente, se impone que la jurisdicción se declare inhibida para pronunciarse sobre su legalidad.

Por lo demás, en el fallo que se revisa no se advirtió que la Caja Nacional de Previsión Social debe cancelar al actor solo la diferencia que resulte entre el valor de la pensión reconocida por la Resolución Nro. 2643 de 1972, de la cual disfruta el actor y el monto que resulte de esta prestación luego de que se efectúe su revisión con base en la asignación devengada en los tres últimos años de servicios del accionante (16 de febrero de 1980 al 15 de febrero de 1983). Por ello se adicionará en tal virtud el artículo 3° de la parte resolutive de la sentencia consultada.

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

FALLA:

1) - Confírmase los artículos 1°, 2° y 4° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de febrero de 1990, en el proceso instaurado por Jacinto Novoa Mendoza contra la Caja Nacional de Previsión Social.

2) - Por hallarse caducada la acción contra la Resolución Nro. 2643 de 1972, declárase la inhibición para hacer un pronunciamiento sobre su legalidad.

3) - El artículo 3° de dicha sentencia quedará así:

La Caja Nacional de Previsión Social, pagará la pensión así reliquidada a partir del 15 de febrero de 1983, fecha en la cual el señor Jacinto Novoa Mendoza se

SECCION SEGUNDA

desvinculó de la Administración Pública. De las sumas respectivas, se descontarán los valores cancelados al demandante en virtud de la pensión de jubilación reconocida por medio de la Resolución Nro. 2643 de 30 de junio de 1972, expedida por la mencionada Caja de Previsión Social.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de octubre de 1990.

Clara Forero de Castro, Joaquin Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Reynaldo Arciniegas Baedecker, (Con Aclaración de Voto), Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PENSION DE JUBILACION - Reliquidación. REINTEGRO. TRANSITO DE LEGISLACION - Hechos pendientes. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. LEY EN EL TIEMPO (Aclaración de voto)

Se llaman hechos pendientes aquellos que se iniciaron en fecha pasada respecto de la vigencia de la ley pero aún no están consumados al entrar en vigencia la nueva ley, es decir, van conformándose en forma progresiva hasta un momento final en que dan lugar a una prestación concreta, como es el caso de la pensión de jubilación. Hasta ese momento final el derecho queda reducido a una expectativa, que por sí sola no produce efectos jurídicos, la nueva ley que modifique los presupuestos anteriores es de aplicación inmediata, y en ese sentido, se dice que es retrospectiva. En el caso *sub judice* a partir de mayo 11/76, quedó prohibido en la Contraloría General de la República el reingreso para la generalidad de los empleados, desde ese momento la situación del accionante se tornó irregular, siendo un empleado de aquéllos para quienes el reingreso estaba, de allí en adelante vedado. Su situación conformada por un reingreso regular con miras a la reliquidación de la pensión, encaja dentro de los llamados *facta pendentia*, por cuanto no alcanzó a consolidarse el derecho a la reliquidación antes de la fecha citada. Y, como se dijo, las normas laborales son de aplicación general inmediata. El principio general de favorabilidad también se aplica a los casos de duda.

ACLARACION DE VOTO DR. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

La legislación laboral desde tiempo ya lejano ha venido aplicando ciertos principios que considera propios y que no tienen vigencia en otros ordenamientos legales. Tales son, por ejemplo, el de que sus normas son de *orden público* y producen *efecto general inmediato*, es decir, deben aplicarse en el momento mismo en que entran en vigencia aún para casos que tienen raíz u origen anterior. Así lo dice concretamente el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

La doctrina ha venido distinguiendo, a este respecto, tres situaciones de aplicación de la ley en el tiempo, que ha denominado con nombres latinos aplicados a los hechos que son objeto de regulación legal, así:

Facta praeterita

SECCION SEGUNDA

- Facta pendentia
- Facta futura.

Se entiende por hechos pretéritos aquellos que se han consumado totalmente en fecha pasada, a los cuales obviamente no puede referirse norma alguna expedida por posterioridad. Ellos se regularon por la legislación vigente en su momento y produjeron, de acuerdo con ella, los efectos que les eran propios. Aplicar a estos hechos consumados una norma posterior, sería dar ésta efecto retroactivo.

Se llaman hechos pendientes aquellos que se iniciaron en fecha pasada respecto de la vigencia de la ley pero aún no están consumados al entrar en vigencia la nueva ley, es decir, van conformándose, por así decirlo, en forma progresiva hasta un momento final en que dan lugar a una prestación concreta, como es el caso de la pensión de la jubilación. Hasta ese momento final el derecho queda reducido a una expectativa, que por sí sola no produce efectos jurídicos. la nueva ley que modifique los presupuestos anteriores es de aplicación inmediata y, en ese sentido, se dice que es retrospectiva.

Los Hechos futuros se regirán por la ley que corresponda en cada momento.

En el sub lite se plantea el caso de un empleado que habiéndosele reconocido pensión de jubilación, se reintegra y aspira a una reliquidación del quantum pensional con fundamento en el artículo 4°.

De la ley 171 de 1961. En el momento del reintegro, noviembre 13 de 1973, no existía un régimen especial para los empleados de la Contraloría General de la República que regulase esta situación.

Ocurre, sin embargo, que antes de transcurrir tres años de la nueva vinculación, se expidió el decreto ley 929 de mayo 11 de 1976, que prohibió en su artículo 13 el reintegro al servicio de «la persona retirada con derecho a pensión de jubilación», salvo en el caso de ciertos cargos directivos de la Contraloría General de la República entre los cuales no figura el del accidente.

Dice la sentencia que tal decreto «no estaba vigente - no había sido expedido - cuando se produjo la reincorporación del actor.... No cabe entonces duda de que la situación jurídico-laboral de éste se gobernaba por el artículo 4° de la ley 171 de 1961, puesto que dicha reincorporación tuvo lugar, como se ha indicado, el 13 de noviembre de 1973».

Presupuesto tan postulado, también es cierto que entre la fecha del reintegro y la del citado decreto 929, no transcurrió el mínimo de tiempo requerido para el derecho a la reliquidación en el texto de la ley 171 de 1961 (el reintegro se produjo el 13 de noviembre de 1973 y el decreto 929 es de mayo 11 de 1976).

Cabe aquí tomar consideración la regla a que se hizo referencia como principio regulador de la aplicación en el tiempo de las disposiciones laborales: cuando entró en vigencia la prohibición del reintegro - mayo 11 de 1976-, no estaba causado el derecho de reliquidación, que requiere tres años.

Estimo que el fenómeno del reintegro no tiene entidad propia pues significa simplemente el punto de partida de una situación posterior: la permanencia en el cargo. Cuando la ley prohíbe reingreso, lo que prohíbe, en el fondo, es la situación que de allí se desprenda: permanecer en el cargo, teniendo el status de pensionado.

Ahora bien, a partir de mayo 11 de 1976, quedó prohibido en la Contraloría General de la República el reingreso para la generalidad de los empleados (las excepciones son pocas), vale decir, desde ese momento la situación del accionante se tornó irregular, siendo un empleado de aquellos para quienes el reingreso estaba, de allí en adelante, vedado. Su situación conformada por un reingreso regular con miras a la reliquidación de la pensión, encaja dentro de los llamados «facta pendentia», por cuanto no alcanzó a consolidarse el derecho a la reliquidación antes de mayo 11 de 1976. Y, como se dijo, las normas laborales son de aplicación general inmediata.

Pero hay también otro principio rector de las relaciones laborales que es el de favorabilidad. En el Código Sustantivo del Trabajo aparece en los artículos 20 y 21 y ya se había previsto en la ley 6a. de 1945, respecto de las prestaciones sociales, en el artículo 36.

El hecho de que el reintegro del demandante se hubiera ajustado a norma vigente, le podría acaso garantizar la permanencia también regular- hasta el momento de consolidar su aspiración a la reliquidación? Una respuesta asertiva resulta cuestionable. Si, por ejemplo, hubiera sido declarado insubsistente antes de los tres años, nada podría haber alegado en favor de su expectativa de reliquidación. A la inversa, vino una nueva ley que prohibió el reingreso pero podría afirmarse que el actor reingresó con anterioridad y en legal forma. Queda la duda, la cual debe definirse ciertamente a favor del trabajador.

Cierto es que el principio de la favorabilidad se refiere a las normas y asume las dos formas de antinomia: entre ley laboral y ley diferente y entre dos leyes laborales. Prevalece la laboral sobre las otras, y la favorable frente a las demás. Pero también se aplica a los casos de duda: dice el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo:

«En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del Trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad».

Este principio general que nuestros ordenamientos jurídicos refieren al trabajador particular, no está excluido de la regulación aplicable a los servidores públicos, que también son trabajadores.

SECCION SEGUNDA

Ateniéndose a este principio, de gran trascendencia sin duda, ha suscrito la sentencia, pensado, además que la prohibición tiene siempre naturaleza restrictiva y no admite entendimiento por analogía o extensión. No ha caducado aún aquel viejo apotegma:

«In dubiis, libertas» (En los casos dudosos, tienes libertad de acción).

REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

REGIMEN PRESTACIONAL. REGIMEN SALARIAL -Fijación. COMPETENCIA CONGRESO

Las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos no pueden fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores, por la sencilla razón de que para ello no han recibido autorización constitucional ni legal. Por el contrario, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 que facultaba a las Juntas o Consejos Directivos del nivel nacional para efectuar asignaciones de esa naturaleza, se ha sostenido con énfasis mayor que decisiones de tal carácter no le están permitidas a dichos cuerpos colegiados de las entidades descentralizadas nacionales, departamentales o municipales.

DECLARASE NULO el Acuerdo número 00005 de marzo 13 de 1981, proferido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, con excepción de su artículo 2°.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., Noviembre trece (13) de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno

Referencia: Expediente No. 2593. Actor: Luis Carlos González Rodríguez. Autoridades Nacionales

Luis Carlos González Rodríguez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación el 18 de marzo de 1987, solicitando la declaración de nulidad del Acuerdo No. 00005 de marzo 13 de 1981 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, "Por medio del cual se fijan salarios y prestaciones para el personal Docente" y cuyo texto es el siguiente:

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA, en uso de sus atribuciones estatutarias y

CONSIDERANDO:

Que en reunión celebrada el 12 de marzo de 1981 se aprobó aumento de salarios para el personal docente de la Universidad, a partir del 1o. (primero) de enero de 1981 (mil novecientos ochenta y uno);

Que igualmente se acordó aumentar algunas prestaciones y ordenar un auxilio por maternidad;

Que se requiere la expedición del acto administrativo que permite la ejecución de lo anterior,

ACUERDA:

ARTICULO PRIMERO:

Aumentar en un veintisiete por ciento (27%), a partir del primero (1o.) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), los sueldos del personal docente de la Universidad.

ARTICULO SEGUNDO:

La Universidad, durante el año de mil novecientos ochenta y uno (1981), auxiliará a la Asociación de Profesores Universitarios, Seccional de Risaralda, de la Universidad Tecnológica, "ASPUUTP" con la suma de setenta mil pesos m.cte (\$70.000.00).

Igualmente con setenta (70) resmas de papel mimeo tamaño oficio.

ARTICULO TERCERO:

La prima de vacaciones, en lo sucesivo, se cubrirá, así: quince (15) días de sueldo mas dos (2) días por cada año de servicio.

ARTICULO CUARTO:

A partir de la fecha el auxilio para la educación de los hijos de los profesores se cubrirá así: cuatro mil pesos (\$4.000.00) por hijo en pre-escolar, primaria o secundaria y seis mil pesos por hijo estudiando en la Universidad.

ARTICULO QUINTO:

A partir de la fecha se concederá un auxilio por maternidad al profesorado de planta de la Universidad equivalente al medio sueldo.

ARTICULO SEXTO:

La Universidad, a partir del primero (1o.) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), aportará al FASUT el seis por ciento (6%) del sueldo total mensual del personal docente. Igualmente aportará al FAVI el cincuenta por ciento (50%) de ahorro que el profesorado haga en dicha institución, tomando como tope máximo el cinco por ciento (5%) del sueldo ahorrado por el profesor.

ARTICULO SEPTIMO:

En lo sucesivo la prima de servicios será equivalente a un (1) sueldo más dos (2) días de sueldo por cada año de servicios continuos y sin ningún tope.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición del Acuerdo acusado, los artículos 2, 20, 63, 76 numeral 9, y 207 de la Constitución Política; 25, 26 y 30 del Decreto 1050 de 1968; 2 y 5 del Decreto 3135 de 1968; 2 y 7 del Decreto 1848 de 1969; 3, 5 y 25 del Decreto 1045 de 1978; 57, 59 y 97 del Decreto 80 de 1980; 414, 416 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo. (fl. 62).

En el concepto de la violación el demandante manifiesta que, el Acuerdo acusado desconoce el artículo 76 numeral 9 de la Carta, pues corresponde al Congreso de la República fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales; que se infringieron los artículos 2 y 55 de la Constitución Política, ya que cada una de las Ramas del Poder Público tiene establecido un campo de acción dentro de la órbita jurídica; que se violó el artículo 59 del Decreto 80 de 1980, toda vez que los Consejos Superiores de las Universidades no tienen competencia para fijar salarios y prestaciones sociales; que los docentes son empleados públicos, según el artículo 97 del referido decreto, y por ello no pueden percibir más allá de lo consagrado en la ley; que el Sindicato de Profesores de la Universidad Tecnológica de Pereira tiene limitadas sus funciones y, por ende, no puede presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas porque sería contrario al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo; que el Acuerdo acusado, además, viola los artículos 207 y 208 de la Carta, en cuanto hizo concesiones en dinero y en especie, que no tenían respaldo legal de carácter presupuestal. (fls. 62, 63 y 64).

Por auto del 20 de agosto de 1987 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los artículos 1, 3, 4, 5 y 7 del Acuerdo acusado. (fl. 79).

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de agosto 5 de 1988, pidió la declaración de nulidad del Acuerdo acusado en la demanda, estimando que aquél es violatorio de las disposiciones en ésta señaladas, tales como los artículos 2, 55 y 76 numeral 9 de la Constitución Política. (fls. 129, 130, 131 y 132).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Como es de conocimiento, la Universidad Tecnológica de Pereira, es un establecimiento público de orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

2. Como consta en el expediente, el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, expidió el Acuerdo No. 00005 de marzo 13 de 1981, "Por medio del cual se fijan Salarios y Prestaciones para el Personal Docente".

3. A folios 121 y 122 del expediente, aparece el oficio 023723 de octubre 27 de 1987 suscrito por el Rector de la mencionada Universidad, en el cual se hace referencia a los antecedentes que dieron origen al comentado Acuerdo.

Según el citado oficio, el Acuerdo No. 00005 de 1981, fue el resultado de un pliego de peticiones aprobado por la Asamblea de Profesores de la Universidad Tecnológica de Pereira, pliego que vino a ser analizado por unas Comisiones designadas por el Consejo Superior del referido Centro Universitario, que con base en el informe escrito rendido por una de tales comisiones al Consejo Superior, respecto de las conversaciones adelantadas con los profesores, se expidió el Acuerdo a que se ha hecho mención.

4. De conformidad con el artículo 97 del Decreto Extraordinario 80 de 1980, los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial son empleados públicos.

5. El artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política, deja en poder del legislador la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, el cual, también puede ser fijado por el Ejecutivo, mediante la expedición de decretos extraordinarios en virtud de precisas facultades que se le confieren con arreglo a los preceptos del numeral 12 ibídem.

Lo anterior quiere decir, que las escalas de remuneración y el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos nacionales solo pueden regularse por la ley o por decretos con igual fuerza jurídica, de la cual carece el acuerdo acusado.

Le asiste, por consiguiente, razón a la parte actora y al Ministerio Público cuando afirma que el Acuerdo impugnado debe ser anulado por violación, entre otras disposiciones, del artículo 76, numeral 9, de la Carta.

6. Según reiterada consagración jurisprudencial, las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos no pueden fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores, por la sencilla razón de que para ello no han recibido autorización constitucional ni legal.

Por el contrario, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 (sentencia de diciembre 13 de 1972) que facultaba a las Juntas o Consejos Directivos del nivel nacional para efec-

tuar asignaciones de esa naturaleza, se ha sostenido con énfasis mayor que decisiones de tal carácter no le están permitidas a dichos cuerpos colegiados de las entidades descentralizadas nacionales, departamentales o municipales.

7. Al ser suficiente la transgresión del artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política para declarar la nulidad que se impetra, no se necesita del estudio de las demás infracciones de disposiciones superiores que se invocan en el escrito demandatorio, ya que los efectos de la nulidad de un acto administrativo son los mismos en caso de que con su expedición se haya violado una o varias normas jurídicas, como reiteradamente lo ha manifestado el Consejo de Estado.

8. Consecuentemente con lo planteado por la Sala, en el caso sub examine, la Corporación procederá a declarar la nulidad del articulado del Acuerdo No. 00005 de marzo 13 de 1981 proferido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, pues según su encabezamiento con él se fijan salarios y prestaciones para el personal docente del referido establecimiento público, careciendo dicho consejo de competencia para ello, por las razones ya anotadas. Se exceptuará de ésta declaración el artículo 2o., por la razón de que la demanda no indicó las disposiciones violadas en concreto para este caso, ni realizó un concepto de violación sobre el particular.

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

FALLA:

DECLARASE NULO el Acuerdo No. 00005 de marzo 13 de 1.981, proferido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, con excepción de su artículo 2o.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue aprobada en sesión de la fecha.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PERSONAL DOCENTE. NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. SUBSIDIO FAMILIAR. GOBERNADOR - Facultades

El Decreto acusado no crea subsidio familiar, es decir no establece régimen prestacional. Simplemente reconoce que se debe subsidio familiar a los educadores de primaria y por eso ordena pagarlo y asume esa obligación. Para la Sala es ilegal el parágrafo 2 del artículo 3° del Decreto demandado. Si justamente desde ese día en adelante la carga prestacional de los maestros de primaria corría en su totalidad por cuenta de la Nación, a la luz de la Ley 43 de 1.975, no podía afectarse para ese mismo efecto el presupuesto departamental del Quindío.

DECLARA LA NULIDAD del parágrafo 2 del artículo 3° del Decreto 0181/82 (abril 6) expedido por el Gobernador del Quindío, que dice: "Por conducto de la Secretaría de Hacienda se harán los traslados presupuestales con el fin de cancelar el subsidio que se cause con posterioridad al 1° de enero de 1.981".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref. : Expediente No. 3186. Autoridades Departamentales. Actor : Jairo Arbelaez Arias

Se decide el recurso de apelación interpuesto, en calidad de impugnador, por el doctor Luis Carlos Avellaneda Tarazona contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 1.987 por el Tribunal Administrativo del Quindío para desatar la litis propuesta por el señor Jairo Arbeláez Arias.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción pública de nulidad el señor Jairo Arbeláez Arias pidió al Tribunal: "...que mediante sentencia definitiva se declare que es nulo el decreto departamental número 0181 de 6 de abril 1.982, proferido por el Gobernador del Quindío, por medio del cual se reconoce un derecho al magisterio del Departamento y en consecuencia, se restablezca el orden jurídico quebrantado".

Fundamentó su demanda, en síntesis, en los siguientes

HECHOS:

Que "en uso de sus atribuciones legales" el gobernador del Quindío expidió, el 6 de abril de 1.982, el decreto 0181, acusado;

Que ello obedeció a solicitud de unos educadores y por acuerdo celebrado entre su Organización Sindical y la Administración Departamental;

Que los pagos se ordenaron con posterioridad a la vigencia de la ley 43 de 1.975, "fecha en la cual se nacionalizó la Educación, quedando desde entonces los gastos que ésta ocasione, con cargo a la Nación";

Que con la expedición el acto acusado, el Gobernador comprometió los intereses del Departamento, causándole grave perjuicio, sin facultades para expedir ese Decreto y que por ello violó ostensible y flagrantemente las disposiciones constitucionales y legales invocadas.

El Tribunal atendió favorablemente las súplicas de la demanda.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado acoge los planteamientos de la parte impugnadora y dice que las peticiones de la demanda deben desecharse.

Surtido el trámite correspondiente a la apelación y no observándose causal que incida sobre la validez de la actuación debe la Sala dictar sentencia, a lo cual procede mediante las siguientes.

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer la legalidad del Decreto 0181 (abril 6), de 1982 por medio del cual el Gobernador del Departamento del Quindío: reconoció y ordenó pagar el subsidio familiar a los maestros de primaria al servicio del departamento; dispuso lo conducente para hacer efectivo ese pago a partir del 1° de agosto de 1.977; previó hacer traslados presupuestales para cancelar el subsidio causado

con posterioridad al primero de enero de 1.981; señaló la forma de liquidación de ese subsidio; y fijó un término de 45 días a fin de que los beneficiarios presentaran la documentación de rigor para tener derecho al pago retroactivo en el período comprendido del 1° de agosto de 1.977 al 31 de diciembre de 1.980.-

Aun cuando el demandante enumeró muchas disposiciones superiores como violadas con el Decreto acusado solo expuso el concepto de la violación de unas pocas, y de ello se obtiene que sus ataques se fundamentaron, básicamente así; que fijar prestaciones sociales es privativo del Congreso o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias; que esa atribución no cabe dentro de las que se pueden delegar en los Gobernadores conforme al artículo 135 de la C.N.; que los Gobernadores no pueden determinar salarios o prestaciones sociales a los empleados nacionales; que en ningún momento la ley 43 de 1.975 dejó a cargo de los Departamentos el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados a los educadores; que de acuerdo con la ley 43 de 1.975 la educación es nacional y sus servidores están sometidos al régimen salarial y prestacional correspondiente; y que como el Decreto se originó de acuerdo celebrado con la Organización Sindical del sector docente, está viciado, pues ese acuerdo no podía servir de soporte al Gobernador para comprometer los intereses del Departamento ya que los empleados públicos no les está permitido suscribir acuerdos.

Para anular el Decreto demandado, el Tribunal adujo, fundamentalmente: que aunque la ley 43 de 1.975 nacionalizó la educación primaria y secundaria oficial, sin embargo los gastos de funcionamiento solo se asumieron gradualmente por la Nación; pero que ello no autorizaba al Gobernador del Quindío para proceder a ordenar el pago a los educadores de primaria del Departamento de las sumas de dinero correspondientes al Subsidio Familiar desde el 1° de agosto de 1.977 y hasta el 31 de diciembre de 1.980 con fondos del Departamento; que del artículo 2° de la ley 43 de 1.975 se deduce que la Nación paga a los docentes las sumas de dinero que les correspondan por sus derechos laborales y luego repite contra las entidades territoriales por las cantidades que estas deban pagar; y que el Gobernador usurpó funciones de la Asamblea, pues conforme al artículo 62 del Decreto 1222 de 1.986 corresponde a tal corporación "arreglar la deuda pública a cargo del Departamento y disponer la manera de amortizarla...".

No comparte la Sala íntegramente las apreciaciones del a-quo, ni prohija la totalidad de su decisión.

Por expreso mandato de la ley 43 de 1.975 la educación primaria fue nacionalizada, pero los gastos de su funcionamiento se fueron asumiendo por la Nación.

Esa ley de nacionalización se refirió expresamente al régimen prestacional de los servidores de la educación. En el artículo 2° dispuso: "Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse y que se hayan causado hasta el momento de la nacionalización, serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo o de las respectivas Cajas de Previsión.

Las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación".

En el caso presente se tiene: a petición de los educadores el Gobernador -mediante el decreto demandado- reconoció y ordenó pagar el subsidio familiar adeudado a los maestros de primaria al servicio del Departamento del Quindío, por el lapso comprendido entre el 1° de agosto de 1.977 -tres años atrás contados desde el día en que se hizo la petición de reconocimiento- y el 31 de diciembre de 1.980, día en que debió culminar el proceso de nacionalización.

El Decreto no crea subsidio familiar, es decir no establece régimen prestacional. Simplemente reconoce que se debe subsidio familiar a los educadores de primaria y por eso ordena pagarlo y asume esa obligación.

Carece de sentido la afirmación del Tribunal cuando advierte que el Gobernador ejerció aquí la función que el artículo 62-14 del Código de Régimen Departamental atribuye a las Asambleas. El concepto de deuda pública es algo ajeno a los gastos de funcionamiento de una entidad gubernamental.

No es válida tampoco la tacha que el Tribunal formula al Decreto demandado porque "...ni siquiera tuvo (el Gobernador) la precaución de consultar con la entidad respectiva, si estaba de acuerdo con que el Departamento del Quindío llevara a cabo la cancelación a los educadores de las sumas de dinero que reclamaban, respecto de las cuales, parte correspondía cancelar a la Nación...".

El estado de las cuentas entre la Nación y el Departamento y el manejo que a ello se le diera, es cuestión ajena a la legalidad del Decreto frente a las normas invocadas en la demanda, puesto que ninguna se citó en cuanto a manejo presupuestal se refiere.

Para la Sala es ilegal, sí, el parágrafo 2° del artículo 3° del Decreto demandado, que dice: "Por conducto de la Secretaria de Hacienda se harán los traslados presupuestales con el fin de cancelar el Subsidio que se cause con posterioridad al 1° de enero de 1.981".

Si justamente desde ese día en adelante la carga prestacional de los maestros de primaria corría en su totalidad por cuenta de la Nación, a la luz de la ley 43 de 1.975, no podía afectarse para ese mismo efecto el presupuesto departamental del Quindío.

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:

Modifícase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 9 de octubre de 1.987 para desatar la litis propuesta por el señor Jairo Arbeláez Arias.

SECCION SEGUNDA

En tal virtud, declárase la nulidad, *únicamente*, del parágrafo 2° del artículo 3° del Decreto 0181 de 6 de abril de 1.982 expedido por el Gobernador del Quindío.

Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 31 de Octubre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. PRUEBA RECOBRADA

Ha sostenido la jurisprudencia, que pruebas recobradas con posterioridad a la sentencia son aquellas que, cuando el fallo se produce, no fueron allegadas al expediente sin culpa ni omisión del interesado, criterio consagrado en la modificación que a esta causal introdujo el Decreto 2304 de 1.989. Esta causal debe interpretarse con carácter restrictivo, de suerte que no puede servir para suplir la negligencia o el descuido de la parte interesada que durante el desarrollo del proceso no se apersonó y cuestionó el hecho de que no hubieran decretado y practicado las pruebas que oportunamente solicitó, así como tampoco puede serle útil para aportar documentos de fácil consecución y que por cualquier circunstancia dejó de allegar al expediente. El análisis del presente recurso lleva a la Sala a concluir que la prueba a la cual se atribuye calidad de recobrada después de la sentencia no lo es en realidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E. trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 1460. Recurso Extraordinario de Revisión. Actora: Nohelia Mercedes Rincón Patrón

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por Nohelia Mercedes Rincón Patrón contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 26 de febrero de 1.985.

ANTECEDENTES

La actora y veinticuatro personas mas, cuyos nombramientos como docentes habían sido declarados insubsistentes por el Gobernador del Departamento de Cór-

doba mediante el Decreto 0653 de 9 de agosto de 1.983, demandaron su nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, solicitaron su reintegro y el pago de los haberes dejados de percibir.

El Tribunal Administrativo de Córdoba en el fallo recurrido, accedió a las súplicas de veintidós de los demandantes, al considerar que estando escalafonados en la docencia, no podían ser declarados insubsistentes sin haber sido excluidos previamente del escalafón.

Empero, negó las peticiones de tres de los accionantes, entre ellos las de la señorita Nohelia Mercedes Rincón Patrón, en virtud de que en el proceso no se probó que estuvieran inscritos en el escalafón docente, por lo cual estimó que eran empleados de libre nombramiento y remoción que podían ser declarados insubsistentes discrecionalmente y, por tanto, concluyó, que el Decreto acusado, en ese aspecto, se ajusta a derecho.

EL RECURSO

1). La recurrente solicita que con fundamento en la causal 2 del artículo 188 del C.C.A. se revise la sentencia proferida por el Tribunal en cuanto negó sus pretensiones.

2). En los hechos relata su vinculación como profesora de medio tiempo y su desvinculación por el acto que impugnó en el proceso que culminó con la sentencia recurrida.

Dice, además la recurrente que en el capítulo de pruebas de la demanda solicitó al Tribunal que oficiara a la Secretaria Ejecutiva de la Junta Seccional de Escalafón de Córdoba, con el fin de que, con destino al proceso, remitiera constancias sobre el grado de cada uno de los demandantes en el Escalafón Nacional Docente, indicando el número de la correspondiente Resolución de inscripción; pero que para mayor seguridad tales constancias, así como otros documentos, se aportaron respecto de cada uno de los accionantes.

Que por ello el juzgador no decretó la prueba relacionada con la solicitud de la certificación de su escalafonamiento a la Junta Seccional de Escalafón, mas por circunstancias que ignora, en el momento de fallar no apareció en el expediente el documento que acredita tal inscripción y, por ese motivo, fue excluida del fallo favorable que se emitió en relación con los demás demandantes.

Finaliza la demanda de revisión así: "Si el Tribunal hubiese decretado la prueba solicitada respecto de la inscripción en el Escalafón de mi poderdante y no hubiesen extraviado los documentos que en tal sentido fueron aportados al proceso, el fallo emitido la habría cobijado en iguales condiciones que a los demás demandantes." (fol. 11 cdno. del Consejo).

3). Acerca de la causal de revisión que invoca -numeral 2 del artículo 188 del C.C.A.- expuso que, mediante un somero examen del expediente, puede establecerse que la prueba sobre inscripción de la recurrente en el escalafón docente se aportó durante el término de fijación en lista, pero al no aparecer en el expediente, fue excluida de los beneficios del fallo; sin embargo, teniendo en cuenta que realmente ella se encontraba debidamente inscrita en dicho escalafón, la revisión de la sentencia se torna procedente con fundamento en la causal del numeral 2 del artículo 188 del C.C.A. en orden a hacer extensivo el contenido de su parte resolutive a la recurrente.

EL CONCEPTO FISCAL

El Ministerio Público manifestó:

"El recurrente dice que la prueba echada de menos, determinante para un pronunciamiento diferente al impugnado, por circunstancias que se ignoran no apareció en el proceso al momento de fallar, pero que ella fue solicitada no solo en el libelo de demanda, sino en escrito oportunamente presentado se adjuntó el documento en referencia. Esta aseveración de la recurrente encuentra respaldo en lo consignado en el numeral 6 de la demanda (fl. 6, cuad. No. 2) y en la constancia secretarial visible a folio 168 íbidem, conforme a la cual en el libelo demandatorio solicitan pruebas y por separado presentaron escrito acompañando documentos de los solicitados en los puntos 2 y 6. La constancia, resolución No. 00932 de 19 de agosto de 1.982 de la Junta Seccional de Escalafón, sobre inscripción de la recurrente en el Escalafón Nacional Docente, fue decretada y obtenida como prueba dentro del trámite de este recurso. Así las cosas, recobrada esta pieza decisiva por cuya virtud la sentencia impugnada habría cobijado favorablemente a la actora, según la argumentación en que se apoyó, el presente recurso de revisión está llamado a prosperar." (Fl. 45 cdo. del Consejo).

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La causal de revisión invocada es la contenida en el numeral 2º del artículo 188 del C.C.A., que antes de la modificación introducida por el Decreto 2304 de 1.989 era del siguiente tenor:

"Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

Ha sostenido la jurisprudencia, que pruebas recobradas con posterioridad a la sentencia son aquellas que, cuando el fallo se produce, no fueron allegadas al expe-

diente sin culpa ni omisión del interesado. Tal criterio fue consagrado expresamente en la modificación que a esta causal introdujo el Decreto 2304 de 1.989 así:

"Si se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Esta causal debe interpretarse con carácter restrictivo, de suerte que no puede servir para suplir la negligencia o el descuido de la parte interesada que durante el desarrollo del proceso no se apersonó y cuestionó el hecho de que no hubieran decretado y practicado las pruebas que oportunamente solicitó, así como tampoco puede serle útil para aportar documentos de fácil consecución y que por cualquier circunstancia dejó de allegar al expediente.

El análisis del presente recurso lleva a la Sala a concluir que la prueba a la cual se atribuye calidad de recobrada después de la sentencia no lo es en realidad.

En efecto, si como se dice, la certificación sobre inscripción en el escalafón docente se hubiera aportado durante el término de fijación en lista del negocio, resultaría contradictorio afirmar que se recobró después de proferida la sentencia. Pero en realidad tal documento nunca obró en el expediente o por lo menos no se ha probado lo contrario. Se trata simplemente de una prueba solicitada en la demanda, según se aprecia a folio 6 del cuaderno del Tribunal, pero no decretada por el juzgador, conforme se desprende del auto visible a folio 169 del citado cuaderno, en el cual se dispuso el requerimiento a los despachos pertinentes de los documentos solicitados en el libelo, con excepción de los indicados en el numeral 6) del capítulo de pruebas, en el cual, precisamente, se relacionó la constancia que la Junta Seccional de Escalafón de Córdoba debía expedir sobre el grado de Escalafón Nacional Docente en que se hallaba inscrito cada uno de los demandantes. Mas la recurrente en el momento que la ley procesal le brindó, no se percató de la ausencia de la prueba ni insistió en su decreto, impugnando esa decisión del tribunal; nada dijo sobre el particular, según se colige del expediente (fl. 169 Exp. del Tribunal).

Como se dijo, la causal de revisión invocada hace referencia a aquellos medios probatorios que no pudieron obtenerse antes de la sentencia, sin culpa de la parte interesada, pero no a aquellos que sin mayor esfuerzo podían obtenerse en su momento, como ocurrió en el presente caso.

La circunstancia anotada basta para concluir que el recurso extraordinario de revisión no está llamado a prosperar, así la prueba que ahora se aporta por la recurrente resultara decisiva para que la determinación adoptada en la sentencia impugnada hubiera sido diferente, por cuanto, de conformidad con el ordenamiento jurídico, para que se configure la causal es indispensable que concurren los dos requisitos señalados, vale decir, es menester no solo que la prueba sea decisiva para generar un fallo diametralmente distinto al que se cuestiona, sino que tenga la condición de recobrada.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la señora Nohelia Mercedes Rincón Patrón contra la sentencia de 22 de febrero de 1.985, dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Sin costas por no haberse causado. Cancelese por el Tribunal la caución otorgada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 6 de Noviembre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

SUSPENSION - Efectos

Sólo en caso de suspensión administrativa de un empleado que es investigado por infracción disciplinaria, procede el pago de sueldos si posteriormente resulta absuelto de la imputación. Otra cosa ocurre en la investigación de carácter penal a consecuencia de denuncia formulada ante un juez, cuando el funcionario ordena la suspensión para dar aplicación a una medida de aseguramiento o detención preventiva. No se trata aquí de una decisión de la administración cuyas consecuencias deba asumir ésta si no se acredita la infracción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 3441. Apelación Sentencia. Actor: Jairo Londoño Londoño

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Quindío el 7 de septiembre de 1.987 (Fols. 34 a 43), el señor Jairo Londoño Londoño, mediante apoderado, impetró las siguientes declaraciones:

"1a. Que son nulas las Resoluciones Nos. 0342 del 13 de abril de 1.987 y 0395 del 6 de mayo de 1.987, emanadas de la Gerencia de las Empresas Públicas de Armenia (E.P.A.), por ser violatorias de las normas Constitucionales, Legales y Administrativas citadas en el concepto de violación de la demanda.

2a. Que como consecuencia de la declaración anterior, se reconozca y ordene a las Empresas Públicas de Armenia, por medio de su Gerente, como representante legal de ellas, a pagar al Sr. Jairo Londoño Londoño los siguientes con-

ceptos laborales a que tiene derecho conforme a las leyes de la República y a la Resolución No. 0760 del 25 de agosto de 1.986 emanada de la Gerencia de la misma empresa:

a) El pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el Sr. Jairo Londoño Londoño en su calidad de Auxiliar de Caja de las Empresas Públicas de Armenia, entre el día 31 de mayo de 1.984, en que fue suspendido en dicho cargo, y el día 25 de agosto de 1.986, en que fue ordenado su reintegro.

b) El pago de la diferencia salarial, a cargo de las Empresas Públicas de Armenia, por medio de su representante legal: su Gerente, y a favor de Jairo Londoño Londoño, existente entre el salario que se le pagó entre los años de 1.986 y 1.987, y el que debía devengar como Auxiliar de Caja de dichas empresas en los años de 1.986, desde el 25 de agosto en que fue reintegrado, y el año de 1.987, hasta el día 13 de mayo en que fue declarado insubsistente su presunto nombramiento como Revisor Codificador en la División de Producción de dichas empresas.

c) El pago de la diferencia, correspondiente a las prestaciones sociales liquidadas con base en el salario que debía devengar como Auxiliar de Caja de las Empresas Públicas de Armenia, y no como se le pagaron, con base en el salario inferior correspondiente al cargo de Revisor Codificador en la División de Producción de las mismas empresas, correspondiente a los derechos prestacionales causados entre los mismos términos a que se refiere el hecho anterior. Conforme a las cifras del literal a) hecho 8o. (Fols. 40 y 41).

Los HECHOS básicos de la demanda pueden resumirse así:

1.- Mediante Resolución No. 181 de abril 1o. de 1.981, fue nombrado en propiedad el actor para desempeñar el cargo de Auxiliar de Caja de las Empresas Públicas de Armenia.

2.- Se adelantó contra el actor un proceso penal en el juzgado 8o. de Instrucción Criminal de Armenia, el cual profirió auto de detención y solicitó la suspensión en el cargo, lo que se cumplió por Resolución No. 0467 de mayo 31 de 1.984.

3.- Por Resolución No. 760 de agosto 25 de 1.986 y acatando la decisión del Juzgado 4o. Superior de Armenia que lo sobreseyó por segunda vez y revocó el auto de detención contra el demandante, se dispuso su reintegro en forma provisional al cargo de Revisor Codificador.

4.- Posteriormente el actor solicitó a la entidad demandada el pago de la diferencia salarial entre el cargo que venía desempeñando provisionalmente de Revisor Codificador, y el de que era titular, Auxiliar de Caja; igualmente reclamó el pago de los salarios dejados de percibir como Auxiliar de Caja entre el 31 de mayo de 1984 cuando fue suspendido, y el 25 de agosto de 1986 cuando se ordenó su reintegro.

Subsidiariamente, pidió el pago de salarios desde el 10 de febrero de 1.986, fecha del auto que revocó su detención, hasta la de su reintegro.

5.- Por resolución No. 0342 de abril 13 de 1.987 se negó la petición de salarios y por Resolución 0395 de mayo 6 de 1.987 se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra aquella. (Fols. 34-36).

Como normas violadas se invocan los artículos 16, 17, 20 y 62 de la Constitución; Leyes 25 de 1.974 y 13 de 1.984, artículos 1o. y 21, inciso 2o; el Decreto Ley 2400 de 1.968, artículos 7o., 18., y 23; el Decreto Reglamentario 482 de 1.985, artículos 2o., 3o., 8o., y 46, inciso 1o., literal a) y el Decreto Reglamentario 1950 de 1.973, artículo 34; finalmente, la Resolución No. 760 de 1.986 de las Empresas Públicas de Armenia. (Fols. 37-40).

El Tribunal del conocimiento en sentencia de marzo 7 de 1.988 declaró no probadas las excepciones de caducidad de la acción y de ineptitud de la demanda, y negó las pretensiones del actor.

Sustentó su decisión en los razonamientos que se compendian a continuación.

1). Respecto de la ley 25 de 1.974, el actor no indica, "cuál o cuáles de los artículos que la integran fueron transgredidos, lo que hace imposible el estudio de su violación, pues al ser esta jurisdicción rogada, el juzgador al fallar tiene que limitarse al análisis de las normas citadas como violadas y por los conceptos señalados en la demanda, pues en el proceso administrativo no se da un control general de legalidad".

2). Con relación a la ley 13 de 1.984 en sus artículos 1o. y 21, inciso 2o., y a su decreto reglamentario 482 de 1.985, artículos 2o., 3o., 8o. y 46, inciso 1o. literal a), debe advertirse que se aplican a los empleados públicos nacionales y no a los servidores de organismos del orden municipal, como era el demandante. Igual cosa ocurre respecto de los artículos 18, 23 y 7o., del Decreto 2400 de 1.968 y del Decreto Reglamentario 1950 de 1.973.

3). Los actos demandados no pueden violar la Resolución 760 de 1.986, pues son actos de la misma jerarquía y, al contrario, los actos posteriores revocan el anterior.

4). No es posible establecer la infracción de los artículos 16, 17, 20 y 62, inciso 1o., de la Constitución Nacional "por tratarse de normas muy generales, cuya posible violación, si es que se dió, lo fue en forma indirecta, a la que habría que llegar previo estudio de la violación directa de la norma o normas consagratorias de los derechos concretos reclamados por el actor, como lógico desarrollo de las normas generales de carácter constitucional". (Fols. 63-76).

Sustenta el actor su recurso de apelación en escrito visible a folios 78 a 84, en cuya parte final resume sus argumentos así:

"Esta plenamente demostrado:

- a) Que en el plenario no se discutieron pretensiones netamente salariales.
- b) Que el Decreto 1732 de 1.960 está derogado expresamente por la ley.
- c) Que el decreto 1732 de 1.960 no se citó como violado en la demanda por no regular en él las circunstancias o hechos fundamentales de las pretensiones de la demanda.
- d) Que las normas citadas en el capítulo de la demanda: Disposiciones violadas y Concepto de Violación, numerales 1o., 2o., 3o., 4o. literal b) y 5o., si han sido violadas por los actos administrativos acusados (Resoluciones 0342 y 0395 Gerencia E.P.A.) por ser aplicables al caso controvertido por analogía (artículo 8o. de la Ley 153 de 1.887) y conforme a la sentencia de esa Honorable Corporación transcrita en parte dentro de la que es materia de este recurso".

Concluido el trámite del recurso de alzada y no encontrándose causal que invalide lo actuado, se procede a decidirlo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El actor pretende la declaración de nulidad de las Resoluciones números 342 y 395 de abril y mayo de 1.978 de la Gerencia General de las Empresas Públicas de Armenia, que negaron el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el actor en su calidad de Auxiliar de Caja de tales empresas desde el 31 de marzo de 1.984 hasta el 25 de agosto de 1.986, lapso que duró la suspensión, así como la diferencia existente entre el salario que devengó desde la última fecha mencionada hasta el 13 de mayo de 1.987, lapso en que desempeñó el cargo de Revisor Codificador, que tenía inferior remuneración.

Conviene señalar que el demandante pide la nulidad de las Resoluciones 342 de abril 13 y 395 de mayo 6, ambas de 1.987, como premisa de su pretensión de restablecimiento del derecho que consiste en el pago de sueldos y prestaciones durante el lapso en que estuvo suspendido en el cargo por decisión judicial y de la diferencia salarial entre el cargo de Auxiliar de Caja de que era titular antes de la suspensión y el de Revisor Codificador a que se le reintegró después del sobreseimiento.

A.- Para una mejor comprensión de la situación, se resumen los hechos básicos a continuación.

1.- Como consecuencia de la decisión judicial de sobreseer al actor, la entidad demandada expidió la Resolución No. 760 de agosto 25 de 1.986 para disponer "el

reintegro del señor Jairo Londoño Londoño, en forma provisional al cargo de Revisor Codificador ...con una asignación mensual de treinta y seis mil novecientos sesenta pesos (\$36.960.00)." (Fol. 15)

2.- En marzo 25 de 1.987 reclamó contra la Resolución 760 de haberse reintegrado a un cargo de inferior categoría y remuneración y el no haberse pronunciado sobre los salarios dejados de percibir durante la suspensión judicial basada en denuncia penal formulada por la entidad (Fol. 23).

3.- En respuesta, la entidad demanda, en Resolución 342 de abril 13 de 1.987 se refiere a la petición de pago de sueldos desde el momento de la suspensión hasta el reintegro y niega ese pago con fundamento en que "Empresas Públicas de Armenia se encuentra exenta de pago de los salarios, toda vez que no se da la fuerza mayor señalada en el artículo 64 del Código Civil subrogado por la ley 95 de 1.890, puesto que la suspensión del cargo obedeció a un auto de autoridad judicial." (Fol. 25).

4.- En el recurso de reposición interpuesto contra esta Resolución dice el actor que se le resolvió *parcialmente* su reclamación administrativa pues no hubo pronunciamiento sobre el hecho de haberse desmejorado al reintegrarlo, ni sobre la petición subsidiaria de pago de salarios entre el 10 de febrero de 1.986, fecha del sobreseimiento, y el día del reintegro. (Fol. 27).

5.- Por Resolución 395 de mayo 6 de 1.987 se resuelve la reposición en forma adversa con fundamento en que "contra la resolución número 760 de 25 de agosto de 1.986 que ordenó su reintegro y le asignó el salario mensual, el quejoso no interpuso en tiempo ningún recurso, por lo que se encuentra en firme..." (Fol. 28).

Como puede verse, esta Resolución se limita a refutar argumentos del memorial de reposición, sin pronunciarse sobre los fundamentos en que se sustenta la Resolución impugnada, que allí se confirma. Lo hace así porque el recurrente, lejos de atacar esos fundamentos, fija su atención en lo que la Resolución recurrida *omite decir*. De todas maneras, las dos Resoluciones cubren los dos aspectos principales de la reclamación, a saber, el pago de sueldos durante la suspensión judicial y el pago de la diferencia salarial desde el reintegro hasta la declaración de insubsistencia. No se hace mención de la petición subsidiaria, la cual queda incluida en la primera, o sea el lapso comprendido entre el sobreseimiento judicial y el reintegro al cargo.

B.- Según se lee en el capítulo de la demanda sobre normas violadas y concepto de la violación, la argumentación del actor gira en torno al pretendido derecho a la remuneración devengada antes de la suspensión judicial, que le fue desconocido, según alega, al reintegrarse a un cargo inferior por Resolución 760 de 1.986 y que se deriva del hecho mismo del sobreseimiento. Se trata, en suma, del pago de la diferencia salarial entre el cargo de Auxiliar de Caja, que era el anterior, y el de Revisor Codificador, al que fué reintegrado.

Para tener derecho a esta diferencia, habría sido necesario que el actor enjuiciase la Resolución No. 760 de agosto 25 de 1.986, por la que se le reintegró al cargo de

Revisor Codificador tras el sobreseimiento judicial. Pero tal acto, no solamente no aparece enjuiciado sino que es citado como disposición violada por las Resoluciones 342 y 395 que se acusan en la demanda.

La conformidad del actor con lo decidido en la Resolución 760 resulta obvia. Así se hace notar también en la Resolución 395, donde se lee que "contra la Resolución número 760 del 25 de agosto de 1.986 que ordenó su reintegro y le asignó el salario mensual, el quejoso no interpuso en tiempo ningún recurso, por lo cual se encuentra en firme..." (Fol. 28).

Dados estos presupuestos, carece de fundamento la pretensión.

C.- En lo que respecta al segundo punto, pago de remuneración y prestaciones durante la suspensión judicial, observa la Sala que las normas invocadas no sirven de adecuado soporte a la pretensión.

La ley 25 de 1.974, por medio de la cual se expidieron normas sobre la organización y funcionamiento del Ministerio Público y régimen disciplinario, es citada sin especificar a cuál de sus artículos se refiere la acusación, como bien lo hace notar el Tribunal. Respecto de la ley 13 de 1.984 y el decreto reglamentario 482 de 1.985, corresponde recordar que sus normas se refieren a empleados del orden nacional, no aplicables, por lo mismo, a nivel local sino a partir de la vigencia de la ley 49 de diciembre 4 de 1.987, cuyo artículo 10° dispone:

"Mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1.984 y su Decreto reglamentario 482 de 1.985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional."

Por otra parte, no vienen al caso las disposiciones invocadas de los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973.

En lo que atañe a las normas constitucionales, la Sala ha tenido oportunidad de expresar el criterio de que estos preceptos no pueden sufrir quebranto directo por parte de un acto administrativo sino en forma indirecta a través de las disposiciones legales que las desarrollan.

Conviene hacer notar, finalmente, que sólo en caso de suspensión administrativa de un empleado que es investigado por infracción disciplinaria, procede el pago de sueldos si posteriormente resulta absuelto de la imputación.

Otra cosa ocurre en la investigación de carácter penal a consecuencia de denuncia formulada ante un juez, cuando el funcionario ordena la suspensión para dar aplicación a una medida de aseguramiento o detención preventiva. No se trata aquí de una decisión de la administración cuyas consecuencias deba asumir ésta si no se acredita la infracción.

En estas circunstancias, tampoco ésta pretensión está llamada a prosperar.

Comparte la Sala plenamente los criterios expuestos por el *A QUO* en la sentencia que se revisa, donde se analizan con detenimiento los planteamientos de la demanda frente a las disposiciones legales invocadas, por lo que se impone su confirmación.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de siete (7) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 6 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

SINDICATOS/ACTO ADMINISTRATIVO - Aclaración

Se sostiene en la demanda que sólo a través de los recursos es posible un acto administrativo, razonamiento que no comparte la Sala puesto que no existe ninguna norma que prohíba tal aclaración o que le fije término. La situación particular y concretada podía ser aclarada a petición del sindicato que se hallaba en tal situación.

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

Bogotá, D.E. trece (13) de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente No. 1514. Resoluciones Ministeriales. Actor: Compañía Nacional de Vidrios S.A. "Conalvidrios".

Mediante apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad, la Compañía Nacional de Vidrios S.A. -CONALVIDRIOS- solicitó al Consejo de Estado decretar la nulidad de la Resolución No. 02126 del 28 de junio de 1.984, originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La demanda se fundamentó en estos antecedentes:

1º.- "El Sindicato de Trabajadores de la Empresa Cristalería Peldar, de primer grado y base, solicitó al Ministerio del Trabajo el cambio de su razón social (por la de Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares) y la aprobación de una reforma de estatutos. (En realidad lo que pidió fue la transformación de un sindicato de base en uno industrial).

2°.- El Ministerio de Trabajo, partiendo del supuesto de que quien hacía la solicitud era el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industrial Vidriera y Similares (Sindicato de Industria) y creyendo que a éste le había sido reconocida su personería jurídica, por medio de la resolución 804 de junio 30 de 1.955 aprobó sólo la reforma estatutaria impetrada profiriendo al efecto la resolución No. 0893 del 13 de junio de 1.959.

3°. Esta sedicente organización sindical, luego de varias reformas estatutarias, cambió la razón social con la que venía operando por la de Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares "Sintrainduvidrios", con la que pidió al Ministerio ya nombrado que mediante Acto Administrativo le ratificara su personería jurídica previas consideraciones sobre la legalidad de su existencia desde el año de 1.955 hasta la actualidad" y, subsidiariamente, la corrección de la resolución No. 0893 del 13 de julio de 1.959 para que dijera que la reforma de estatutos aprobada mediante tal resolución había sido presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Cristalería Peldar.

4°.- El Ministerio de Trabajo resolvió esta petición por medio de la Resolución No. 2126 del 28 de junio de 1.984 accediendo no solamente a las peticiones principales sino también a la subsidiaria y haciendo declaraciones sobre la existencia de la citada organización."

Como disposiciones violadas con el acto acusado citó: artículos 50, 73, 69, 246 y 267 del C.C.A.; artículo 4° del Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 26 de 1.976; artículo 309 del C.P.C.; artículo 485 del C.S.T. y artículo 41 del Decreto-Ley 2351 de 1.965. Se expresó el concepto de la violación, dentro del cual se hizo alusión a otros artículos del Código Sustantivo del Trabajo.

Reconstruido el proceso por auto de 5 de junio de 1.987, quedó en estado de resolver sobre la solicitud de pruebas formulada en la demanda y su contestación.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado pide a la Sala un fallo inhibitorio, por inepta demanda, puesto que, en su opinión, debió haberse demandado, simultáneamente con la Resolución 02126 de 1.984, la aclarada por ésta, o sea la número 0893 de julio 13 de 1.959, también originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto consiste en dilucidar si se ajusta, o no, a derecho, la Resolución 2126 de junio 28 de 1.984, originaria del Ministro de Trabajo y Seguridad Social,

por medio de la cual se resolvió una petición de revocatoria directa y en cuyo texto se dispuso, en lo pertinente:

"Artículo Primero.- Aclárase que la organización sindical, sujeto activo de los actos sindicales de reforma estatutaria cambió de razón social, calidades para ser afiliado y representatividad por delegados, fue el "Sindicato de Trabajadores de Cristalería Peldar", de primer grado y de base, con personería originaria o primaria otorgada por medio de la Resolución número 0804 de junio 30 de 1.955, a quien le fue aceptada para continuar su vida jurídica, sin discontinuidad ninguna, como "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares", de primer grado y de industria, en la Resolución número 0893 de junio 30 de 1.959.

"Artículo segundo.- Aclárase que la existencia legal, la vigencia de personería, la representación, con sus efectos jurídicos, vienen surtiendo sus efectos plenos desde cada publicación en el Diario Oficial...

"Artículo tercero.- Ordénase la inscripción en la División de Relaciones Colectivas -Departamento de Archivo y Registro Sindical-, con la anotación en el expediente correspondiente" (fl. 106).

Puede observarse fácilmente, que en este caso no se produjo propiamente una revocatoria de la Resolución No. 893 de 1.959, sino una aclaración de la misma, para precisar que fue el "Sindicato de Trabajadores de Cristalería Peldar", de primer grado y de base, el que solicitó la aprobación de reformas estatutarias que lo convirtieron en Sindicato de Industria denominado "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares", reforma que fue aprobada por la Resolución 893 de 1.959 y que por tanto debe entenderse que el Sindicato de primer grado y base y continuó su vía jurídica como un Sindicato de Industria, sin necesidad de nuevo reconocimiento de personería jurídica.

Estima la Sala que por haberse proferido este acto no como consecuencia de recursos interpuestos por vía gubernativa contra la Resolución 893 de 1.959, tiene existencia independiente y puede ser demandado sin que necesariamente se acuse la Resolución de 1.959 a la cual se refiere.

Por tanto no es inepta la demanda como lo sugiere el señor Fiscal, y debe analizarse el fondo del asunto.

Procede dilucidar entonces, si esta decisión infringe las disposiciones citadas en la demanda.

Son ellas, como ya se dijo, los artículos 50, 69, 73, 246 y 267 del C.C.A.; el artículo 4° del Convenio No. 87 de la OIT ratificado por la Ley 26 de 1.976; el artículo 309 del C. de P.C.; el artículo 485 del C.S. del T. y el 41 del Decreto 2351 de 1.965.

El artículo 50 del C.C.A. establece los recursos procedentes por vía gubernativa y señala cuáles son sus finalidades: que se aclare, modifique o revoque un acto administrativo.

Sostiene la demandante que sólo a través de los recursos es posible aclarar un acto administrativo, razonamiento que no comparte la Sala puesto que no existe ninguna norma que prohíba tal aclaración o que le fije término.

La situación particular y concreta creada por la Resolución 893 de 1.959, podía ser aclarada a petición del Sindicato que se hallaba en tal situación, y eso fue lo ocurrido en este caso.

El artículo 69 del C.C.A. consagra las causales de revocación directa de un acto administrativo y el 73 prescribe que cuando el acto hubiere creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, para su revocatoria directa es preciso el consentimiento expreso y escrito del titular.

Se dijo anteriormente que la Resolución 2126 de 1.984 no revoca directamente lo resuelto por la No. 893 de 1.959; simplemente aclara que quien pidió aprobación para una reforma de estatutos fue el Sindicato de Trabajadores de Cristalería Peldar y no el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Vidriera y Similares que es como pasó a denominarse el primero luego de la reforma estatutaria cuya aprobación se mantiene.

Si bien es cierto que el Ministerio en los considerandos de la resolución acusada invocó los artículos 69 inciso 3° y 73 y 74 del C.C.A., lo hizo para significar que si aclaraba la resolución expedida en 1.959, ello obedecía a la petición elevada por el Sindicato que se estaba perjudicando con la confusión creada por el error en ella consignado.

La decisión en sí misma no queda afectada en su validez por la cita de tales disposiciones. Su legalidad dependería de otras normas que no fueron invocadas y de circunstancias de hecho que mostrarán por ejemplo que un sindicato de base no puede transformarse en uno de industria, o que la reforma estatutaria aprobada no se ajustaba a la naturaleza y características de un sindicato de industria, ya que eso es lo sustancial de la decisión.

En el capítulo destinado al concepto de la violación se mencionan normas tales como los artículos 357, 360, 361, 364 y 407 del C.S. del T., unas aplicables y otras no, a la situación planteada.

Lo cierto es, que no cuenta la Sala con elementos de juicio para establecer si habían razones o no para aprobar o improbar esa reforma de estatutos y para considerar transformado en Sindicato de Industria el que antes era de base; y aún cuando los tuviera, el reconocimiento de esa transformación se hizo en la resolución expedida en 1.959, la cual no fue acusada. La proferida en 1.984 se limita a hacer claridad acerca de cuál sindicato pidió la aprobación de la reforma

y a mantener lo dispuesto en 1.959. Luego no fue esta última la que pudo infringir las disposiciones que tangencialmente se citan.

Los artículos 146 y 267 del C.C.A., nada tienen que ver con el caso debatido pues el uno se refiere a aclaración de sentencias y el otro a la forma como se llenan los vacíos en los aspectos no regulados por el Código.

Sin entrar a analizar su vigencia, dirá la Sala que el artículo 4° del Convenio 87 de la OIT, ratificado por la Ley 26 de 1.976 según el cual la existencia de un sindicato y el reconocimiento de la personería jurídica no pueden depender de funcionarios administrativos, tiene un significado diferente al que se pretende en el libelo. Quiere decir, que si un sindicato cumple los requisitos exigidos para su fundación, las autoridades administrativas no pueden negarse al reconocimiento de su personería jurídica y una vez reconocida no les es permitido desconocerla. Por tanto esta norma serviría mas bien para afianzar la legalidad del acto atacado.

Lo mismo cabe afirmar de los artículos 485 del C.S. del T. y 41 del Decreto 2351 de 1.965, porque una vez aprobada la reforma de estatutos y el cambio de denominación del Sindicato en 1.959, no podía el Ministerio revocar esa aprobación so pena de incurrir en la prohibición de definir controversias cuya decisión está atribuída a los jueces.

Finalmente, tampoco se viola el artículo 309 del C. de P.C., artículo que la Resolución 2126 en ninguna parte menciona, y que se refiere a la aclaración de sentencias, por no ser aplicable respecto de actos administrativos.

No habiendo sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, deben negarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda instaurada por la Compañía Nacional de Vidrios S.A. "CONALVIDRIOS".

Reconócese como apoderado de la Compañía Nacional de Vidrios S.A. "CONALVIDRIOS", al Doctor Alvaro Díaz-Granados Goenaga, ante la renuncia de la apoderada que venía actuando en el proceso, la cual se acepta.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 31 de Octubre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

SINDICATO DE INDUSTRIA-Inexistencia

Rama industrial es el conjunto de empresas pertenecientes a un sector industrial determinado por ejemplo, la industria textil, la industria metalúrgica del cuero, la industria del vidrio. A juicio de la Sala el cooperativismo como tal no es una industria; es un sistema asociativo. Siendo tan disímil la propia naturaleza de las actividades desarrolladas por cada una de las cooperativas integrantes del sindicato llamado Sintralsencoop y apareciendo evidente que quienes sirven a cada una de ellas no laboran en una rama industrial, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podía considerar la existencia de esa unidad en rama industrial para conceder la personería jurídica que otorgó por medio de la resolución controvertida.

Es NULA la Resolución número 01105 (abril 9) de 1.984, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la cual se reconoció personería jurídica a la organización de primer grado y de industria denominada "Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio de las Entidades Cooperativas, Sintralsencoop".

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

Bogotá, D.E. trece (13) de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente No. 2370. Resoluciones Ministeriales. Autora: Mary Becerra Gómez.

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la doctora Mery Becerra Gómez pidió al Consejo de Estado hacer las siguientes declaraciones:

PRIMERA.- "Que es nula la Resolución No. 01105 expedida por el Señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el día nueve (9) de abril de 1.984, mediante la cual se le reconoció personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de industria denominada "SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS SINTRALSENCOOP", con domicilio en la ciudad de Tunja, en el departamento de Boyacá, se aprobaron los respectivos estatutos, los cuales fueron adoptados en la reunión celebrada en Tunja el día veintidós (22) de octubre de 1.983; se le ordenó a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo la anotación e inscripción correspondiente en el Registro Sindical de la Junta Directiva Provisional del mencionado Sindicato y su Presidente; se dispuso la respectiva publicación en el Diario Oficial; y se preceptuó el envío a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del correspondiente ejemplar por medio del cual se hizo la publicación de rigor.

SEGUNDA.- Que una vez decretada la nulidad solicitada, se ordene consecuentemente la cancelación de la anotación e inscripción correspondientes".

Fundamentó su demanda en los siguientes

HECHOS:

I. "Un grupo de trabajadores perteneciente a las cooperativas denominadas: (véase notificación de la Resolución de Personería Jurídica y aviso a las cooperativas cuyos trabajadores integraron el sindicato):

- 1) COOPERATIVA DE TRANSPORTES COLONIA "COOTRANSCOL" LTDA.
- 2) COOPERATIVA MULTIACTIVA DE EDUCADORES DE BOYACA LTDA.
- 3) CASA NACIONAL DEL PROFESOR SOCIEDAD COOPERATIVA "CANAPRO" LTDA.
- 4) CAJA POPULAR COOPERATIVA LTDA.
- 5) COOPERATIVA ESPECIALIZADA DE AHORRO Y CREDITO DE LOS TRABAJADORES DE ELECTRIFICADORA DE BOYACA LTDA.
- 6) COOPERATIVA MINERA DE BOAVITA LTDA.
- 7) COOTRANSDICOBOY.

Todas con sede en la ciudad de Tunja, el día veintidos (22) de octubre de 1.983, constituyeron una organización sindical de primer grado y de **industria** denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS "SINTRALSENCOOP", con domicilio en esa misma ciudad de Tunja, y con miras a hacer extensivo su movimiento a todo el territorio nacional, para que agrupe el mayor número de entidades pertenecientes a la "Industria Cooperativa" del país.

2.- En la mencionada reunión del veintidós (22) de octubre de 1.983, tal como consta en el acta de fundación, de esa misma fecha, se aprobaron los estatutos que definen claramente en su artículo 1° que se trata de una organización sindical de *primer grado y de industria*; se eligió provisionalmente, su presidente, junta directiva y secretario, y se omitió el nombramiento de tesorero y fiscal del sindicato.

3.- Las entidades cooperativas mencionadas en el hecho 1° de esta Demanda y cuyos trabajadores pertenecen al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS "SINTRALSENCOOP", tal como lo sugieren sus solas razones sociales cumplen todas actividades diferentes, la mayor parte de ellas son empresas de servicios y particularmente de ahorro y crédito, actividades completamente ajenas al sector industrial, como para que pueda entenderse que se trata de **trabajadores pertenecientes a varias empresas de una misma rama industrial**, postulados indispensablemente para poder clasificar un sindicato como de "industria" al tenor de lo expresado por el literal b) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo.

4.- Efectuado el trámite administrativo ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el reconocimiento de personería jurídica de la organización sindical, tal Ministerio, no obstante las omisiones antes señaladas y sin estudiar previamente los estatutos de todas las cooperativas comprometidas, único medio para determinar el que los objetivos de todas ellas pertenezcan a una misma **rama industrial** (de ello no hay constancia en el expediente administrativo que con tal fin abrió el Ministerio de Trabajo); en forma arbitraria y caprichosa clasificó el naciente sindicato como de "industria" y expidió en consecuencia, la Resolución No. 1105 del 9 de abril de 1.984, por medio de la cual otorgó personería jurídica a la organización sindical, se aprobaron los estatutos y se ordenó a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo la anotación e inscripción correspondiente en el Registro Sindical de la Junta Provisional y su presidente, igualmente, se dispuso su publicación en el Diario Oficial.

5.- De la Resolución No. 01105 del 9 de abril de 1.984, se dio traslado a la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Boyacá, con el fin de efectuar notificación personal de la misma al Presidente del Sindicato y a los Representantes legales de las cooperativas mencionadas en el hecho 1° de esta demanda.

Las notificaciones se surtieron así: el día 25 de abril de 1.984, se notificó personalmente al señor HERNANDO ARIAS MOLANO, presidente del Sindicato; el día 27 de abril de ese año, se notificó personalmente al señor JOSE DEL CARMEN OVIEDO, gerenta de CANAPRO BOYACA; el día 4 de mayo de 1.984, se notificó personalmente al señor PABLO ELIAS RIVERA TORRES, gerente de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES COLONIAL, y, por edicto fijado el día 7 de mayo de 1.984 supuestamente se notificó a las otras cooperativas, por ser parte legalmente interesada, en el contenido de la mencionada resolución.

6.- En el texto de las notificaciones mencionadas en el punto anterior, y en el edicto emplazatorio fijado con tal fin, no se indicaron los recursos que legalmente procedían contra la decisión tomada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; tampoco se indicaron las autoridades ante quienes debía interponerse y se omitió señalar los plazos para hacerlo violando es esta forma lo preceptuado por el artículo 47 del C.C.A.

Igualmente, el edicto no especifica quiénes son sus destinatarios ni existe prueba de que se hubiesen adelantado las diligencias previas y propias de esta clase de notificación, como las constancias del envío de las citaciones; según lo establece el artículo 44 de C.C.A.

7.- La Resolución No. 1105 del nueve (9) de abril de 1.984, por la cual se reconoció personería jurídica al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS "SINTRALSENCOOP", no obstante las irregularidades señaladas, se declaró legalmente ejecutoriada y agotada la vía gubernativa por no haberse interpuesto en tiempo los recursos, conforme lo expresa la constancia de día 12 de julio de 1.984 suscrita por la doctora CECILIA ALDANA DE PARRA, Jefe de la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

8.- Se efectuó la publicación de la mencionada Resolución en el Diario Oficial No. 36756 del vintiocho (28) de septiembre de 1.984, según consta en la certificación expedida el diecinueve (19) de noviembre de 1.986 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

Exponiendo el respectivo concepto de la violación, la demanda citó como vulneradas con el acto acusado estas disposiciones: C. S. T., artículos 356 literal b), 361 y 366; C. del C., artículos 20-12 y 25; D.L. 1598 de 1.963, artículo 8°; artículo 47 del C.C.A.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo estima que las peticiones de la demanda deben recibir despacho favorable.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad en la actuación, procede la Sala a proferir sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución 01105 de abril 9 de 1.984, por medio de la cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoció "Personería Jurídica a la Organización del Primer Grado y de Industria, denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS "SINTRALSENCOOP", con domicilio en el Municipio de Tunja, Departamento de Boyacá", aprobó los estatutos, dispuso inscribir la Junta Directiva provisional en el registro sindical y ordenó su publicación en el Diario Oficial.

El ataque central de la demanda se dirige a sostener que la Resolución enjuiciada es ilegal en cuanto reconoce personería jurídica a una organización sindical que no es de **industria**, en los términos establecidos en el artículo 356 literal b) del C.S. de T.

Esta disposición determina: "Los sindicatos de trabajadores se clasifican así: ... b) De industrias, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial".

En este caso, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social consideró que los trabajadores al servicio de la organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES COOPERATIVAS -SINTRALSENCOOP- laboraban dentro de una misma **rama industrial** y era viable, en consecuencia, el reconocimiento de personería jurídica como a un sindicato de industrias.

Rama Industrial es el conjunto de empresas pertenecientes a un sector industrial determinado por ejemplo, la industria textil, la industria metalúrgica, la industria del cuero, la industria de vidrio.

A juicio de la Sala el cooperativismo como tal no es una industria; es un sistema asociativo.

Pero de cualquier manera, sería consultando el objetivo de cada una de las cooperativas en las cuales trabajan los fundadores de SINTRALSENCOOP como podría saberse si en verdad el Sindicato está conformado por trabajadores al servicio de una misma rama industrial, aceptando en gracia de discusión que el cooperativismo sea una industria.

Se tiene, entonces, el objetivo de cada una de las cooperativas así:

a) Cooperativa de Transportadores Colonia Ltda., -COOTRANSCOL-: "El objetivo de las actividades de la Cooperativa será (sic) la prestación del servicio público automotor en el territorio de sus operaciones" (fl. 246).

b) Cooperativa de Transportadores de Combustibles y Carga Común, COOTRANSDICOBOY: "El objeto de las actividades de la Cooperativa es el de prestar un servicio de transporte de Combustibles y de Carga Común a sus co-operadores (sic) y a terceros en los vehículos automotores que para estos fines se requiera" (fl. 295).

c) Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá Ltda. - COEDUCADORES-:

"Son objetivos de la Sociedad:

1. Organizar el Sector Educativo de Boyacá básicamente en los aspectos de Empresa, Solidaridad y Servicio.

2. Programar, organizar y prestar servicios de utilidad común a sus socios.

3. Canalizar recursos y ponerlos al servicio de los afiliados pro medio de planes de desarrollo.

4. Propiciar la Educación Cooperativa a sus socios formando líderes verdaderamente conscientes y capaces.

5. Ser instrumento de consolidación de la unión gremial.

6. Romper con la dependencia del mercado a través de la implantación planificada de programas de PRODUCCION en las distintas ramas de la actividad económica.

7. Ser instrumento real de cambio social, económico, cultural y político..." (fl. 342).

d) Caja Popular Cooperativa Ltda.:

"El objetivo principal de la cooperativa es el de prestar los siguientes servicios:

a) CREDITO ...

b) DEPOSITOS ...

c) SERVICIOS ESPECIALES (fl. 343).

Otros servicios de orden estrictamente financiero (fl. 343).

e) Cooperativa Minera de Boavita Ltda.:

SECCION SEGUNDA

"El objetivo primordial de la Cooperativa será la prestación de sus servicios a los socios, sin embargo, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, podrá cuando lo juzgue conveniente en razón del interés social o del bienestar colectivo, autorizar la extensión de servicios al público no afiliado" (fl. 344).

f) Cooperativa Especializada de Ahorro y Crédito de Trabajadores de Electrificadora de Boyacá Ltda. -CEDACTEB LTDA.-

"El objeto de las actividades de la Cooperativa será:

1. Estimular y captar ahorros de los socios.
2. Prestar servicios de Crédito a los socios encaminados a buscar el mejoramiento de sus condiciones de vida.
3. Impartir educación Cooperativa y promover actividades culturales.
4. Realizar Actividades propias del Cooperativismo encaminadas a solucionar necesidades de los asociados" (fl. 373).

Como se observa de la transcripción anterior sobre el objetivo de las Cooperativas cuyos trabajadores conformaron a SINTRALSENCOOP, se trata de organizaciones que están muy lejos de pertenecer a una misma "rama de actividades": COOTRANSCOL y COOTRANSDICOBOY se dedican, la una al servicio público de transporte en general, la otra al transporte de combustibles y de carga común; COEDUCADORES atiende lo relativo al sector educativo va prestando servicios de utilidad común; la CAJA POPULAR COOPERATIVA endereza sus actividades al manejo financiero de créditos, depósitos especiales; la COOPERATIVA MINERA DE BOAVITA LTDA. y CEDACTEB LTDA., prestan servicios a sus socios en asuntos tales como captación de ahorros, crédito y préstamos "encaminados a solucionar las necesidades de los asociados".

Siendo tan disímil la propia naturaleza de las actividades desarrolladas por cada una de las Cooperativas integrantes del Sindicato llamado SINTRALSENCOOP y apareciendo evidente que quienes sirven a cada una de ellas no laboran en una misma **rama industrial** -no es lo mismo el transporte de combustible y carga común que el crédito educativo o de mejoramiento personal-, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podía considerar la existencia de esa unidad en rama industrial para conceder la personería jurídica que otorgó por medio de la Resolución controvertida.

Al estar probado que no se trata de organización que agrupe trabajadores al servicio de una misma **rama industrial**, la presunción de legalidad del acto acusado se quebranta y éste en consecuencia, debe anularse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1°. Es nula la Resolución No. 01105 (abril 9) de 1.984, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la cual se reconoció personería jurídica a la organización de primer grado y de industria denominada 'Sindicato Nacional de Trabajadores al Servicio de las Entidades Cooperativas - SINTRALSENCOOP', con domicilio en el Municipio de Tunja.

2°. Cancélese la inscripción en el registro sindical correspondiente.

Cópiese, notifíquese y en firme este proveído archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 31 de Octubre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, (Ausente), Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

REGIMEN PRESTACIONAL/CONGRESO/COMPETENCIA

Como quiera que el Acto Legislativo número 1 de 1.968, al subrogar el primitivo artículo 187 de la Constitución, suprimió la atribución que antes tenía en ese aspecto y otorgó al Congreso la facultad atinente al régimen jubilatorio, salvo que se otorguen por el mismo Congreso las facultades en cuestión, desapareció de la vida jurídica el artículo 97 de la Ley 4ª de 1.913 (C. de R.P. y M.).

Confirma la Suspensión Provisional de los efectos de los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza Número 57/66 (noviembre 30), expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

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

Bogotá D.E., quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 5250. Apelación Interlocutorios. Actor: Armando Bonilla Triana.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Jesus María Nieto Rubio como parte impugnadora contra el auto de 10 de julio del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto suspendió provisionalmente en sus efectos *los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza No. 57 de 30 de noviembre de 1.966* expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

Rezan los mencionados artículos de Ordenanza:

"ARTICULO 25. Las pensiones de jubilación de maestros serán decretadas por la Secretaría de Educación Pública, tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años de servicios continuos o discontinuos en el ramo oficial, sin consideración a su edad. La documentación la formará exclusivamente la Secretaría con base en la Hoja de Vida del personal docente. Parágrafo.- Dentro de los veinte años de servicio requeridos para tener derecho a la jubilación, se computará el tiempo trabajado como Inspector o Supervisor Escolar y como Director o Profesor de establecimientos oficiales de segunda enseñanza, ya sea esta normalista, comercial o de bachillerato.

ARTICULO 26.- Los maestros que hubieren servido en el Magisterio Oficial del Tolima durante quince (15) años, y otros cinco (5) por lo menos en establecimientos privados, impartiendo enseñanza primaria o secundaria en el Departamento, tendrán derecho a la pensión de jubilación.

ARTICULO 27.- Así mismo tendrán derecho a la pensión de jubilación los maestros que, después de servido en el Magisterio Oficial del Tolima por quince años continuos o discontinuos, fueron declarados por el servicio médico de la Caja en incapacidad física para ejercer la actividad docente, como consecuencia de enfermedad adquirida con ocasión de sus funciones."

Para acceder a la medida provisionaria el Tribunal acoge los argumentos de la parte demandante que arguye que los artículos 25,26 y 27 de la Ordenanza infringen manifiestamente los artículos 62 y 76, ordinales 9 y 10, 182, inciso 1º y 187 de la Constitución Nacional que otorgan exclusivamente al Congreso la competencia para crear prestaciones sociales y establecer las condiciones para adquirir el derecho a la jubilación.

A continuación transcribe el Tribunal el texto del artículo 62 de la Carta, que dice que la ley determinará entre otras cosas, "...las condiciones de **ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público**". De otra parte que el artículo 76, numeral 10, atribuye al Congreso la facultad de regular los otros aspectos del servicio público, tales como las contempladas en el artículo 62. Y por último, que el artículo 182 de la misma Carta otorga a los departamentos independencia administrativa para los asuntos seccionales, pero con las limitaciones que establece la Constitución. Y a su vez el artículo 187 *ibídem* contempla las funciones de las Asambleas Departamentales, entre ellas, a través de ordenanzas, para determinar la estructura de la administración seccional, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

Concluye el Tribunal que los artículos 25, 26, y 27 de la Ordenanza regulan

aspectos para los cuales la Asamblea Departamental no tiene competencia y concretamente sobre las condiciones para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, puesto que ello está reservado a la ley que expida el Congreso.

En la sustentación del recurso de alzada argumenta la parte impugnadora que ciertamente el artículo 62 de la Carta establece la legalidad imperiosa de los regímenes prestacionales de los funcionarios públicos, pero que el demandante no tuvo en cuenta que para la época de expedición de la Ordenanza aún estaba vigente el numeral 4o. del artículo 97 de la ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) que establecía, como una de las atribuciones de las Asambleas:

"La facultad de decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar, y que no será menor de quince años."

Así, afirma la parte recurrente, que para 1.966, año de la Ordenanza, las Asambleas Departamentales estaban legalmente facultadas para crear pensiones de jubilación, con la limitación de exclusividad para maestros y maestras de escuelas oficiales, que hubieran servido por un tiempo, que las mismas Asambleas determinarían, que no podía ser inferior a quince (15) años de servicio. Y que al hacer una confrontación de esas limitaciones que contemplaba la norma con las facultades ejercidas por la Asamblea a través de los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza, infiere que no hubo violación del artículo 62 de la Carta, al ajustarse tales artículos a la norma, vigente para ese entonces, afianzando en esa forma su legalidad.

Agrega la parte recurrente, después de transcribir apartes de una sentencia de 17 de noviembre de 1.982 sobre la materia, de la cual fue ponente el doctor Joaquín Vanin Tello, que no pudo haber violación de los cánones constitucionales por los mencionados artículos de la Ordenanza, Puesto que esa prohibición para las Asambleas Departamentales para crear pensiones de jubilación **emana del acto legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1.968** y, por lo mismo, la **ordenanza que fue expedida con dos años de antelación (1.966)** mal puede violar tales cánones.

SE CONSIDERA:

No cabe duda que el régimen prestacional de los empleados públicos, ya del orden nacional, ya departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital, es estrictamente legal, es decir, que atañe privativamente al Congreso establecerlo o al presidente de la República investido de facultades extraordinarias. De ahí que precisamente por una ley, la 4a. de 1.913, o sea, el Código de Régimen Político y Municipal con base en el numeral 11 del artículo 187 de la Constitución Nacional facultaba en su artículo 97, numeral 4º, a las Asambleas Departamentales

mentales, para decretar pensiones a los maestros y maestras de escuelas oficiales, como lo hizo la Asamblea Departamental del Tolima en la Ordenanza tantas veces mencionada en sus artículos pertinentes. Materia ésta bien estudiada en la sentencia invocada por la parte recurrente a la cual también se remite la Sala, cuyos apartes respectivos se transcriben como sigue:

"Corresponde normalmente al Congreso y al Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias, establecer o modificar el régimen de las prestaciones sociales de carácter oficial, según se desprende de los artículos 62, 76, atribuciones 1a. y 9a., que se refieren exclusivamente al orden nacional, 10o. y 12o.; Título XVIII, especialmente los artículos 187 y 197. De acuerdo con el artículo 62, el régimen jubilatorio es de carácter legal; de conformidad con la atribución 10 del artículo 76, corresponde al legislador regular los aspectos del servicio público distintos de los previstos en las anteriores atribuciones contempladas en el mismo artículo. El servicio público a que se refiere la norma comprende el que prestan las entidades territoriales. Por otra parte, no existe en la Constitución Nacional ninguna disposición que dé facultades a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales y mucho menos a Gobernadores y Alcaldes para regular el régimen de las prestaciones sociales, como sí sucede en lo que respecta a la estructura de la Administración Departamental y Municipal, la determinación de las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187, ordinales 5o. y 6o., en coordinación con el artículo 194, ordinal 9o. y artículo 197, atribuciones 3a. y 4a.).

Ciertamente el sistema de las prestaciones sociales es posterior a la Constitución de 1.886, que estableció las bases del régimen de la Administración Departamental y Municipal: pero las reformas constitucionales que se hicieron en este siglo, después de que se instituyeron en el país las prestaciones sociales, no otorgaron a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales la facultad de crearlas o de regular el régimen de ellas. Es muy dicente el hecho de que la Constitución de 1.886 reservó para el Congreso, en su artículo 62, la facultad de regular el régimen de la jubilación que obviamente no correspondía entonces al concepto de prestación social.

Por eso fue necesario que una ley, el Código de Régimen Político y Municipal, con base en lo dispuesto por la constitución Nacional, en el numeral 11) de su artículo 187, facultará en su artículo 97, ordinal 4o., a las Asambleas Departamentales "para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas Asambleas podrán determinar, y que no será menor de quince años"; y que otra ley, la 83 de 1.925, autorizará a las mismas asambleas "para decretar pensiones a favor de los deudos de los ciudadanos que como el alcalde o funcionarios de la policía recibieron muerte violenta a consecuencia del desempeño de sus deberes".

Fuera de la norma antes citada, el Código de Régimen Político y Municipal no contiene ninguna referente a prestaciones sociales, en cambio sí en lo que

atañe a creación de empleos, determinación de sus funciones y su remuneración (artículo 97, numerales 16 y 25). Lo mismo se establece respecto de los Concejos Municipales (art. 169, ordinal 4o.)".

Sin embargo de lo anterior, es claro que según el art. 9o. de la ley 153 de 1.887, "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente" y que "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente". Por lo tanto, como quiera que el acto legislativo No. 1 de 1.968, al subrogar el primitivo art. 187 de la Constitución, suprimió (art. 57) la atribución que enantes tenía en ese asepecto y otorgó sólo al Congreso la facultad atinente el régimen jubilatorio (art. 10, art. 76; art. 11, acto legislativo No. 1 de 1.968) -salvo que se otorguen por el mismo Congreso las facultades en cuestión (*ord. 12, ibidem-*), desapareció de la vida jurídica el art. 97 de la ley 4a. de 1.913 (C. de R.P. y M.), por lo que no aparece claro que, en adelante, puedan continuar vigentes los arts. 25, 26 y 27 de la ordenanza No. 57 de 30 de noviembre de 1.966. La suspensión provisional, entonces, aparece obvia.

De allí que la Sala haya de confirmar la providencia recurrida.

Por lo exuesto, SE RESUELVE:

Confírmase el auto de 10 de julio de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ACTO ADMINISTRATIVO/NULIDAD - Causales/VICIO DE FORMA

Una de las causales de anulación del acto es el "vicio de forma" que consiste en "la omisión o en la irregularidad de formas y procedimientos señalados por la ley" (Laubadére). De suerte que si el juez administrativo, halló que los actos declarados nulos por su fallo estaban viciados por cuestiones atinentes a formalidades inspiradas únicamente en interés de la administración sin que ellas tuvieran influencia alguna en la decisión en sí misma considerada, no encuentra la Sala que la sentencia aquí enjuiciada hubiera invadido, por ese hecho, esferas propias de la rama ejecutiva del poder público como lo aduce el recurrente, porque únicamente comparó el acervo probatorio y la situación individual del docente con la motivación relacionada con su conducta plasmadas en los actos. El restablecimiento del derecho está supeditado a que el derecho subjetivo del interesado exista, porque si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.

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

Bogotá D.E., quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 2339. Recurso extraordinario de anulación. Actor: Luis Francisco Ríos Pérez.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1.986), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio de única instancia

que tuvo origen en la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, incoó, por conducto de apoderado, el señor Luis Francisco Ríos Pérez.

I - LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La sentencia del Tribunal accedió a lo impetrado por el demandante en cuanto atañe a la declaración de nulidad de dos de los actos acusados ("el fallo sin fecha notificado el 28 de agosto de 1.981, por el cual la Junta de Escalafón Seccional Santander, resolvió: 1o. Calificar como hecho grave, la conducta asumida por el educador LUIS FRANCISCO RIOS PEREZ, identificado con la c.c. No. 13*813.835 de Bucaramanga (literal I, art. 46 y art. 47 del decreto 2277 de 1.979) quien no posee ningún grado en el Escalafón Nacional, y 2o.) La conducta observada por el educador en mención da lugar a la destitución del cargo (Num. 3o. Art. 49 Decreto 2277/79° y la Resolución No. 011 del 6 de mayo de 1.982, dictada por la Junta de Escalafón Seccional Santander, en el proceso disciplinario adelantado contra el mencionado educador Luis Francisco Ríos Pérez, por abandono del cargo de profesor de la Escuela Industrial 20 de julio, de Puerto Wilches), mas denegó declarar nulo el acto de fecha 27 de mayo de 1.983, de la misma Junta, que negó dar curso al recurso de apelación interpuesto en la vía gubernativa y todo lo atinente al pretendido restablecimiento del derecho, o sea la reincorporación al cargo que venía desempeñando, el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones y la declaración en el sentido de que no ha habido solución de continuidad en el servicio en el lapso transcurrido entre la separación del cargo y la reinstalación del docente.

Las consideraciones de fallo dicen lo siguiente:

"El señor LUIS FRANCISCO RIOS PEREZ fué vinculado a la docencia mediante Decreto No. 479 proferido por la Gobernación de Santander el 10 de marzo de 1.971, como maestro sin categoría, de la Escuela Rural San Fernando del Municipio de Cimitarra. Después de laborar en varios planteles de diferentes Municipios de Santander, por Decreto 2542 del 22 de septiembre de 1.978, fué nombrado "Instructor de Electricidad en el Instituto Eloy Valenzuela de Bucaramanga, cargo del cual tomó posesión el 2 de octubre siguiente.

"Para ingresar a este último empleo, en la respectiva 'Hoja de Vida' el señor Ríos Pérez afirmó poseer título de bachiller con 7 años de estudios en secundaria. No obstante, de las directivas del plantel surgieron dudas acerca de la idoneidad del profesor y como éste no demostró ser bachiller, solicitaron su remoción en varias oportunidades a la entidad nominadora.

"El 7 de mayo de 1.980, la Gobernación del Departamento produjo el Decreto No. 1123, por el cual el mencionado educador fué nombrado

profesor de tiempo completo en la Escuela Industrial 20 de Julio de Puerto Wilches, sin categoría en el Escalafón de Enseñanza Secundaria.

"De este empleo tomó posesión el 27 de agosto del mismo año y dos días después le fué concedida la licencia sin remuneración por 75 días. En diciembre de 1.980 y enero de 1.981, el profesor Ríos Pérez cobró salarios y el 16 de abril siguiente el Rector de la Escuela Industrial de Puerto Wilches informó al Jefe de Enseñanza Secundaria que el nombrado no se había presentado a laborar. Este oficio es un tanto confuso porque su fecha de emisión, como antes se dijo, data del 16 de abril, pero en su texto dice que hasta hoy 1° de abril del presente año no se ha hecho presente a laborar desde el 20 de enero".

"Con fecha 10 de abril de 1.981, la Gobernación emitió el Decreto No. 0673 ordenando la suspensión al referido educador "mientras se cumpla el proceso disciplinario".

"En escrito recibido por la Secretaría Privada de la Gobernación el 30 de abril de 1.980 (f. 11C.Ant.), el afectado solicitó derogar el decreto sobre suspensión y reintegrarlo al cargo de Instructor en el Instituto Eloy Valenzuela.

"El 25 de agosto de 1.980, la Oficina Seccional de Escalafón de Santander, inició investigación disciplinaria; el 11 de septiembre el sustanciador le notifica al investigado el Decreto de suspensión y le advierte que en el término de 10 días debe rendir descargos; el 29 de septiembre nombra apoderado para que lo represente en el proceso disciplinario; no consta la fecha, pero aparece un memorial suscrito por el apoderado rindiendo descargos a la vez que solicitan la práctica de pruebas.

"En la investigación administrativa se estableció que el profesor RIOS PEREZ en ningún momento cumplió la obligación de suministrar documentos que acreditaran su permanencia en la Educación Secundaria ni estaba inscrito en el Escalafón Nacional. (fls. 41 y 44).

"De los elementos de juicio existentes, la Junta Seccional de Escalafón dedujo responsabilidad al sobredicho profesor y lo declaró incurso en la causal de mala conducta contemplada por el literal 1 del artículo 46 y artículo 47 del Decreto 2277 de 1.979, sobre lo cual expresó que tal conducta daba lugar a destitución, según providencia sin fecha, notificada al apoderado del educador el 28 de agosto de 1.981, haciéndole saber que procedían los recursos de reposición y apelación. De esto último hizo uso el notificado, por escrito presentado el 31 del mismo mes.

"La Junta de Escalafón Seccional por auto del 18 de septiembre de 1.981, concedió el recurso de apelación presentado por el apoderado de Luis

Francisco Ríos, pero no envió el expediente, sino que expidió la Resolución No. 11 del 6 de mayo de 1.981, cuya parte resolutive es similar al anterior fallo. Este proveído también fué notificado al apoderado del investigado el igualmente recurrido.

"Finalmente, la actuación fué remitida a la Junta Nacional de Escalafón, oficina que la devolvió sin pronunciarse sobre los recursos interpuestos, aduciendo que la autoridad nominadora era la competente para decidir, mediante el procedimiento previsto en el artículo 34 del Decreto 2372 de 1.981.

"Ahora bien; de acuerdo con lo estatuido por el artículo 55 del Decreto 55 de 1.979, al docente que sea objeto de una inculpación, tiene derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación; a que se practiquen las pertinentes que solicite, a ser oído en declaración de descargos, inclusive asesorado por un abogado o por un representante del sindicato respectivo y a interponer los recursos legales.

"Si analizamos la actuación disciplinaria en el presente caso, lo primero que se observa es que al inculpado se le dió a conocer el texto de un decreto por el cual se le suspendía del empleo, pero no se le dieron a conocer los cargos, ni se le practicaron las pruebas que solicitó, de donde se infiere que el proceso disciplinario y sus dos fallos son violatorios de la Constitución Nacional en su artículo 26 y el Decreto 2277 de 1.979 en su artículo 55.

"En cuanto al acto proferido por la Junta Nacional del Escalafón, debe advertirse que esta dependencia no podía conocer del recurso de apelación contra las providencias de la Junta Seccional, porque el artículo 20 del Decreto 2277 de 1.979 y el ordinal 7o. del artículo 27 del Decreto 2372 de 1.981, normas reguladoras en materia de recursos de esta clase de investigaciones, no han previsto la segunda instancia para las Resoluciones que impliquen destitución del cargo. Además, se trata de un auto de trámite que no afecta en lo sustancial la situación administrativa del actor y por ende no se debe declarar su nulidad.

"Corresponde también examinar cuáles eran los derechos del actor al momento de producirse los actos acusados y los perjuicios que de ellos pudieran derivarse, para saber si es procedente ordenar cualquier clase de restablecimiento o indemnización.

"Al efecto vemos que la demanda acusa los actos administrativos proferidos en el proceso disciplinario, los cuales en la práctica no han tenido ninguna aplicación, ni tampoco han definido la desvinculación del empleo. En principio podría pensarse, como la afirma el señor agente del Ministerio Público, que la separación del cargo la produjo el Decreto 0673 del 10 de abril de 1.980, por el cual fue suspendido el educador y que ha debido demandarse la nulidad de ese Decreto.

"Sin embargo, la Sala no comparte este criterio, porque el análisis de los hechos que originaron toda operación administrativa, se deduce que el señor Ríos Pérez no se hallaba ejerciendo ningún cargo cuando se dictó el referido decreto. Había sido nombrado sí para ocupar el empleo de profesor de tiempo completo en la Escuela Industrial de Puerto Wilches y tomó posesión de dicho empleo, pero en ningún momento lo ejerció. Al menos las constancias procesales indican que desde cuando fué nombrado hasta cuando se legalizo la suspensión, no trabajó un solo día en el mencionado establecimiento, pese a que su posesión data del 27 de agosto de 1.979. Es más, si bien el proceso disciplinario debe ser invalidado por cuestiones de forma no quiere decir lo anterior que se haya establecido de manera fehaciente que la falta no se cometió. Lo que sucede es que en aras de la legalidad, los actos contrarios a derechos deben ser anulados por esta jurisdicción, sin que ello necesariamente conlleve restablecimiento de derechos que no se han adquirido.

"Es importante reseñar que el actor no estaba inscrito en el escalafón y que su nombramiento como profesor en la Escuela Industrial de Puerto Wilches no fue demandado; que el hecho de haber tomado posesión del empleo sin presentarse a desempeñarlo, no le concede ningún derecho, máxime cuando al entrar en vigencia el Decreto 2277 de 1.979, no reunía los requisitos para desempeñar ese empleo y en ningún momento los acreditó dentro del plazo concedido por dicho estatuto para tal fin." (fols. 97 a 102).

II - DEL RECURSO DE ANULACION

En el escrito que sustenta el recurso se hace a la providencia impugnada los cargos que a continuación se transcriben:

"A. PRIMER CARGO: VIOLACION DIRECTA DE LOS ARTS. 26 y 55 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, POR INDEBIDA APLICACION.

DEMOSTRACION DEL CARGO.

Dispone el artículo 55 de nuestra Carta Política:

"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 (Acto Legislativo número 1 de 1.945).

Tiene su fundamento filosófico político el precepto anterior en la construcción ideológica que estructura y cimenta al demoliberalismo que en oposición al totalitarismo sometió al derecho el ejercicio del poder estatal, creando para ello la institución del Estado de derecho como mecanismo de protección para los gobernados en cuanto a la defensa y protección de sus derechos y al mismo tiempo como medio de control del ejercicio mismo del poder.

"Desarrolla el mandato la concepción unitaria del poder político del Estado Colombiano y la clásica división de sus funciones concretadas en cada una de las tres ramas, asignándoles jurisdicción y competencias separadas y específicas de conformidad con los mismos preceptos orgánicos que de orden constitucional y legal las regulan".

"Ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia que el contenido general de las tres ramas, puede definirse así:

"a) Función Legislativa, que consiste en que el Estado formule el derecho objetivo".

"b) Función ejecutiva, que consiste en que el Estado cree una situación de derecho subjetivo, o condiciones por un acto individual el nacimiento de una situación legal".

"c) Función jurisdiccional, que consiste en que el Estado compruebe la violación existente o extensión de una regla de derecho o de una situación de hecho."

(Corte S. de J., mayo 8 de 1.969. C.J. 2338).

"Afortunada la síntesis de la Honorable Corte al precisar las funciones de los tres órganos, por cuanto demarcó y precisó sus respectivas competencias".

"En nuestro caso, la Administración (ejerce función ejecutiva) juzgó la presunta conducta irregular de un funcionario suyo, el señor FRANCISCO RIOS PEREZ, para lo cual decretó su suspensión provisional (medida cautelar) y con fundamento en ello, le adelantó la respectiva acción disciplinaria, la cual culminó calificando como grave la conducta del encartado y estableciendo la procedencia de la destitución".

"Consideramos que la sentencia es violatoria de artículo 55 de la C.N., por aplicación indebida, por cuanto correspondiéndole a la jurisdicción contencioso administrativa, al juzgar las controversias que por competencia le corresponde, su función se contrae, como lo indica la H. Corte y reiteradamente lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, a controlar las actuaciones, omi-

siones, omisiones, hechos u operaciones, fundamentalmente de la Administración para preservar la legalidad o constitucionalidad de las mismas y ordenar el restablecimiento del equilibrio que la regla de derecho comporta cuando ella ha sido desconocida, vulnerada o violentada; sin embargo, aunque la sentencia reconoce que el cometido de la justicia contenciosa es la defensa de la legalidad, trascendió esos límites, abrogándose competencia disciplinaria administrativa, es decir, asumió funciones ejecutivas y en ejercicio de las mismas concluyó que como el actor -según el Tribunal- sí había cometido la falta, no era procedente restablecerle sus derechos, pese a la nulidad de los actos que habían colocado al docente en una situación subjetiva particular y concreta, como más adelante se analizará".

"La tesis expuesta por el Honorable Tribunal, Contencioso Administrativo de Santander le permitiría a éste trascender a un campo que le está vedado por disposición del artículo 55 de la C.N., de ahí que lo haya violentado al abrogarse una competencia ajena a su prístina función, por cuanto si los actos administrativos de separación del cargo de los empleados públicos son formativos de separación del cargo de los empleados públicos son formalmente ilegales, pero se inspiraron en causales o móviles legítimos, la única sanción para la Administración sería la nulidad de los respectivos actos, siendo improcedente por calificación del Tribunal, el restablecimiento de los derechos, quebrándose de paso el principio de unicidad de la acción de restablecimiento del derecho".

"Los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina nos ha enseñado que la administración debe cumplir celosamente todas las formalidades, ritos, exigencias de la ley en primaria, cumplir y hacer cumplir la ley si no lo hace, los organismos de controles entran en acción restableciendo el orden jurídico quebrantado y ordenado reparar los daños o perjuicios ocasionados".

"Frente a la nulidad de los actos administrativos que crearon la particular situación subjetiva, en la cual aún hoy después de la sentencia sigue encontrándose al actor, lo que procede necesariamente es el restablecimiento del derecho y no es dable al Juez Contencioso arguir o aducir que como tuvo ocurrencia la falta, la administración queda exonerada de la responsabilidad".

¿"Es por qué de la violación del artículo 26 de la C.N.?"

"El mandato constitucional, expresa:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Consideramos que la sentencia violó este mandato superior por falta de aplicación porque la acción propuesta por el actor fue la de restablecimiento del derecho de carácter laboral, pretendida con ello la nulidad de los actos administrativos que lo mantenían suspendido en el ejercicio del cargo o de sus funciones y como efecto de las nulidades impetradas se le reincorporara al servicio y se le reconocieran y pagaran los salarios y las prestaciones respectivas."

"La acción fue tramitada como contenciosa de restablecimiento de derecho, pero el Tribunal la trocó en acción de simple nulidad o contencioso objetivo".

"Si el artículo 26 de la C.N., recoge los principios de debido proceso y del derecho de defensa y el Código procesal administrativo regula independientemente dos acciones contenciosas, la objetiva y la subjetiva, teniendo como propósito la primera, como lo expresa el H. Consejo de Estado, "el de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatus superiores y que sus finalidades son las de someter a la Administración pública al imperio del derecho objetivo" y la segunda, tutela igualmente del orden jurídico, "pero referido a un derecho individual cuyo restablecimiento constituye la secuela necesaria de la pretensión", tenemos que concluir que si los marcos conceptuales procedimentales de una y otra acción son diferentes, pero obligatorios y las normas procesales de orden público, el fallador está limitado en su accionar y obligatoriamente debe someterse al imperio de la ley, lo contrario raya en la arbitrariedad y como lo hizo en nuestro caso, se llevó de calle el debido proceso y el mismo derecho de defensa".

"No era el propósito de la acción incoada por el actor debatir su presunto o real abandono del cargo, sino demostrar como efectivamente lo demostró que la administración incurrió en abuso e irregularidades al tramitar su disciplinario y esos comportamientos hacen parte de las modalidades de violación de los preceptos constitucionales o legales, afectándole su estatus particular".

"B. SEGUNDO CARGO: VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTATIVA".

"NORMAS VIOLADAS: Arts. 19, 47, 53, 55 y 68 del Decreto Nacional 2277/79; art. 28, inc. 3o. art. 32 del Decreto R. No. 2372/81.

"POR: desconocimiento del contenido de las normas aplicables".

Por deducir consecuencias contrarias a las establecidas o queridas por las normas violadas.

"DEMOSTRACION DEL CARGO".

"Es importante relieves, que la situación particular del docente le fue encasillada dentro de disposiciones del Estado Docente y sus Decretos reglamentarios. Al tener en cuenta la premisa anterior es más comprensible la confrontación de la sentencia con los preceptos por ella violados, veamos:

"1o. La entidad tenía competencia para decretar la suspensión provisional del docente de conformidad con lo preceptuado por el artículo 47 del Estatuto Docente, concordante con lo dispuesto en la norma reglamentaria contenida en el artículo 28 del Decreto R.2372/81".

"Los textos, en su orden expresan:

"Artículo 47. Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa, no reanuda sus funciones dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de una licencia; una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se autorice para separarse del mismo o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. En estos casos la autoridad nominadora, sin concepto previo de la respectiva Junta de Escalafón, presumirá el abandono del cargo y **podrá decretar la suspensión provisional del docente mientras la Junta decide sobre su sanción definitiva de acuerdo con los plazos establecidos en el artículo 53 del presente decreto**".

(Rayado fuera del texto).

"ARTICULO 28. Suspensión provisional por abandono del cargo. Recibida y verificada por la autoridad nominadora la comunicación suscrita por el Jefe inmediato o por el superior administrativo de que el docente sin justa causa ha incurrido en abandono del cargo, de que trata el artículo 47 del Decreto 2277 de 1.979, ésta procederá a decretar la suspensión provisional del docente por el tiempo establecido en el artículo 53 del Decreto 2277 de 1.979, término dentro del cual la Junta decidirá sobre la sanción definitiva prevista en el artículo 49 del Decreto 2277 de 1.979 aplicando el procedimiento ordinario de que trata el artículo 26 del presente decreto".

"Si, vencido el término de la suspensión provisional por abandono del cargo de la Junta Seccional de Escalafón no ha proferido fallo definitivo, continuará el proceso ordinario pero el docente que se haya presentado y justificado sumariamente la ausencia será reintegrado al cargo tal como lo estipula el artículo 54 del Decreto 2277 de 1.979".

"De las dos normas transcritas se infiere, la competencia de la entidad nominadora para decretar la suspensión provisional del docente por abandono del cargo, como medida de cautelar y la consiguiente competencia de la Junta de Escalafón para acometer el conocimiento de la respectiva acción disciplinaria evidenciándose igualmente al nexo causal o cordón umbilical, entre la suspensión y la acción disciplinaria, como que aquella es presupuesto para que proceda la segunda y los resultados de la acción arrastra consigo la medida cautelar".

"A lo anterior vale agregar que la competencia para adelantar o tramitar los procesos disciplinarios, se le asigna a las Juntas Seccionales en primer lugar el artículo 19 del Decreto 2277/79, cuyo texto expresa:

"Funciones de las Juntas Seccionales, Corresponde a las Juntas Seccionales de Escalafón el estudio, tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción, ascenso y reinscripción en el escalafón, la tramitación concepto y **fallo en los procesos disciplinarios que deben adelantarse según este decreto, en relación con el personal docente**".

(Rayado fuera del texto).

"De otro lado el inciso final del artículo 20 del Estatuto Docente (Decreto 2277/79) que trata de DECISIONES Y RECURSOS, de las Juntas de Escalafón, expresa:

"(...) las decisiones de las Juntas de Escalafón serán demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según las reglas previstas en el Código respectivo".

"Ahora, el docente venía laborando como instructor de Electricidad y sin que mediara solución de continuidad fue nombrado en otro cargo del cual tomó oportuna posesión, quedando por consiguiente legalmente vinculado a la administración quien posteriormente lo ubicó en la situación administrativa prevista en el literal f) del artículo 59 *ibídem*. (suspensión del ejercicio de sus funciones), situación en la cual aún hoy se encuentra por cuanto la sentencia acusada no desafió este aspecto y no podemos predicar que se encuentra retirado del servicio, por cuanto éste a voces del artículo 58 *ibídem* "se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento..." y el señor Ríos Pérez, no se encuentra en ninguno de los casos enunciados por la norma".

"Finalmente el inciso tercero del artículo 32 del Decreto Reglamentario 2372/81, vigente para la época de autos, y recogido por el nuevo Decreto 2480/86, expresa:

"(...)

"Cuando se revoque o anule una sanción el funcionario tendrá derecho al pago de remuneración correspondiente al tiempo durante el cual estuviere separado del servicio y el reintegro a su cargo, en caso de destitución".

"La sentencia acusada dispuso la nulidad de los actos administrativos que calificaron como grave la conducta del docente y la procedencia de su destitución pero rompió la unidad de la acción propuesta al negarle los efectos de tal nulidad".

"Al armonizar todos los preceptos enunciados se aprecia objetivamente, como el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander desconoció el contenido de las normas aplicables o dedujo consecuencias totalmente contrarias al querer de las mismas debido a:

"1o.- La acción disciplinaria administrativa es una y la medida cautelar de que fue objeto el docente, está integrada a la misma y afectada por los resultados de la misma".

"2o.- La situación administrativa de suspensión no implica retiro del servicio y negación de derechos, como tampoco el hecho de no poseer un estatus de estabilidad relativa, implique ausencia de derechos".

"3o.- La consecuencia necesaria de la nulidad de los actos acusados, no puede desconocerse y negarse, frente a norma expresa que reclama aplicación".

"4o.- La sentencia no definió la situación administrativa en la cual se encuentra el docente. Como no fue destituido, ni su nombramiento declarado insubsistente, lo procedente es su reincorporación al servicio".

III. ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"Hemos pretendido demostrar y aspiramos haberlo logrado a satisfacción de la Sala, de cómo el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander, al producir su decisión de mérito, rompiendo el principio de unicidad de la acción restablecimiento del derecho, sobre el cual ha dicho el H. Consejo de Estado:

"(...)

pero cuando es personal o subjetivo, la persona que se estima afectada debe pedir, además de la anulación, que se le restablezca en el derecho. Son estas dos solicitudes inseparables, no sólo porque una depende de la otra, sino también porque conjuntamente configuran una acción: la acción que denominan de plena jurisdicción los manuales de derecho administrativo, y que por ser una no puede desvertebrarse. Por la

presunción de legalidad que ampare los actos; esa presunción es una barrera que es preciso eliminar para llegar al restablecimiento del derecho. La anulación es el puente imprescindible, el conducto que es necesario utilizar para llegar a la reparación del perjuicio".

(...)"

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 23/70).

"Violó de manera directa los mandatos constitucionales citados y las normas sustantivas legales enunciadas y desarrolladas a través del presente recurso, razón por la cual solicito la CONFIRMACION de los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia y la NULIDAD del ordinal tercero y se proceda como nuevo Tribunal de instancia a restablecer en sus derechos al actor de conformidad con las pretensiones por él formuladas en el libelo de demanda y en concordancia con el principio de UNICIDAD de la acción incoada." (folios 7 a 14)".

IV - LA OPOSICION AL RECURSO

El procurador judicial de la entidad demandada, es decir, la NACION, Ministerio de Educación Nacional, se opone a las pretensiones del recurrente, exponiendo:

"El régimen disciplinario docente sólo es aplicable a los educadores inscritos en el escalafón docente, tal como se infiere del artículo 28 del decreto 2277 de 1.979, así:

"Artículo 28.- Estabilidad. El educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo, sin antes haber sido suspendido o excluido del Escalafón. Ningún educador podrá ser aplazado, suspendido o excluido del escalafón sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobadas, en los términos establecidos en el Capítulo V. Constituyen excepción a esta norma general los casos contemplados en los artículos 29 y 30 del presente estatuto".

"1. Lo anterior se confirma en el artículo 49 del mismo ordenamiento en el cual se señalan las sanciones propias de este régimen a saber: aplazamiento del ascenso en el escalafón, suspensión en el escalafón y exclusión del escalafón".

"2. No cabe duda de que el demandante no se encontraba inscrito en el escalafón docente, mal podía la Junta Seccional de Escalafón de Santander procesarlos disciplinariamente. Así lo expresó la Junta Nacional de Escalafón en auto del 27 de mayo de 1.983, en el que se abstuvo de hacer

un pronunciamiento de fondo, y en su lugar, resolvió devolver el expediente a la Oficina Seccional de Escalafón para que por su intermedio se comunicara al señor Gobernador, como autoridad nominadora, la competencia que a él le asistía en el caso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 34 del decreto 2372 de 1.981, que en lo pertinente señala:

"Insubsistencia del docente no escalafonado. Cuando el docente no sea escalafonado podrá ser declarado insubsistente discrecionalmente..."

"3. De lo anteriormente expuesto vemos con mucha claridad que el proceso disciplinario adelantado por la Junta Seccional de Escalafón de Santander al señor LUIS FRANCISCO RIOS PEREZ, está viciado de nulidad, tal como lo declaró el Honorable Tribunal Administrativo de Santander, en la sentencia aquí acusada, pronunciamiento que compartimos rotundamente".

"4. Cabe aclarar que lo resuelto por la Junta Seccional de Escalafón en los actos demandados, no encierra en ningún momento desvinculación del cargo; en primer lugar, porque no lo dice, sino que dá la calificación de grave a una conducta; y en segundo lugar, porque no era ni es la autoridad competente para tomar tal decisión".

"5. Por otra parte, procesalmente no se demostró que se hubiera producido acto alguno de desvinculación del cargo, que diere lugar a la pretensión de reintegro, además que de haberse producido no fué objeto de demanda".

"6. En cuanto al Decreto 0673 de 10 de abril de 1.980, es un acto de suspensión provisional del cargo para lo cual está facultada la autoridad nominadora en los casos de abandono, de acuerdo con el artículo 47 del Estatuto Docente".

"7. Si en gracia de discusión tal acto hubiere sido demandado y declarado nulo por el Tribunal, sólo daría lugar al pago de sueldos correspondientes al tiempo de la suspensión y no al reintegro al cargo, que opera automáticamente al vencimiento de la suspensión".

"En consecuencia, el Tribunal de Santander equivocadamente identifica el Decreto 0673 de 10 de abril de 1.980 (suspensión provisional) con la desvinculación del cargo, que como ya se dijo no obra en el proceso, ni como acto demandado, ni como prueba".

"En conclusión, tenemos que el demandante pretende el reintegro con base en la nulidad del proceso disciplinario, declarada por el Tribunal del conocimiento".

"Pero como ya se explicó, mediante el disciplinario no se desvinculó, ni podía hacerse".

"La desvinculación debía proceder de la autoridad nominadora, y en tal caso éste era el acto que debía demandarse".

"En consecuencia solicito sea confirmada la sentencia en el numeral 3o., que dice:

"Nieganse las demás peticiones de la demanda", es decir el reintegro pretendido." (folios 31 a 32).

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Cuarto de Consejo de Estado recorrió oportunamente el traslado de rigor, siendo su criterio favorable a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación interpuesto. Dice:

"Se impugna la sentencia del 30 de septiembre de 1.986 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por cuanto éste, al acceder a las súplicas de la demanda en el sentido de declarar la nulidad de las resoluciones culminantes de un proceso disciplinario seguido por la Junta Seccional del Escalafón Docente de Santander contra el actor, no lo restableció en su derecho mediante orden de reintegro al servicio. Con esta omisión, reflexiva, asegura el recurrente -en el cargo primordial que le formula el fallo recurrido- se violó directamente al art. 85 del C. C. A., consagratorio de la acción de restablecimiento del derecho, al no derivar de la declaratoria de nulidad la consecuencia restablecedora del derecho que impone dicha norma".

"El Tribunal obró en la forma glosada con apoyo en la siguiente argumentación:

"Corresponde también examinar cuáles eran los derechos del actor al momento de producirse los actos acusados y los perjuicios que de ellos pudieran derivarse, para saber si es procedente ordenar cualquier clase de restablecimiento o indemnización".

"Al efecto vemos que la demanda acusa los actos administrativos proferidos en el proceso disciplinario, los cuales en la práctica no han tenido ninguna aplicación, ni tampoco han definido la desvinculación del empleo. En principio podrá pensarse, como lo afirma el señor agente del Ministerio Público, que la separación del cargo la produjo el Decreto 0673 del 10 de abril de 1.980, por el cual fue suspendido el educador y que ha debido demandarse la nulidad de ese decreto".

"Sin embargo, la Sala no comparte este criterio, porque el análisis de los hechos que originaron toda la actuación administrativa, se deduce que el señor

Ríos Pérez no se hallaba (sic) ejerciendo ningún cargo cuando se dictó el referido decreto. Había sido nombrado sí para ocupar el empleo de profesor de tiempo completo en la Escuela Industrial de Puerto Wilches y tomó posesión de dicho empleo, pero en ningún momento lo ejerció. Al menos las constancias procesales indican que desde cuando fue nombrado hasta cuando se legalizó la suspensión, no trabajó un solo día en el mencionado establecimiento, pese que su posesión data del 27 de agosto de 1.979. Es más, si bien el proceso disciplinario debe ser invalidado por cuestiones de forma no quiere decir lo anterior que se haya establecido de manera fehaciente que la falta no se cometió. Lo que sucede es que en aras de la legalidad, los actos contrarios a derecho deben ser anulados por esta jurisdicción, sin que ello necesariamente conlleve restablecimiento de derechos que no se han adquirido".

"Es importante reseñar que el actor no estaba inscrito en el escalafón y que su nombramiento como profesor en la Escuela Industrial de Puerto Wilches no fue demandado; que el hecho de haber tomado posesión del empleo sin presentarse a desempeñarlo, no le concede ningún derecho, máxime cuando al entrar en vigencia el decreto 2277 de 1.979, no reunía los requisitos para desempeñar ese empleo y en ningún momento los acreditó dentro del plazo concedido por dicho estatuto para tal fin". (folios 101 y 102, cuad. No. 2).

"Este razonamiento no lo encuentra valedero esta Agencia Fiscal, por cuanto el Decreto 0673 de abril 10 de 1.980 expedido por el Gobernador de Santander (fl. 53 del Cuad. No. 3) que suspendió al actor en su empleo docente fue proferido por razón de los cargos ameritantes del proceso disciplinario cuya nulidad se deprecó y decretó en el presente proceso. Tanto que dicha suspensión se decretó según el claro texto del acto en cita, "mientras se cumple el proceso disciplinario". Así las cosas, anulado el proceso disciplinario, la consecuencia obvia es la del reintegro al servicio del suspendido en el mismo por razón de tal proceso. No actuar de conformidad, como no se hizo en la sentencia impugnada, equivale a violar, por interpretación errónea, los principios que informan y la preceptiva literal del artículo 85 del C.C.A.

"Por lo discurrido, crée esta Agencia Fiscal que el recurso que nos ocupa está llamado a prosperar." (folios 34 a 35).

CONSIDERACIONES:

El recurso extraordinario de anulación que ahora conoce la Sala se fundamenta en violación, por aplicación indebida, de normas constitucionales (arts. 26 y 55 de la Carta Política) y, por desconocimiento del contenido de disposiciones legales aplicables, de carácter sustantivo: arts. 19, 47, 53, 55 y 68

del decreto-ley 2277 de 1.979 y arts. 28, inc., 3o., y 32 del decreto reglamentario 2372 de 1.981.

Como es bien sabido, el art. 197 del C. C. A., contenido en el decreto-ley 01 de 1.984 trazaba durante su plena vigencia (art. 1o. decreto-ley 597 de 1.988) el marco dentro del cual debían mantenerse tanto el recurrente como el juzgador; el primero, al ejercer el recurso extraordinario; el segundo, al considerarlo. Por lo tanto, el señalado recurso sólo podía sustentarse, como se ha hecho aquí, en una violación directa de la Constitución Política y de la ley sustancial, con lo cual queda sustraído de su campo el quebramiento de normas procedimentales y quedaba condenado al fracaso total todo intento de deducir la infracción a través de elementos de tipo probatorio. No daba lugar, por ende, a una instancia más en la que fuera dable revisar todo el proceso y estudiar los elementos probatorios que obraran en él, sino que era -y sigue siendo para los eventos que se iniciaron antes de su supresión- un medio *sui generis* de impugnación que tenía lugar cuando el juicio dentro del cual se dictó la sentencia objeto del recurso, había concluido y cuando esta providencia se encuentra ejecutoriada. Era un mecanismo de confrontación de sentencia y norma.

Sentado lo anterior sobre la naturaleza y alcance del recurso extraordinario de anulación y su forma de operar, procede la Sala a analizar el interpuesto por el apoderado del demandante, quien formula, se repiten, dos cargos, a saber:

A.- PRIMER CARGO.

Se analiza el cargo que pueda dividirse así:

1.- Violación del art. 55 de la Constitución, que establece la división del Poder Público en tres ramas básicas, la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, las que tienen funciones separadas "pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Según el recurrente cuando el Tribunal, no obstante que anula dos de los actos administrativos acusados, determina que no es posible ordenar el restablecimiento del derecho porque el demandante -el educador Ríos Pérez- sí había cometido falta, invadió cuestiones que corresponden a la ejecutiva, abrogándose competencia disciplinaria administrativa, "por cuanto si los actos administrativos de separación del cargo de los empleados públicos son formalmente ilegales, pero se inspiraron en causales o móviles legítimos, la única sanción para la Administración sería la de nulidad de los respectivos actos, siendo improcedente por calificación del Tribunal, el restablecimiento de los derechos, quebrándose de paso el principio de unicidad de la acción de restablecimiento del derecho." Los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina nos han enseñado que la administración debe cumplir celosamente todas las formalidades, ritos, exigencias de la ley en el ejercicio de sus actuaciones; es más, le corresponde ser la primera, en su obligación primaria, cumplir y hacer cumplir la ley, y si no lo hace, los organismos de controles entran en acción restableciendo el orden jurídico quebrantado y ordenado reparar los daños o perjuicios ocasionados."

Es de preguntarse entonces: ¿Si se ha incoado la denominada "acción de restablecimiento del derecho" (art. 85 del C. C. A.) forzosamente habrá el juez administrativo que ordenar el pretendido restablecimiento del derecho como consecuencia de la anulación del acto administrativo?

Para dar respuesta a este interrogante, quepa recordar que la acción de restablecimiento del derecho envuelve dos pretensiones. La primera, la de anulación del acto administrativo, es semejante a la única que integra la de acción llamada "de nulidad", es decir, la nulidad de los actos (art. 84), procediendo ésta cuando "dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidas por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivadas, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera"; la única diferencia que señala la ley en cuanto hace a esta pretensión común de ambas "acciones" es que la de "restablecimiento del derecho", además de lo anterior, exige que la persona que la incoa "se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica".

Son, pues, las dos acciones, caminos señalados por la ley colombiana como medios para hacer efectivo el control jurisdiccional de los actos administrativos y para ejercer respecto a ellos, si es del caso, las sanciones típicas del principio de legalidad. Se asemejan a ellas al denominado "recurso por exceso de poder" ("*le recours pour excés de pouvoir*") que ha consagrado el derecho francés mediante creación jurisprudencial de vieja data, en cuanto atañe a pretender que se anule el acto administrativo en razón de una de las causales que se han visto en el párrafo precedente.

Una de esas causales es, pues, el "vicio de forma" que consiste en "la omisión o en la irregularidad de formas y procedimientos señalados por la ley" (Laubadére). De suerte que si el juez administrativo -en el caso *sub-lite*, el Tribunal de Santander- halló que los actos declarados nulos por su fallo estaban viciados por cuestiones atinentes a formalidades inspiradas únicamente en interés de la administración sin que ellas tuvieran influencia alguna en la decisión en sí misma considerada, no encuentra la Sala que la sentencia aquí enjuiciada hubiera invalidado, por ese hecho, esferas propias de la rama ejecutiva del poder público como lo aduce el recurrente, porque únicamente comparó el acervo probatorio y la situación individual del docente con la motivación relacionada con su conducta plasmada en los actos.

De suerte que este punto del primer cargo no tiene vocación alguna de prosperidad.

2.- Violación del art. 26 de la Carta fundamental ("Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio."), porque observa que el Tribunal no accedió, como consecuencia de la anulación de dos de los actos acusados, a **restablecer el derecho** que, para la parte demandante, consiste en la reincorporación al cargo que venía desempeñando y al reconocimiento y pago de los

emolumentos correspondientes al empleo, principalmente; en otras palabras, dice el recurrente, el fallo desconoció algo propio del juicio que se inicia a través de la acción de restablecimiento del derecho.

Ahora bien, como se venía explicando *ut supra*, la acción de restablecimiento del derecho (la misma que antes se conocía con el nombre de "acción de plena jurisdicción" (art. 67, C.C.A., ley 167 de 1.941) y hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 15, decreto-ley 2304 de 1.989), aunque en verdad es típicamente de carácter subjetivo ("Toda persona que se crea lesionada en **un derecho** suyo..."), guarda estrecha armonía con la acción de nulidad simple (tutelar del derecho objetivo), puesto que como se deriva de la simple lectura del art. 84 del C.C.A. vigente, los motivos que se pueden invocar por el demandante, en una o en otra acción, son comunes. De allí que una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho **sea la anulación del acto administrativo** y que la otra, consecuencia de los resultados favorables de ésta, el restablecimiento en su derecho. Mas, lógicamente, que este restablecimiento está supeditado a que **el derecho subjetivo del interesado**, exista, porque si no existe, mal puede restablecerse en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona.

Esto último fue lo que observó el Tribunal en el caso particular del actor, y vió cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión.

La Corporación no encuentra, por ende, que por lo anotado, la sentencia que se analiza haya quebrantado las normas propias de este juicio, dado que la pretensión del restablecimiento del derecho que contempla el art. 85 no es una consecuencia necesaria de la pretensión de la anulación del acto, sino que obedece también, como se ha explicado, a que el derecho del demandante **realmente** se haya lesionado por el acto que se anula.

No prospera, por consiguiente, este primer cargo.

B.- SEGUNDO CARGO.

Violación directa, por desconocimiento de las normas aplicables, arts. 19, 47, 53, 55 y 68 del decreto-ley 2277 de 1.979 y de los arts. 28 y 32 (inciso 3o.) del decreto (reglamentario) 2372 de 1.981.

Dice el impugnador del fallo que, en verdad la entidad nominadora tenía competencia, como ciertamente lo hizo, para haber suspendido provisionalmente al docente "por abandono del cargo" mientras la Junta decidiera sobre la sanción definitiva (art. 28 del decreto reglamentario 2372 de 1.981 concordante con el art. 47 del decreto-ley 2277 de 1.979), como medida cautelar, y que la Junta Seccional, a su turno, tenía también competencia para fallar el proceso disciplinario del personal docente (art. 19, decreto-ley 2277 de 1.979); como el actor -docente, según la sustentación del cargo, coincidente con la demanda- "venía laborando como instructor de electricidad y sin que mediara solución de continuidad fue nombrado en otro cargo del cual tomó oportuna posesión, quedando por con-

siguiente legalmente vinculado a la administración quien posteriormente lo ubicó en la situación administrativa prevista en el literal f) del artículo 59 *ibídem* (suspensión del ejercicio de sus funciones), situación en la cual aún hoy se encuentra por cuanto la sentencia acusada no desató este aspecto y no podemos predicar que se encuentra retirado del servicio, por cuanto éste, a veces del artículo 68 *ibídem* 'se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento....' y el señor Ríos Pérez, no se encuentra en ninguno de los casos enunciados por la norma...." es de concluir -sigue diciendo el recurrente, según se deriva de su escrito-, al desaparecer la destitución como consecuencia de la nulidad del acto producida por la sentencia del Tribunal, éste ha debido acceder su reincorporación al servicio. Con la nulidad de la destitución subsiste tan sólo la suspensión provisional que no implica retiro del servicio.

A ojos de esta Sala, es notorio que el recurrente quiere basar la anulación de la sentencia en la circunstancia de que por haber sido declarado nulo el acto que decretó la destitución, desapareciendo de la vida jurídica, sólo subsiste la suspensión provisional del empleo, lo que no es causal de retiro del servicio, razón por la cual subsiste el vínculo con la administración respecto al cargo para el que fue nombrado y se posesionó antes de ser suspendido provisoriamente, por abandono del otro que desempeñó.

Sin embargo, la circunstancia de que un acto administrativo haya sido declarado nulo mediante sentencia de la jurisdicción, no significa que no haya producido efectos jurídicos plenos, sobre todo, si es, por naturaleza, ejecutorio y máxime si la nulidad ha sido ocasionada por motivos de orden formal inspirados en interés de la Administración. Como explican los autores, la ejecutoriedad administrativa no es elemento integrante del acto administrativo; si no es elemento suyo y, por lo tanto, al ser el acto existente y presumiblemente válido, "suma un atributo que no hace a su existencia y validez, sino a su realización, es decir, a su operatividad ejecutoria" (Bartolomé Florini, "Teoría jurídica del acto administrativo", pág. 143). Es la ejecutoriedad algo **separable** del acto, y porque éste resulte a la postre nulo, ello significa, **necesariamente**, que esa ejecutoriedad, que esos efectos, lo sean también, a menos que el vicio trascienda y vulnere el derecho subjetivo que se pretende restablecer. Pero si ese derecho subjetivo (suyo, "dice la norma al referirse al demandante) sencillamente no existe porque, como indica el fallo acusado para explicar porqué no accede a la segunda gran pretensión del actor, "porque el análisis de los hechos que originaron toda la operación administrativa, se deduce que el señor Ríos Pérez no se hallaba ejerciendo ningún cargo cuando se dictó el referido decreto. Había sido nombrado sí para ocupar el empleo de profesor de tiempo completo en la Escuela industrial de Puerto Wilches y tomó posesión de dicho empleo, pero en ningún momento lo ejerció. "Pese a que esta Sala no puede, dentro del marco restringido de este recurso extraordinario, analizar las pruebas, se acoge al estudio que ha realizado el Tribunal, ante todo debido a que el propio recurrente no niega la comisión de la falta atribuida al señor Ríos Pérez.

Por todo lo dicho en el estudio de este cargo no ve la Sala que se hayan desconocido por la sentencia acusada, las normas que el impugnador ha estimado violadas.

No prospera, por ende, este segundo y último cargo.

Al margen de lo anterior y con el único propósito de no echar de menos la anotación que hace el recurrente para respaldar su tesis, con cita y transcripción de jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Sent. de 23 de julio de 1.970) sobre el principio de la unicidad de la acción de plena jurisdicción, quepa agregar que ese principio no sufre mengua alguna por lo que se ha anotado. Que la acción necesariamente debe ser planteada contemplando el demandante las dos solicitudes inseparables, la de la nulidad del acto y la del restablecimiento del derecho, no significa que el juez administrativo deba acceder indubitablemente a esta última, dado que en un juicio concreto es posible que el pretendido derecho que se quiere restablecer, no exista.

Ha de concluirse que el recurso extraordinario de anulación *in examine* carece de vocación de prosperidad.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 30 de septiembre de 1.986, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio que tuvo origen en la demanda incoada por el apoderado judicial del señor Luis Francisco Ríos Pérez.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda y devuélvase el expediente al tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 31 de octubre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, (Ausente), Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

LIQUIDACION EN CONCRETO

Si el tema discutido fue el derecho de la demandante a cesantía parcial; bien podía el Tribunal como lo hizo efectuar las operaciones aritméticas y consideraciones jurídicas pertinentes para establecer en forma líquida el derecho pretendido, debido a que la decisión sobre el restablecimiento del derecho debe comprender los elementos que hagan indetectable la titularidad de él, la claridad de la obligación y, en lo posible, su liquidez. Asunto distinto que es por costumbre de esta jurisdicción, ni el Consejo de Estado, ni los Tribunales Administrativos lleven a cabo la respectiva liquidación de los derechos laborales que ordenan en sus sentencias. Pero ello no significa que de efectuarse tal operación sea ajena a la decisión judicial.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. NULIDAD EN LA SENTENCIA

Cuando la ley establece la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión en la hipótesis de que ella no sea susceptible de recurso, éste debe ser un recurso útil para lograr que desaparezca el vicio de nulidad, es decir el recurso ordinario de apelación y no el extraordinario de anulación, en este caso, pues con el último tal propósito no podría lograrse y sería inocuo, toda vez que como es sabido, en ese extraordinario no son de estudio los vicios procesales sino sustanciales de las sentencias.

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

Bogotá, D.E., dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*. Ref.: Expediente No. 1861.
Recurso de Revisión. Actora: EVA LOPEZ DE JARAMILLO.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 24 de septiembre de 1.984.

La demanda de instancia. En la demanda que originó la sentencia impugnada, la actora solicitó se declararan nulas las resoluciones del Departamento de Caldas que le negaron el reconocimiento de cesantía parcial y que se ordenara a dicho Departamento reconociera y pagara el valor de ese derecho "teniendo en cuenta para la liquidación el último salario y factores de salario devengados por el actor y el tiempo de servicio cumplido hasta el momento del pago" (fl. 11 cuaderno No. 2).

La sentencia impugnada. El mencionado Tribunal consideró que las pretensiones de la demanda debían prosperar y consecuentemente declaró la nulidad solicitada y efectuó las operaciones aritméticas del caso en orden a determinar en una suma cierta el valor de la cesantía que debía pagársele a la demandante, lo cual se dispuso en el numeral 2o. de la parte resolutive (fl. 30 cuaderno No. 2).

El recurso. Se apoya en las causales 6 y 7 de revisión establecidas en el artículo 188 del C.C.A. y al efecto expone:

"El recurso de revisión interpuesto, se fundamenta en las siguientes causales:

a) Causal 6a. del art. 188 del C.C.A. "Cuando existiere nulidad en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recuso...".

Esta causal se tipifica en el hecho de que la liquidación de la cesantía practicada por el Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, no era tema de decisión dentro del respectivo proceso, invadiendo con ello la jurisdicción del campo administrativo. En consecuencia y de conformidad con lo establecido en el art. 151-1 (sic) del C. de P. Civil, el proceso es nulo en parte (solamente en lo que atañe a la liquidación de la cesantía parcial), pues los otros reconocimientos están ajustados a derecho.

b) Se erige como causal de revisión igualmente, la contemplada en el numeral 7o. del mismo artículo que dice: "Cuando la sentencia fuere contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fué dictada. Sin embargo, no habrá lugar a la revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fué negada".

En relación con esta causal, se presenta el hecho de que la Caja Nacional de Previsión Seccional Caldas, por medio de las Resoluciones números 0936 de

18 de septiembre de 1.970 y J 1393 de 3 septiembre de 1.974, liquidó en favor de la Señora Eva López de Jaramillo cesantías parciales. En estos actos administrativos, se tuvo en cuenta tiempo de servicio trabajado por la peticionaria, en forma discontinua, a partir del 15 de febrero de 1.944. Las Resoluciones se le notificaron personalmente a mi poderdante, se encuentran en firme y los valores liquidados u objeto de liquidación fueron oportunamente cubiertos por la mencionada entidad, quien actuó de dicha manera por contrato celebrado con el Departamento de Caldas relacionado con pago de prestaciones sociales correspondientes a la deuda pública de Caldas, originada en la segregación de los Departamentos de Quindío y Risaralda.

Las anteriores resoluciones, si bien no constituyen propiamente una sentencia, al menos se les debe tener en cuenta como actos que participen de tal naturaleza, provenientes de una autoridad de carácter administrativo. Se infiere entonces, que el acto acusado es evidentemente contrario a las Resoluciones en referencia, específicamente en lo que corresponde el tiempo de servicio que se tuvo en cuenta en los correspondientes actos, con una marcada diferencia de 15 años y meses, y días, entre el que es motivo de impugnación y los expedidos por la Seccional de Cajanal en Caldas.

Por lo demás, las susodichas resoluciones constituyen cosa juzgada en lo relacionado con el cómputo que se hizo del tiempo de servicio, por haberlo aceptado así la Administración y con un respaldo legal que no deja ni dejó dudas de ninguna naturaleza".

Además el escrito del recurso contiene un capítulo en el que el recurrente expone las disposiciones presuntamente violadas y el concepto de su violación. Se alega allí la violación de los artículos 305 C. de P.C., 6o. de la ley 5a. de 1.969, 17 de la ley 6a. de 1.945, 2o. 3o. 14 y 17 de la ley 153 de 1.887.

La Vista Fiscal. En concepto del Ministerio Público la circunstancia de haberse liquidado y ordenado pagar en suma cierta la cesantía reclamada no configure la causal 6a. de revisión, por no darse la nulidad procesal con base en el artículo 151 (sic), numeral 1, de C. de P.C. También sostiene el Ministerio Público que suponiendo en gracia de la controversia, que si se configurare la nulidad procesal en la sentencia impugnada, no se presentaría el otro requisito de dicha causal 6a., vale decir, que contra ella no fuera procedente ningún recurso, pues, el de anulación lo era con arreglo al artículo 194 del C.C.A.

Respecto de la causal 7a. de revisión opina el Ministerio Público que tampoco está llamada a prosperar teniendo en cuenta que las resoluciones a que se refiere el recurso son típicos actos administrativos "que en modo alguno pueden asimilarse a sentencias, menos aún que constituyan cosa juzgada".

Finaliza el Ministerio Público conceptuando que "Las otras consideraciones del escrito en comentario, en el sentir de la Fiscalía, no tiene relación con las causales

estudiadas, parecen más bien dirigidas a apoyar un recurso extraordinario de anulación."

Llegado el momento de dictar sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala advierte, en primer lugar, que las demandas del recurso extraordinario de revisión, por no tratarse de la impugnación de los actos administrativos, no deben contener el requisito de indicar las normas violadas y explicar el concepto de la violación sino los fundamentos de derecho de la pretensión de revisión, o sea, la indicación precisa y razonada de la causal de revisión en que se funda (arts. 189 y 137 del C.C.A.).

Por ello, como bien lo anota el Ministerio Público, la Sala se abstendrá de referirse a las cuestiones que plantea la parte recurrente y que son ajenas a las causales de revisión 6a. y 7a. que se invocan, contenidas en el capítulo referente a las disposiciones violadas y concepto de su violación, y que constituirían presuntos vicios de la sentencia impugnada susceptibles de haberse planteado en otro recurso, el de anulación que existía en la época en que se interpuso el presente de revisión.

Sentado lo anterior, la Sala estudia las causales de revisión invocadas:

Causal 6a. Son dos los requisitos que se exige en el numeral 6 del artículo 188 del C.C.A. a saber: que en la sentencia que puso fin al proceso exista nulidad y que contra ella no procediere recurso.

A) Respecto de la nulidad ha de entenderse que se trata de la procesal, consagrada en el artículo 165 y 153 del C. de P.C. que a su vez remite a las establecidas en los artículos 152 y 153 del C. de P. C. En el recurso se invoca la nulidad como si estuviera consagrada en el numeral 1 del artículo 151 del último código y así lo tuvo en cuenta, también, el Ministerio Público, pero, obviamente la Sala entiende que se trata del numeral 1 del mencionado artículo 152.

El recurrente acude a dicha causal de revisión pues considera que el Tribunal Administrativo de Caldas no tenía jurisdicción para haber liquidado la cesantía de la demandante, tarea que afirma es del campo administrativo "y no era tema de decisión dentro del respectivo proceso".

Ahora bien, la Sala entiende que si el tema discutido fue el derecho de la demandante a cesantía parcial, bien podía el Tribunal como lo hizo efectuar las operaciones aritméticas y consideraciones jurídicas pertinentes para establecer en forma líquida el derecho pretendido, debido a que la decisión sobre el restablecimiento del derecho debe comprender los elementos que hagan identificable

la titularidad de él, la claridad de la obligación y, en lo posible, su liquidez. Asunto distinto es que por costumbre de esta jurisdicción ni el Consejo de Estado ni los Tribunales Administrativos lleven a cabo la respectiva liquidación de los derechos laborales que ordenan en sus sentencias. Pero, ello no significa que de efectuarse tal operación sea ajena a la decisión judicial como lo entiende el recurso.

De ahí que no pueda aceptarse que se hubiera configurado la primera causal de nulidad del artículo 152 ya mencionado, o sea cuando el proceso corresponde a distinta jurisdicción, la cual, por lo demás, sólo se presenta cuando un juez asume el conocimiento de un proceso judicial que corresponde a juez de otra jurisdicción.

B) Lo anterior es suficiente para negar la prosperidad de la causal de revisión invocada. Sin embargo, como el Ministerio Público opinó en el sentido de que tampoco podría salir avante porque la sentencia impugnada era susceptible del recurso de anulación, la Sala se referirá a dicho aspecto.

A juicio de la Sala, cuando la ley establece la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión en la hipótesis de que ella no sea susceptible de recurso, éste debe ser un recurso útil para lograr que desaparezca el vicio de nulidad, es decir, el recurso ordinario de apelación y no el extraordinario de anulación, en este caso, pues con el último tal propósito no podía lograrse y sería inocuo, toda vez que, como es sabido, en este extraordinario no son de estudio los vicios procesales sino sustanciales de las sentencias.

No sería lógico ni equitativo negar la posibilidad de estudio de la causal 6a. de revisión porque contra la sentencia habría podido recurrirse en anulación, siendo que la ley no permite en ésta sino denunciar la violación de la Constitución Política o de la ley sustantiva, que obviamente no regulan en concreto los vicios de los procesos judiciales.

Causal 7a. Se apoya el recurso en la existencia de resoluciones administrativas anteriores a la sentencia impugnada que le habían reconocido la cesantía a la actora tomando un tiempo mayor y aunque se admite que "si bien no constituyen propiamente una sentencia" se les debe tener, por lo menos, como actos que participan de tal naturaleza y que constituyen cosa juzgada "en lo relacionado con el cómputo que se hizo del tiempo de servicio".

El planteamiento del recurso es a todas luces desatinado y le basta a la Sala recordar que por mandato de la ley (arts. 175 del C.C.A., y 332 y 333 del C. de P.C.) sólo las sentencias producen el efecto de la cosa juzgada, con las excepciones que ella misma establece y que los actos administrativos cualquiera que sea su denominación no tienen tal efecto, aunque sean ejecutorios (art. 64 de C.C.A.). Además, el acto administrativo, que es la manifestación de voluntad de la administración, no puede dejar de serlo para participar de la naturaleza de las sentencias que es el modo de decir el derecho los jueces, en cumplimiento de su función de administrar justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, como lo dice la fórmula sacramental expresamente exigida para ellas (art. 304 del C. de P.C.).

Consiguientemente, esta causal tampoco puede prosperar.

Por aparecer causadas, la Sala condenará en costas a la parte recurrente.

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:

NIEGASE la revisión solicitada.

Condénase a la parte recurrente a pagar las costas del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

CARRERA PENITENCIARIA - Requisitos/INSUBSISTENCIA/NOMBRA- MIENTO PROVISIONAL

Cuando el demandante fue removido de su cargo no se encontraba inscrito en la carrera penitenciaria, ni había cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos para el efecto de los Decretos 1817 de 1.964 y 2655 de 1.973 y, por ende, no estaba amparado por el derecho a la estabilidad y podía ser declarado insubsistente conforme a lo prescrito en el inciso 2 del artículo 3° del Decreto 819 de 1.974.

El actor fue nombrado provisionalmente sin cumplir los mecanismos legales para el ingreso a la carrera penitenciaria. El hecho que adelantara el curso de capacitación, y su superior inmediato calificara sus servicios, sin el cumplimiento de las demás formalidades no le confería estabilidad.

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

Bogotá, D.E. Veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.* Ref: Expediente No. 404. Actor: CARLOS AUGUSTO GALEANO ARCILA. Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Augusto Galeano Arcila, mediante apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de Marzo de 1.983.

ANTECEDENTES

La parte actora, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaración de nulidad de la Resolución No. 495 de Marzo 3 de 1.981, expedida por el Ministerio de Justicia por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que desempeñaba en el Ministerio de Justicia y se nombró en su reemplazo a la señora Miryam Abueita Nassar de Brieva, y como consecuencia solicitó ser restituído al mismo cargo o a otro de igual categoría, se le paguen los emolumentos dejados de percibir y se le reconozca que no hubo solución de continuidad para efectos de prestaciones sociales, carrera administrativa, etc.

El proceso fue tramitado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hasta el pronunciamiento de la sentencia de fecha 18 de Marzo de 1.983 que denegó las peticiones de la demanda.

Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso apelación, la cual fue concedida y se tramitaba en esta Corporación, cuando el expediente resultó destruído en los acontecimientos trágicos del Palacio de Justicia del 6 y 7 de Noviembre de 1.985.

La reconstrucción del proceso fué solicitada por el demandante y decretada por autó del 12 de Noviembre de 1.986.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se pasa a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El *A-quo*, en el fallo apelado, denegó las pretensiones del actor, fundametándose en lo siguiente:

"De la lectura del libelo demandatario se concluye que éste tiene como sustento para las pretensiones, el que el actor ingresó a la carrera penitenciaria, previo el cumplimiento de todos los requisitos exigidos sobre el particular, circunstancia ésta que implicaba su relativa estabilidad, pues no podía ser removido del cargo sino mediante el cumplimiento de las normas del Estatuto de la Carrera Penitenciaria, previstas en los artículo 103, 104, 106 y 107 del Decreto 1817 de 1.964. De igual manera indica como quebrantadas normas de orden Constitucional, las cuales según el concepto de violación, apuntan al mismo fin; o sea, que al ser removido el actor de su cargo sin que mediara ninguna de las causales de retiro taxativamente enunciadas para el personal del ramo penitenciario, se pretermitieron las formalidades propias del juicio administrativo de remoción de funcionario amparado por fuero, contenidas en el Estatuto de la Carrera Penitenciaria.

Durante el término de la fijación en lista, el cual venció el 21 de Agosto de 1.982 (ver folio 30 vuelto), el apoderado del actor no presentó memorial alguno tendiente a demostrar con las pruebas de rigor, sus afirmaciones o mejor, que el Doctor Galeano Arcila se encontrare efectivamente inscrito en el escalafón de la carrera penitenciaria, para derivar de allí la estabilidad alegada.

Sólo hasta el 4 de Octubre de 1.982 (ver folio 33 vuelto), se allegaron al expediente unos documentos relacionados con el adelantamiento de cursos en la escuela penitenciaria nacional por parte del actor, documentos éstos que no se pudieron decretar como pruebas por cuanto como lo anota el auto de folio (?), éstas fueron solicitadas en forma extemporánea.

Las circunstancias antes expuestas, llevan a la Sala a determinar que las pretensiones incoadas no deben prosperar, pues la administración gozaba de la facultad de removerlo del empleo en forma discrecional y sin que se le exigiera previamente a la adopción de esta medida, el cumplimiento de formalidades especiales."

El señor Fiscal del Consejo de Estado, en concepto de Julio 25 de 1.988, expresa que el fallo recurrido se ajusta a derecho y, por ende, amerita su confirmación.

En el referido concepto, manifiesta la Agencia del Ministerio Público:

"El principal fundamento de la acción consiste en que el actor obtuvo título de idoneidad después de haber adelantado y terminado un curso de capacitación en la Escuela Penitenciaria (folios 16A y 16B), desde el 17 de julio de 1.978, lo cual determinó su ingreso a la respectiva carrera, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 del Decreto 1817 de 1.964, y en que su remoción se hizo sin el cumplimiento de las normas del Estatuto de Carrera Penitenciaria.

El señor Galeano se vinculó a la Dirección General de Prisiones en 1.975 (folio 111) con carácter provisional para el cargo de Inspector de Prisiones Clase II, grado 16 (folio 52), de donde se deduce que no fué seleccionado por concurso.

El actor fué convocado mediante resolución 2626 de Junio 20 de 1.978 (folio 76) para adelantar un curso de capacitación que fue aprobado, según diplomas que obran a folios 16A y 16B del informativo.

Cuando el actor ingresó al servicio ya estaba vigente el Decreto 2655 de 1.973, reglamentario de la carrera penitenciaria y derogatorio del 1661 de 1.965. De conformidad con el inciso 2° del artículo 14 del Decreto 2655 de 1.973, el demandante para ingresar a la carrera debía continuar en el servicio en período de prueba.

En el mismo orden de ideas, el artículo 15 de la normatividad en comento, dispone que tal período de prueba tendrá una duración de 6 meses, vencidos los cuales el funcionario será calificado.

Sin tal calificación, de conformidad con el artículo 18, fuera igual o superior a 60 puntos, el Director General de Prisiones informará a la Escuela Nacional Penitenciaria para que esa entidad le otorgue el título de idoneidad a que se refiere el artículo 101 del Decreto 1817 de 1.964.

Con fundamento en las anteriores disposiciones y de conformidad con las pruebas aportadas se observa que en el caso *sub-examine* el accionante obtuvo la calificación de servicios requerida (ver folio 11 *in fine*) mas no aparece acreditado que hubiese recibido el título de idoneidad expedido de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2655 de 1.973. El que se aporta al proceso tiene fecha de 17 de julio de 1.978, es decir 9 días después de terminado el curso de capacitación.

Así las cosas, en el *sub lite* al igual que en el caso que se trae a colación, el demandante simplemente acreditó el correspondiente diploma por haber aprobado un curso de capacitación para el Personal Directivo del Ramo Penitenciario y Carcelario, pero no demostró el cumplimiento de los demás requisitos necesarios para la inscripción en la carrera y tal inscripción tampoco ha sido acreditada, por ende, y conforme al inciso 2° del Artículo 3° del Decreto 819 de 1.974, el actor podía ser removido libremente al ser un empleado de libre nombramiento y remoción no inscrito en la Carrera Penitenciaria".

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1.- Que el actor el 26 de Agosto de 1.975 fué nombrado provisionalmente en el cargo de Inspector de Prisiones Clase II grado 16, de la División Técnica, perteneciente a la Dirección General de Prisiones (fl. 52).

2.- Que por Resolución No. 2626 de Junio 20 de 1.978, el Ministerio de Justicia convocó a un Personal Directivo del Ramo Carcelario y Penitenciario para adelantar un curso de capacitación. Dentro de dicho personal figura el nombre del señor Carlos Augusto Galeano Arcila (fl. 76).

3.- Que la escuela Penitenciaria Nacional el 17 de julio de 1.978 otorgó al actor el respectivo diploma, por haber aprobado satisfactoriamente el curso de capacitación a que hace resolución comentada en el punto anterior (fl. 64).

4.- Que la Escuela Penitenciaria Nacional expidió constancia sobre la participación del demandante en el curso a que se ha hecho referencia (fl. 154).

5.- Que en Julio 1 de 1.980 fueron calificados los servicios del actor por su superior inmediato (Jefe de la División Legal de La Dirección General de Prisiones) con cien puntos sobre cien (fl. 60).

6.- Que, según lo expresado por el superior inmediato del señor Galeano Arcila en constancia de Octubre 8 de 1.982, este funcionario adelantó trámites para su inscripción en la Carrera Penitenciaria (fl. 11).

7.- Que por resolución No. 445 de Marzo 3 de 1.981, el Señor Ministro de Justicia promovió a la señora Miryam Abueita Nassar de Brieva al cargo que ocupa el demandante, en su reemplazo (fl. 67).

Igualmente, en dicho acto administrativo se declara insubsistente el nombramiento del señor Galeano Arcila en el empleo de Asistente Administrativo Código 4150 grado 10 de la División Legal.

Ahora bien, los artículos 100 a 107 de Decreto Extraordinario 1817 de 1.964, consagran los preceptos básicos que regulan el sistema de ingreso a la Carrera Penitenciaria, a saber:

- La carrera del personal del ramo carcelario y penitenciario, independiente del Servicio Civil, estará regulada por los principios que establece el Decreto 1817 de 1.964, y por las sumas que expida el Gobierno para su organización (Art. 100).

- Pertenece a la carrera las personas que hubieren obtenido títulos de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional y también podrán pertenecer a ella, los empleados que se encuentren prestando o hayan prestado con eficiencia, servicios en el ramo de prisiones y que aprueben los concursos que lleve a cabo la Dirección General de Prisiones (Arts. 101 y 102).

- El personal carcelario de carrera tendrá derecho a la estabilidad en el empleo, mientras observe buena conducta y se encuentre capacitado para su desempeño (Art. 104).

- Inscrito el funcionario en el escalafón de la carrera, no podrá ser removido sino por las causales que se señalen en las disposiciones pertinentes (Art. 107).

A partir del Decreto 2655 de 1.973 estas normas se complementaron así:

- Para ingresar a la Carrera Penitenciaria el aspirante deberá cumplir entre otros, los siguientes requisitos: a) poseer título académico correspondiente; b) aprobar el curso de formación o capacitación, o ganar el concurso respectivo, y c) obtener título de idoneidad en la forma señalada en el mismo decreto (Art. 10).

- Quienes aprueben el curso de formación o superen el concurso, serán nombrados como funcionarios del ramo carcelario y penitenciario en período de prueba (Art. 14).

SECCION SEGUNDA

- El período de prueba tendrá una duración de seis meses, y una vez vencidos, el funcionario será calificado por su superior inmediato, de acuerdo con los criterios que determine la Junta de Carrera Penitenciaria (Art. 15).

- Si la calificación de servicios del empleado resultare igual o superior a 60 puntos, el Director General de Prisiones informará a la Escuela Nacional Penitenciaria para que esta dependencia le otorgue el respectivo título de idoneidad a que se refiere el Art. 101 del decreto 1817 de 1.964 (Art. 18).

- Una vez otorgado el título de idoneidad, el Ministerio de Justicia ordenará por resolución la inscripción del empleado en el escalafón de la Carrera Penitenciaria. A partir de este momento el nombramiento se considerará realizado en propiedad (Art. 19).

- El funcionario inscrito en la carrera tendrá, entre otros derechos, el de permanecer en el servicio, siempre que cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su cargo (Art. 21).

Analizados los elementos de Juicio que obran en el expediente, a los cuales se ha hecho referencia, frente a los preceptos citados que regulan el sistema de ingreso a la Carrera Penitenciaria, evidencia la Sala que asiste la razón al señor Fiscal para solicitar, en su concepto, la confirmación de la sentencia recurrida, toda vez que el demandante cuando fué removido de su cargo no se encontraba inscrito en la carrera penitenciaria, ni había cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos para el efecto por los Decretos 1817 de 1.964 y 2655 de 1.973 y, por ende, no estaba amparado por el derecho a la estabilidad y podía ser declarado insubsistente conforme a lo prescrito en el inciso 2° del artículo 3° del Decreto 819 de 1.974 que dispone: "Los empleados del ramo carcelario y penitenciario no inscritos en el escalafón de la carrera penitenciaria pueden ser removidos libremente".

En efecto, el actor fué nombrado provisionalmente en el cargo de Inspector de Prisiones Clase II grado 16, de la División Técnica, perteneciente a la Dirección General de Prisiones, sin cumplir los mecanismos legales para el ingreso a la carrera penitenciaria, y aún cuando aprobó el curso de capacitación para el cual fué convocado por la Resolución No. 2626 de 20 de junio de 1.978 y fueron calificados sus servicios con un puntaje superior a 60 puntos, no obtuvo el título de idoneidad por la Escuela Penitenciaria Nacional, a que se refieren los Arts. 101 del Decreto 1817 de 1.964 y 18 del Decreto 2655 de 1.973 y, por consiguiente, tampoco fué inscrito en el escalafón de la carrera; el demandante entonces era funcionario de libre nombramiento y remoción y, por tanto, podía ser retirado del servicio por la autoridad nominadora en ejercicio de la facultad discrecional.

El hecho de que el actor adelantara el curso de capacitación a que se ha hecho mención, y su superior inmediato calificara sus servicios en la forma en que lo hizo, sin el cumplimiento de las demás formalidades exigidas para el ingreso a la carrera penitenciaria, no le confería al señor Galeano Arcila estabilidad en el cargo que desempeñaba en el Ministerio de Justicia Dirección General de Prisiones.

Finalmente, en cuanto al cargo que hace la parte actora en el escrito demandatorio,

de violación del Art. 103 del Decreto 1817 de 1.964 porque no se designó en reemplazo del demandante a una persona que estuviera inscrita en la carrera, la Sala anota que el Art. 103 del Decreto Extraordinario 1817 de 1.964 señala que se dará preferencia para ocupar los cargos del ramo carcelario a quienes se encuentren escalafonados, lo cual no excluye la posibilidad de que tales cargos puedan ser igualmente provistos provisionalmente con personal no perteneciente a la carrera, como sucedió con el actor cuando ingresó por primera vez al Ministerio de Justicia en el año de 1.975.

De ahí que, la Sala concluye, que en el caso *sub-lite*, no fueron violados con el acto administrativo impugnado, los Arts. 100, 101, 103, 104 y 107 del Decreto 1817 de 1.964 invocados en el escrito demandatorio, y tampoco los Arts. 2, 16, 17, 26 y 30 de la Carta y 4 y 5 de la Reforma Plebiscitaria, cuya trasgresión dependía de la violación del Decreto 1817 de 1.964.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 13 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

NULIDAD PROCESAL - Improcedencia

La norma contenida en el artículo 4° del C. de P.C. recuerda al Juez que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" pero tal precepto no implica derogación de las formalidades judiciales. No puede perderse de vista que el proceso se integra a través de una serie ordenada o concatenada de actuaciones regladas que es preciso observar a fin de dar seguridad jurídica a las partes involucradas en la litis. Si el legislador ha establecido en forma taxativa las nulidades procesales y por tal motivo sólo existen las consagradas en el texto legal, tales disposiciones no son susceptibles de aplicarse o extenderse a situaciones diferentes de las expresamente han sido previstas. En el *sub judice* no se ha omitido el término para pedir o practicar pruebas.

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

Bogotá, D.E., veintidos (22) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Sala de Decisión. Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.
Ref.: Expediente No. 482. Reconstrucción-Apelación Sentencia. Actor: Salvador Romero Gallo.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la apoderada del actor contra la providencia de 5 de septiembre de 1.989, por medio de la cual se negó la nulidad de lo actuado pedida a partir del auto que declaró la clausura de la etapa probatoria, en consideración a que la causal invocada se refiere al caso en que se hayan omitido los términos para pedir o practicar las pruebas en el proceso.

Se fundamenta el recurso en las razones que a continuación se compendian:

- 1.- Se decretó la clausura del período probatorio sin que se hubieran completado las pruebas solicitadas y ordenadas, por lo cual se pidió la nulidad de todo lo actuado.
- 2.- La nulidad fué negada con el argumento de que ésta se refiere a la omisión del término para pedir o practicar pruebas y en este caso se ha estado en dicha tarea desde diciembre de 1.986, superándose el término legal de 30 días.
- 3.- La interpretación del numeral 6o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil es "demasiado exegética" y no se compadece con el artículo 4o. de la misma obra según el cual el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, ni con lo sostenido constantemente por el Consejo de Estado.

De aceptarse esta tesis, "a la parte demandada le bastaría con demorar el envío de las pruebas y esperar a que venciera el período para así dejar sin pruebas a la parte demandante". (Fols. 343-344).

Para resolver, se considera:

Expresa el auto suplicado que la causal invocada no se configura pues el actor "tuvo su oportunidad para pedir pruebas y en cuanto al término de la práctica de ellas, se observa que en dicha tarea se ha estado desde diciembre de 1.986 (folio 32 vuelto), superándose en exceso el término legal de 30 días establecido en el Decreto 3825 de 1.985."

Y agrega:

"Por lo demás, a folios 157 y 158 obran los oficios con los cuales el Ministerio de Justicia contestó negativamente la solicitud de envío de la investigación disciplinaria a la cual alude la memorialista." (Fols. 162-163).

No hay duda de que tiene sentido esta argumentación. La causal que se invocó al pretender la anulación de la actuación está concebida en los siguientes términos según el texto original entonces vigente:

"6.- Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión."

Evidentemente, no es éste el caso del *sub lite*. Muestran los autos la realidad procesal de que, en el lapso comprendido entre el 28 de noviembre de 1.986 y el 31 de marzo de 1.989, fecha en la cual se declaró clausurado el debate probatorio, se estuvieron evacuando las pruebas solicitadas, entre ellas los oficios al Ministerio de Justicia pedidos por la parte actora (Fols. 157-158).

Bien es cierto que la norma contenida en el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil recuerda al juez que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", pero tal precepto no implica derogación de las formalidades judiciales. No puede perderse de vista que el proceso se integra a través de una serie ordenada o concatenada de actuaciones regladas que es preciso observar a fin de dar seguridad jurídica a las partes involucradas en la litis.

Si el legislador ha establecido en forma taxativa las nulidades procesales y por tal motivo sólo existen las consagradas en el texto legal, tales disposiciones no son susceptibles de aplicarse o extenderse a situaciones diferentes de las que expresamente han sido previstas.

Ahora bien, como en el *sub judice* no se ha omitido el término para pedir o practicar las pruebas, la Sala habrá de confirmar el auto suplicado, como en efecto se confirma.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia de cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), dictada por el Doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

ACCION DISCIPLINARIA/PRESCRIPCION - Término/PROCESO DISCIPLINARIO/DESTITUCION

La acción disciplinaria en el *sub lite* no estaba prescrita, en los términos del artículo 12 de la L. 25/74. No existe norma legal que estipule como causal de nulidad de los actos administrativos el no haberse expedido dentro del término legal señalado al efecto. Tal omisión conllevaría a la imposición al funcionario investigador, por cuya negligencia dichas actuaciones y diligencias no se realizaron oportunamente, de la respectiva sanción disciplinaria por incumplimiento de sus deberes y obligaciones, pero no puede válidamente acarrear la nulidad del acto administrativo proferido fuera del término aludido.

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

Bogotá, D.E., noviembre veintitres (23) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

Ref.: Expediente No. 806. Autoridades Nacionales. Actor: Oscar Efrén Moncayo Moncayo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- contra la sentencia de 28 de mayo de 1.982 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso incoado por Oscar Efrén Moncayo Moncayo en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 145 de 12 de enero de 1.979, expedida por el Gerente General del mencionado instituto, mediante la cual se destituyó al demandante del cargo de Técnico Operativo 07, en el Proyecto Antioquia y se le inhabilitó para ejercer cargos públicos por el término de un mes.

Como restablecimiento del derecho la parte actora pidió su reintegro al mismo cargo que ocupaba en iguales o similares condiciones a las que tenía en el momento de su desvinculación del servicio y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad (fls. 36 y 37).

Asimismo, en el memorial mediante el cual se aclaró y corrigió la demanda, el accionante solicitó se ordene al INCORA cancelarle los dineros que por concepto de una Brújula y Cinta Métrica le descontó y se le condene al pago de los perjuicios morales que le fueron causados con ocasión de la expedición de la Resolución acusada.

En la demanda y en su aclaración se citaron como disposiciones violadas el artículo 26 de la Constitución Política y los artículos 125, 130, 131, 133 a 135, 138, 143, 148, 150, 152, 154, 155, 156 y 157 del Decreto 1950 de 1.973 por las razones que se exponen a folios 37 y 251 a 253.

Dice, igualmente, el demandante que "al momento de iniciarse la acción disciplinaria, ésta ya se encontraba prescrita".

Para acceder a las súplicas de la demanda el Tribunal del conocimiento, en primer término, definió que para la fecha en que se inició la acción disciplinaria contra el accionante, ésta no se hallaba prescrita porque en ese momento el término de prescripción de la referida acción no se regía por lo establecido en el artículo 148 del Decreto 1950 de 1.973 que lo fijaba en un año, como lo sostiene el demandante, sino por lo estatuido en el artículo 12 de la Ley 25 de 1.974 que lo elevó a cinco años.

Dilucidado lo anterior, el *a-quo* expresó lo siguiente:

"Como puede observarse con la lectura del "proceso" disciplinario, éste también hizo caso omiso de los perentorios términos señalados en el Decreto 1950 pues en ninguna de las que debieron esquematizarse como ordenadas etapas de un adecuado expediente disciplinario, se cumplieron. Los términos allí no contaron absolutamente para nada y sólo se hizo mención a 8 días cuando en una curiosísima y aparente segunda etapa, se le dijo al empleado que tenía dicho término para formular descargos.

Pero también debe depararse en que a folios 6 del cuaderno número 4 y desde el 17 de agosto de 1.977, el demandante Moncayo había solicitado pruebas que, por lo que se ha observado en el expediente, no se practicaron, tales: La del literal b) en cuanto los conceptos de los participantes en las reuniones de Jefes de Comisión. Copias de las actas en las que conste que mi interés era el de favorecer al señor Martínez en lo que a trabajo se refiere, especialmente para su ascenso a presición (sic).

En esta forma también se transgredió el artículo 131 del Decreto 150.

Una investigación que debió durar poquísimos días se tornó tan excesivamente larga, desordenada, confusa y dispendiosa que culminó al cabo de quince meses de iniciada, con gravísimas fallas en su estructura procedimental y aún meramente organizativa, violando no sólo las normaciones puramente adjetivas del Decreto 1050 de 1.968, sino que transgredió el derecho de defensa.

La formación propia de expediente excedió los términos señalados en las normas antes citadas. Se dejaron de lado los mas elementales pronunciamientos de autos o providencias impulsadoras del proceso y que evidenciarán no solo el orden lógico de su desenvolvimiento y como acto obvio y básico al régimen procesal gubernativo, sino que ello repercutió en la omisión del señalamiento de las etapas preclusivas que indicarán los términos para dictar los actos que estaba obligada la administración interna del Incora.

La lealtad en el debate, la moralidad en el mismo, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión exigen, al decir de Alsena (sic) que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas prestablecidas. Es que en verdad, como lo dice Chioyenda, las formas del proceso son tan absolutamente indispensables que ellas aseguran el orden en el debate, los derechos de las partes y la justicia en la determinación final.

Las formas aseguran así mismo la tranquilidad pública y siembran la impresión de un ordenado y correcto proceder.

Mirado el proceso bajo estas ideas primordiales y un tanto simples, no se requiere ser letrado para concluir que el 'proceso' gubernativo de orden disciplinario, dejó de lado la más mínima noción de lo que el procedimiento mismo sugiere". (fls. 26 y 27 cdno. 4).

En el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia, el apoderado de la entidad apelante solicitó la revocación de la sentencia y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda haciendo hincapié en que el Tribunal sin discutir la comisión por parte del actor de un hecho sancionable "con alguna imprecisión plantea o predica que la sanción aplicada (destitución) surge exagerada", anotando a la vez, que dadas las características de la conducta asumida por el actor, no sólo con el fin de defraudar a la Administración legalizando un faltante de elementos a su cargo, con elementos entregados por el Instituto a otro funcionario y que éste le había encomendado reintegrar al almacén del INCORA, sino con el propósito de ocultar su falta mediante la preparación ponderada de distintas coartadas, aquella ameritaba el calificativo de grave y se hacía imperativo la imposición de la consigna sanción, respecto de la cual, asevera el recurrente, hubo consenso en la comisión de personal, incluyendo al representante de los trabajadores en dicha comisión.

Igualmente se censura la sentencia porque la decisión de nulidad del acto impugnado que contiene, se fundamenta en la no tramitación del procedimiento disciplinario en los términos señalados en el artículo 152 del Decreto 1950 de 1.973, pues

la entidad apelante considera que el plazo de ocho días que establece esa norma para la verificación de la comisión de los hechos sancionables, la formulación de los cargos, la recepción de descargos, el aporte, solicitud decreto y práctica de las pruebas, la calificación de las faltas y la imposición de la sanción, es notoriamente exiguo y hasta atentario del derecho de defensa del inculpado, porque en aras de su plena observancia habría que sacrificar la posibilidad de su adecuado ejercicio, toda vez que ese angustioso plazo impediría la adecuada y correcta evacuación de las pruebas, así como la acertada ponderación y análisis de los hechos configurativos de la falta y de las circunstancias que los rodearon, como hubiera ocurrido en este caso, en donde la investigación debía surtir en diferentes sitios del país (Nariño y Caquetá).

Resalta la entidad recurrente que no existe norma que determine como causal de anulación de los actos administrativos el no haberse expedido dentro de los términos previstos en la ley. Por tanto, estima que la omisión en el cumplimiento de éstos, en el peor de los casos, daría lugar a la imposición de sanciones administrativas al funcionario investigador por la negligencia en la observancia de sus deberes, pero no a que el funcionario inculpado libere su responsabilidad por la comisión de hechos, inquestionablemente constitutivos de faltas disciplinarias.

Dice también el Instituto recurrente que la posición del Tribunal cuando sostiene que en el proceso disciplinario adelantado contra el actor no se dictaron las providencias de impulsión del mismo, es en extremo rigurosa porque "providencia no es sólo aquella que asume desde su aspecto estructural externo determinadas fórmulas sacramentales: parte motiva -parte resolutive; providencia es aquella manifestación exteriorización de la voluntad de la Administración que de suyo puede estar concebida en forma de oficio, acta, memorando, circular, etc."

"Estimo, Honorables Consejeros, que para casos como el de las averiguaciones disciplinarias que deben adelantar funcionarios públicos expertos en disímiles disciplinas del conocimiento, no sería por lo menos razonable exigirles versación y dominio de las prácticas y técnicas propias de la actividad jurídica o judicial. Lo importante es analizar si la decisión, cualquiera sea o haya sido la fórmula material empleada, cumplió o no las exigencias sustanciales y los objetivos procedimentales perseguidos por la ley".

"En este sentido puede afirmarse válidamente que el proceso disciplinario seguido contra el señor OSCAR EFREN MONCAYO, este propósito se cumplió a cabalidad; cualquiera otra consideración aparece insostenible." (fl. 105 C. 4)".

En cuanto a la violación del derecho de defensa del demandante que, según el *a-quo*, se dio en el *sub-lite*, dice la entidad apelante que realmente no se presenta, toda vez que "El derecho de defensa procesalmente materializado en la oportunidad de ser oído; conocer los cargos que se le imputan y las pruebas recaudadas; derecho a solicitar y que se practiquen en cuanto sean precedentes aquellas pruebas que le permitan aclarar su conducta y exonerarse de responsabilidad, se respetó con integridad en el diligenciamiento de la acción disciplinaria adelantada en

Una investigación que debió durar poquísimos días se tornó tan excesivamente larga, desordenada, confusa y dispendiosa que culminó al cabo de quince meses de iniciada, con gravísimas fallas en su estructura procedimental y aún meramente organizativa, violando no sólo las normaciones puramente adjetivas del Decreto 1050 de 1.968, sino que transgredió el derecho de defensa.

La formación propia de expediente excedió los términos señalados en las normas antes citadas. Se dejaron de lado los mas elementales pronunciamientos de autos o providencias impulsadoras del proceso y que evidenciarán no solo el orden lógico de su desenvolvimiento y como acto obvio y básico al régimen procesal gubernativo, sino que ello repercutió en la omisión del señalamiento de las etapas preclusivas que indicarán los términos para dictar los actos que estaba obligada la administración interna del Incora.

La lealtad en el debate, la moralidad en el mismo, la igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión exigen, al decir de Alsená (sic) que el proceso se desenvuelva con sujeción a reglas preestablecidas. Es que en verdad, como lo dice Chioyenda, las formas del proceso son tan absolutamente indispensables que ellas aseguran el orden en el debate, los derechos de las partes y la justicia en la determinación final.

Las formas aseguran así mismo la tranquilidad pública y siembran la impresión de un ordenado y correcto proceder.

Mirado el proceso bajo estas ideas primordiales y un tanto simples, no se requiere ser letrado para concluir que el 'proceso' gubernativo de orden disciplinario, dejó de lado la más mínima noción de lo que el procedimiento mismo sugiere". (fls. 26 y 27 cdno. 4).

En el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia, el apoderado de la entidad apelante solicitó la revocación de la sentencia y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda haciendo hincapié en que el Tribunal sin discutir la comisión por parte del actor de un hecho sancionable "con alguna imprecisión plantea o predica que la sanción aplicada (destitución) surge exagerada", anotando a la vez, que dadas las características de la conducta asumida por el actor, no sólo con el fin de defraudar a la Administración legalizando un faltante de elementos a su cargo, con elementos entregados por el Instituto a otro funcionario y que éste le había encomendado reintegrar al almacén del INCORA, sino con el propósito de ocultar su falta mediante la preparación ponderada de distintas coartadas, aquella ameritaba el calificativo de grave y se hacía imperativo la imposición de la consigna sanción, respecto de la cual, asevera el recurrente, hubo consenso en la comisión de personal, incluyendo al representante de los trabajadores en dicha comisión.

Igualmente se censura la sentencia porque la decisión de nulidad del acto impugnado que contiene, se fundamenta en la no tramitación del procedimiento disciplinario en los términos señalados en el artículo 152 del Decreto 1950 de 1.973, pues

la entidad apelante considera que el plazo de ocho días que establece esa norma para la verificación de la comisión de los hechos sancionables, la formulación de los cargos, la recepción de descargos, el aporte, solicitud decreto y práctica de las pruebas, la calificación de las faltas y la imposición de la sanción, es notoriamente exiguo y hasta atentario del derecho de defensa del inculpado, porque en aras de su plena observancia habría que sacrificar la posibilidad de su adecuado ejercicio, toda vez que ese angustioso plazo impediría la adecuada y correcta evacuación de las pruebas, así como la acertada ponderación y análisis de los hechos configurativos de la falta y de las circunstancias que los rodearon, como hubiera ocurrido en este caso, en donde la investigación debía surtirse en diferentes sitios del país (Nariño y Caquetá).

Resalta la entidad recurrente que no existe norma que determine como causal de anulación de los actos administrativos el no haberse expedido dentro de los términos previstos en la ley. Por tanto, estima que la omisión en el cumplimiento de éstos, en el peor de los casos, daría lugar a la imposición de sanciones administrativas al funcionario investigador por la negligencia en la observancia de sus deberes, pero no a que el funcionario inculpado libere su responsabilidad por la comisión de hechos, incuestionablemente constitutivos de faltas disciplinarias.

Dice también el Instituto recurrente que la posición del Tribunal cuando sostiene que en el proceso disciplinario adelantado contra el actor no se dictaron las providencias de impulsión del mismo, es en extremo rigurosa porque "providencia no es sólo aquella que asume desde su aspecto estructural externo determinadas fórmulas sacramentales: parte motiva -parte resolutive; providencia es aquella manifestación exteriorización de la voluntad de la Administración que de suyo puede estar concebida en forma de oficio, acta, memorando, circular, etc."

"Estimo, Honorables Consejeros, que para casos como el de las averiguaciones disciplinarias que deben adelantar funcionarios públicos expertos en disímiles disciplinas del conocimiento, no sería por lo menos razonable exigirles versación y dominio de las prácticas y técnicas propias de la actividad jurídica o judicial. Lo importante es analizar si la decisión, cualquiera sea o haya sido la fórmula material empleada, cumplió o no las exigencias sustanciales y los objetivos procedimentales perseguidos por la ley".

"En este sentido puede afirmarse válidamente que el proceso disciplinario seguido contra el señor OSCAR EFREN MONCAYO, este propósito se cumplió a cabalidad; cualquiera otra consideración aparece insostenible." (fl. 105 C. 4)".

En cuanto a la violación del derecho de defensa del demandante que, según el *a-quo*, se dio en el *sub-lite*, dice la entidad apelante que realmente no se presenta, toda vez que "El derecho de defensa procesalmente materializado en la oportunidad de ser oído; conocer los cargos que se le imputan y las pruebas recaudadas; derecho a solicitar y que se practiquen en cuanto sean procedentes aquellas pruebas que le permitan aclarar su conducta y exonerarse de responsabilidad, se respetó con integridad en el diligenciamiento de la acción disciplinaria adelantada en

contra del actor. De lo anterior da cuenta el informativo arrimado al expediente. No hubo ningún juicio sumario ni se coartó en forma alguna el derecho de defensa del inculpado. Este conoció los cargos y las pruebas que obraban en su contra, rindió sus descargos, se practicaron las pruebas conducentes, su falta fue calificada como grave por funcionario competente, su conducta estudiada por la Comisión de Personal del Instituto integrada en legal forma y este organismo recomendó a la Gerencia General la imposición de la sanción de destitución en concepto debidamente motivado". (fl. 106 C.4).

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, en su concepto de 9 de junio de 1.988 (fls. 420 a 422) encuentra que la actuación administrativa, "efectivamente, es desordenada y, sobre todo, lenta: PERO, es notorio que las exigencias que pudiéramos llamar sustanciales (con léxico prestado al artículo 305 del C. de P.P., aplicable por analogía a los procesos disciplinarios), si se satisfacen, a saber: a) competencia funcional; traslado de cargos; declaración de descargos; recepción de las declaraciones solicitadas por el encagado (así se afirma, sin contradicción idónea en la propia declaración de descargos). En conclusión: no se violó el derecho de defensa. Sólo que ésta no fue convincente, ni para la administración ni para esta Fiscalía: no se le encuentra seriedad a una denuncia penal por supuesta sustracción de bienes de propiedad oficial cuya pérdida no se reporta a la entidad dueña. Compromete también la responsabilidad del actor su conducta con respecto a su compañero de trabajo, Fabio Martínez, quien le hizo entrega de una brújula para ser devuelta al Proyecto Caquetá. Implemento que tampoco fue reintegrado." (fls. 420 y 421), "lo cual le llevó a identificarse con lo expuesto por los magistrados del Tribunal que salvaron su voto (fols. 29 y 31) y a solicitar la revocación de la sentencia impugnada y la denegación de las súplicas del libelo.

El proceso se destruyó en la segunda instancia, en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1.985 y la parte apelante obtuvo su reconstrucción.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es oportuno precisar, que la falta imputada al accionante y por la cual se le sancionó con la destitución, fue la de engañar a la administración del INCORA al intentar legalizar un faltante de almacén (brújula taquimétrica y cinta métrica) en el Proyecto Nariño, con una brújula de similares características, la cual pertenecía al inventario del funcionario Fabio Arturo Martínez Acosta, del Proyecto Caquetá.

En la demanda en el capítulo de hechos (fls. 246 a 257) el actor manifestó que para sustituir los elementos faltantes en el inventario a su cargo, compró a

una señora que inicialmente identificó como Matilde Vicuña de Martínez y luego como Stella Vicuña de Pérez, una brújula y una cinta métrica, las cuales entregó al almacén del INCORA, por lo cual no es cierto lo aseverado en la Resolución impugnada, en el sentido de que para el efecto anotado (saldar déficit en su inventario), haya entregado una brújula y una cinta métrica que hubiera recibido del señor Fabio Martínez con el fin de que en su propio nombre las devolviera al almacén del Instituto.

Dice además, que nunca se aprobó que el señor Martínez le entregara los mencionados elementos y fórmula reparos a la forma como se apreció la prueba de la cual se dedujo que la brújula entregada por él al almacén fuera la misma que el mencionado señor le dió para su devolución al almacén.

Relata igualmente el accionante, que por Resolución No. 5727 de 25 de octubre de 1.978, el INCORA dispuso que se le descontara la suma exagerada de \$13.274.00 por la brújula y cinta métrica faltantes en su inventario.

En el concepto de violación de las normas invocadas en la demanda, expresa que su transgresión se produjo porque los cargos no se le hicieron en forma clara; porque no se precisó la falta ni su fecha, por que no se le oyó al momento de responder los descargos; porque no se le dió oportunidad de intervenir en la práctica de las pruebas dirigidas contra él; porque su jefe inmediato no fue quien verificó la comisión de los hechos y, finalmente, porque no se oyó el concepto de la Comisión de Personal de la entidad.

Debe entonces establecerse si ciertamente en el *sub-lite* se desconoció el derecho de la defensa del actor.

Al respecto se observa que si bien en el expediente no obran las providencias mediante las cuales se dispuso la formulación de los cargos al demandante y la práctica de las pruebas que éste solicitó, lo cierto es que el primero se cumplió por medio del oficio No. 1908 de 17 de agosto de 1.977 (fl. 30 Cdno. No. 4) en el cual, claramente se le expresa la infracción en que parecía estar incurso, consistente en "pretender cubrir un faltante suyo en el Almacén del Proyecto Nariño con una brújula inservible que le había sido entregada por uno de los topógrafos del Proyecto Caquetá, para que a su vez usted la hiciera llegar al almacenista de este último Proyecto". Lo segundo también se hizo como se verá continuación:

De conformidad con el artículo 150 del Decreto 1950 de 1.973, vigente para la época en que se tramitó el proceso disciplinario, las pruebas que procedía decretar eran las conducentes para desvirtuar los hechos imputados al funcionario investigado.

En el oficio fechado el 19 de agosto de 1.977 (fls. 31 a 33 Cdno. No. 4), Oscar Efrén Moncayo Moncayo solicitó como pruebas la atestación por escrito del señor Fabio Martínez Acosta sobre la fecha y recibo por él de la brújula que figuraba en el inventario de Martínez y que éste dice haberle entregado para que

la devolviera al almacén del INCORA, pero que el actor entregó a dicho almacén para suplir el faltante registrado en su propio inventario; fotocopias de las actas contentivas del concepto de los participantes en las reuniones de los Jefes de Comisión a las cuales asistió y que fueron presididas por el Director del Proyecto Caquetá, en cuanto en ellas consta que su interés era el de favorecer al señor Martínez en lo que a trabajo se refiere, especialmente, por su ascenso en precisión; fotocopia del paz y salvo que le expidió el Proyecto Caquetá para efecto de su traslado al Proyecto Antioquia, a través del cual se acredita que se hizo entrega de los elementos que figuraban en su inventario y fotocopia del Oficio 3864 originario del Proyecto Nariño.

De las anteriores pruebas, a juicio de la Corporación, las únicas conducentes para desvirtuar los cargos imputados al actor son las referentes a las afirmaciones de Fabio Martínez sobre entrega y recibo por el actor de la susodicha brújula y el Oficio No. 3864, porque éste podría contener información acerca de la no comisión de los hechos configurativos de la falta atribuida al accionante. Las demás o sea las fotocopias de las actas de las reuniones de los Jefes de Comisión en las cuales consta la intención del demandante de ayudar a Fabio Martínez y las fotocopias del referido paz y salvo, en sentir del Consejo de Estado, no son idóneas para acreditar que Oscar Efrén Moncayo no entregó al almacén del INCORA la brújula que recibió de Fabio Martínez, para que en su nombre la reintegrara a dicho almacén, sino con el fin de cubrir el faltante de elementos que había sido detectado en su propio inventario. De modo, que la Administración válidamente podía dejar de decretar y recepcionar las últimas pruebas relacionadas.

Pues bien, en el cuaderno No. 4 contentivo del procedimiento disciplinario, a folio 36, aparece un escrito firmado por Fabio Martínez en el cual identifica detalladamente la brújula que dice haber entregado al demandante, proceso de identificación que culminó en la diligencia efectuada el 15 de noviembre de 1.977, en la cual afirma el señor Martínez que la brújula que se le muestra es la que entregó a Oscar Efrén Moncayo, la cual a su vez es la misma que fue enviada por éste para cubrir el faltante de elementos a que se ha hecho referencia, según se hizo constar en el acta de la misma diligencia (fls. 37 y 56). También se refiere a tales hechos, el oficio suscrito por Fabio Martínez Acosta el 23 de noviembre de 1.977, que dirigió al Jefe de la Oficina de Control de Operaciones que adelantaba la investigación.

Por su parte, el oficio No. 3864, cuya fotocopia se pide como prueba, aparece a folio 57 del cuaderno Nro. 4, en el cual se especifican los elementos enviados por el accionante para legalizar el faltante que obraba en su inventario, y que fue suscrito en Pasto el día 21 de julio de 1.977.

Se tiene entonces que las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos investigados, solicitadas por el actor en el escrito en que formuló sus descargos, sí fueron decretadas y obran en el expediente. Por consiguiente, carece de toda fundamentación fáctica la aseveración del Tribunal en el sentido de que ellas no

se decretaron ni se recepcionaron, así como también carece de sustento jurídico la supuesta vulneración del derecho de defensa del demandante, en la cual, según el *a-quo*, incurrió la Administración.

Es menester anotar que la comisión de la falta imputada al actor resulta plenamente demostrada por las pruebas que él mismo solicitó en el escrito mediante el cual formuló sus descargos y que su afirmación de haber cubierto los elementos faltantes en su inventario con una brújula y una cinta métrica adquiridas a la señora Matilde Vicuña de Martínez, contenida en el oficio fechado el 7 de mayo de 1.978 (fls. 61 y 62 Cdn. No. 4), carece de respaldo probatorio, porque no fue posible verificar si efectivamente esa transacción se realizó, toda vez que los residentes de la dirección suministrada por el accionante, no conocían a la mencionada señora y Stella Vicuña de Pérez, a quien después el demandante señaló como la vendedora de dicho material, afirmó no conocerlo. (fl. 69 Cdn. No. 4).

Dilucidado lo anterior la Sala precisa anotar, en primer lugar, que los razonamientos del Tribunal sobre la no prescripción de la acción disciplinaria, lo cual se regulaba por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 25 de 1.974, resultan ajustados a derecho. Mas también carece de base legal la conclusión del fallador de primera instancia sobre la nulidad del acto administrativo acusado en razón de la inobservancia de los términos previstos en el Decreto 1950 de 1.973 para la realización de las distintas diligencias y actuaciones propias del procedimiento disciplinario por cuanto, como insistentemente lo ha sostenido el Consejo de Estado, no existe ninguna norma legal que estipule como causal de nulidad de los actos administrativos el no haberse expedido dentro del término legal señalado al efecto.

Por lo demás, tal omisión conllevaría a la imposición al funcionario investigador o instructor, por cuya negligencia dichas actuaciones y diligencias no se realizaron oportunamente, de la respectiva sanción disciplinaria por incumplimiento de sus deberes y obligaciones, pero no puede válidamente acarrear la nulidad del acto administrativo proferido fuera del término aludido.

Finalmente, se observa que es suficiente leer el último párrafo de la Resolución No. 0145 de 1.979 (fls. 39 y 40) para establecer que, contrariamente a lo aseverado por el accionante, la autoridad nominadora sí tuvo en cuenta para imponerle la sanción que ella contiene, el concepto emitido por la Comisión de Personal del INCORA (fls. 17 a 24 Cdn. No. 4), conforme al cual las faltas cometidas por Oscar Efrén Moncayo Moncayo "Lo hacen acreedor de la sanción disciplinaria de la destitución y a una inhabilidad de un (1) mes para el desempeño de cargos públicos", sugerencia que fue acogida en su integridad por el Gerente General del INCORA en el acto demandado.

Dé suerte, que tampoco por esta razón se desconoció el principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política, al cual se refiere el libelista, porque el nominador no dejó de solicitar el concepto de la Comisión de

Personal como lo ordenaba el artículo 156 del Decreto 1950 de 1.973, ni ésta dejó de emitirlo en forma motivada; más aún, la opinión de aquella fue aceptada plenamente por la autoridad nominadora, como se aprecia en la parte resolutive de la Resolución No. 145 de 1.979.

De acuerdo con lo expuesto, al no configurarse la violación de las normas superiores invocadas como infringidas por el demandante, porque no se desconoció el principio del debido proceso, toda vez que se observaron las normas que regulan el trámite del procedimiento disciplinario y al no presentarse la vulneración del derecho de defensa del accionante, como lo afirmó el Tribunal, imperioso es concluir que no procede la declaratoria de nulidad del acto acusado, pues sigue incólume la presunción de legalidad consustancial a todo acto administrativo.

Por último la Sala anota que en el caso de que procediera declarar la nulidad del acto acusado, tal decisión no llevaría a que se disponga la devolución al actor de las sumas de dinero que supuestamente el INCORA le descontó por concepto del valor de los elementos faltantes en su inventario, descuento que según el libelo, se ordenó por Resolución No. 5727 de 1.978, por cuanto éste no es una consecuencia de la sanción de destitución que se le impuso, sino de un hecho distinto, consistente en la comprobación del faltante de los referidos elementos.

En consecuencia, la sentencia recurrida debe revocarse y, en su lugar, se denegarán las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 28 de mayo de 1.982, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso promovido por el señor Oscar Efrén Moncayo Moncayo contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- a fin de obtener la nulidad de la Resolución Nro. 145 de 12 de enero de 1.979.

En su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 21 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompté Luna, Diego Younes Moreno.

**EMPLEADO PUBLICO DEPARTAMENTAL - Régimen aplicable/ANALOGIA/
INSUBSISTENCIA**

Las normas de los Decretos 2400 de 1.968 y 1.950 de 1.973, no son en estricto sentido jurídico aplicables a los funcionarios departamentales, toda vez que fueron expedidas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional. Por tanto, podría decirse que no fueron quebrantados con la expedición del acto acusado. No obstante, si se considera que las normas de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1.973, que consagran el proceso disciplinario a falta de estatuto propio en el orden departamental pueden aplicarse en virtud de lo estatuido en el artículo 8° de la Ley 153 de 1.887 se llegaría a las siguientes conclusiones: El actor era funcionario de libre nombramiento y remoción, no se encontraba inscrito en carrera administrativa, no gozaba de período fijo, ni tenía ningún fuero de estabilidad. Consecuentemente su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la providencia.

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

Bogotá, D.E. veintiocho (28) de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro

Ref.: Expediente No. 3444. Autoridades Departamentales. Actor: Libardo Simancas Torres.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Bolívar contra la sentencia de 18 de enero de 1.988 por la cual el Tribunal Administrativo de ese Departamento resolvió favorablemente las súplicas de la demanda presentada por el señor Libardo Simancas Torres.

ANTECEDENTES:

El 4 de octubre de 1.984 el señor Libardo Simancas Torres presentó demanda en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad del Decreto No. 406 de 7 de junio de 1.984, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Tesorero de esa Entidad territorial. Solicitó además, como consecuencia de dicha nulidad, el restablecimiento del derecho.

El señor Fiscal Primero del Tribunal en concepto de octubre 20 de 1.986 manifestó que en el caso *sub-lite* debían negarse las súplicas de la demanda y, por ende, absolver al Departamento de Bolívar.

El a-quo apartándose del concepto del señor Fiscal de la Corporación, declaró la nulidad del Decreto acusado, con base en que si a un funcionario de libre nombramiento y remoción se le imputan cargos que puedan dar lugar a la sanción de destitución, debe adelantarse previamente a su retiro del servicio investigación disciplinaria, con el fin de que dentro de ella el empleado ejerza el derecho de defensa consagrado en la Constitución Política. Afirmó que, en el caso *sub-examine*, se estableció con los testimonios y demás pruebas aportadas al proceso, que la verdadera motivación del acto impugnado fue la imputación al demandante de haber incurrido en faltas graves, en relación con las funciones inherentes al cargo que desempeñaba.

Admitido el recurso de apelación, la Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en concepto de 27 de enero de 1.989, expresa que el fallo recurrido debe ser confirmado, toda vez que del acervo probatorio se obtiene la conclusión que el motivo determinante para proferir el acto acusado, fue el de sancionar al actor por presuntas faltas cometidas en cumplimiento de sus funciones, sin que mediara el debido proceso, de conformidad con el artículo 26 de la C.N.; igualmente, que la Administración al retirar del servicio público al demandante, no lo hizo en aras del buen servicio, pues acorde con la declaración del ex-Gobernador del Departamento, se señaló como motivo para pedirle la renuncia el de realizar ajustes políticos en la nómina de sus colaboradores.

CONSIDERACIONES:

La Sala observa que en el escrito demandatorio se citan como disposiciones violadas los artículos 26 de la Constitución Política, 14 del Decreto Extraordinario 2400 de 1.968 y 125, 131 y 150 del Decreto Reglamentario 1950 de 1.973.

El artículo 26 de la Carta consagra el derecho de defensa y el debido proceso y los artículos de los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973 se refiere al régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Las normas de los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973, no son en estricto sentido jurídico aplicables a los funcionarios departamentales, toda vez que fueron expedidas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el

orden nacional. Por tanto, podría decirse que no fueron quebrantados con la expedición del acto acusado. No obstante, si se considera que las normas de los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973, que consagran al proceso disciplinario a falta de estatuto propio en el orden departamental pueden aplicarse en virtud de lo estatuido en el artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, se llegaría a las siguientes conclusiones:

El Doctor Libardo Simancas Torres era funcionario de libre nombramiento y remoción, y desempeñaba el cargo de Tesorero del Departamento de Bolívar. No se encontraba inscrito en carrera administrativa, no gozaba de período fijo, ni tenía ningún fuero de estabilidad. Consecuentemente, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la providencia. Como lo ha dicho la Sala, cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que se hace en procura del buen servicio.

En cuanto a que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del Doctor Simancas Torres en el cargo de Tesorero del Departamento de Bolívar hubiera obedecido al deseo de sancionar hechos constitutivos de falta disciplinaria grave en que hubiera incurrido en el ejercicio de sus funciones, dirá la Sala que ninguna sanción se le impuso puesto que la insubsistencia no lo es.

De la conversación sostenida entre el Doctor Simancas y el Gobernador, conversación que relatan los testigos cuyas declaraciones obran en el expediente, no se infiere que el Gobernador, quien profirió el acto demandado, estuviera inculcando al actor por acciones indebidas; y como el mismo lo manifestó posteriormente, aunque creía en su honestidad, estaba obligado por diversas circunstancias a hacer ajustes en su Administración, que a ese nivel, aunque sean de tipo político, no implican necesariamente desconocimiento de los fines del buen servicio que deben buscarse al ejercitar la facultad de libre nombramiento y remoción.

Como se sabe, la desviación de poder se configura cuando la correspondiente autoridad hace uso de una atribución legal, con fines distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. La desviación de poder debe surgir claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca. Debe llevarse al juzgador la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración para expedir el acto acusado no son aquellos que la ley le permite expresamente.

La relación de causalidad entre la insubsistencia y faltas disciplinarias no se infiere plenamente de las declaraciones rendidas ante el *a-quo* por los doctores Marun Gossain J., Arturo Facio-Lince López y Nicolás Curi Vergara; y como ningún desmedro en el servicio ocasionado por la remoción del actor se ha comprobado, debe continuar presumiéndose que el Gobernador al declarar la insubsistencia obró por razones de buen servicio.

SECCION SEGUNDA

La Sala estima que las anteriores consideraciones son suficientes para que se proceda a revocar la sentencia de 18 de enero de 1.988 proferida por el Tribunal del conocimiento, por no encontrar desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto demandado.

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°. Revócase la sentencia de 18 de enero de 1.988 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el proceso instaurado por el Doctor Libardo Simancas Torres.

En su lugar se dispone:

2°. 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 21 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

TRASLADO - Improcedencia/REINTEGRO - Improcedencia

En el presente caso no mediaron verdaderas necesidades del servicio para disponer el traslado del accionante. El nominador consideró que para la legalidad del traslado bastaba ordenarlo llana y simplemente, ignorando el artículo 30 del Decreto 1950 de 1.973.

La declaración de nulidad de un traslado conlleva el reconocimiento del derecho del empleado a permanecer en el cargo del cual fue desplazado, pero siempre bajo el supuesto de no haber sido retirado del servicio. En el *sub lite* fue declarada la vacancia del cargo y este acto administrativo tiene plena validez jurídica puesto que no fue anulado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el proceso que se entabló con ese fin. No procede disponer el reintegro del accionante al servicio público, toda vez que ello implicaría el desconocimiento de actos administrativos ejecutoriados y de la sentencia que sobre su legalidad recayó.

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

Bogotá, D.E. veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Ref.: Expediente No. 952. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos María Pacheco León

Mediante apoderado, el señor Carlos María Pacheco León demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de la Resolución No. 0576 de 27 de febrero de 1.979, proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, por medio de la cual se dispuso su traslado

del cargo de Director Regional del Proyecto Santander de ese Instituto al cargo de Director Regional del Proyecto Costa del Pacífico, con sede en la localidad de Guapi, y la del Oficio No. 03440 de 14 de marzo de 1.979, por el cual se confirmó la aludida determinación.

Asímismo pidió que como consecuencia de tal nulidad, se declare que "tiene derecho a ser mantenido en el cargo de Director Regional del Proyecto Santander, con sede en Bucaramanga, y a que se le paguen los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos de que se hubiere visto privado como consecuencia del traslado anterior, y que el tiempo transcurrido desde cuando el traslado se produjo, hasta cuando su reintegro a la Sede de Bucaramanga se produzca se tendrá como efectivamente servido al Estado Colombiano y al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para todos los efectos legales y prestaciones sociales".

En síntesis expuso como hechos sustentatorios de sus peticiones, los siguientes: hallándose desempeñado el cargo de Director Regional del Proyecto Santander del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el Gerente General de esa entidad le solicitó telefónicamente su renuncia la cual no presentó. Este hecho dio lugar a la expedición de la Resolución No. 0576 de 1.979, por la cual se ordenó su traslado al Proyecto Costa del Pacifico, con sede en Guapi, sin que mediaran necesidades del servicio.

Por razones de orden personal y de salud de sus padres, el accionante no podía desplazarse a la mencionada localidad, por lo cual interpuso recurso de reposición contra dicha Resolución, recurso que fue resuelto negativamente a sus pretensiones. Igualmente, solicitó se le concedieran varios períodos de vacaciones que tenían acumulados y, posteriormente, licencia no remunerada.

El Tribunal acogió las súplicas de la demanda en sentencia de 17 de septiembre de 1.981. El INCORA interpuso contra ella el recurso de apelación.

Reconstruido el proceso, por auto de 27 de mayo de 1.987 (fls. 182-183 cdeno. ppal.), se dispuso que quedaba en estado de correr traslado a la Fiscalía para concepto de fondo.

Se ha surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad que pueda incidir sobre la validez de la actuación, debe la Sala proferir sentencia, a lo cual procede mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 0576 de 27 de febrero de 1.979 y del Oficio No. 3440 de 14 de marzo del mismo año, emanados de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, mediante los cuales se ordenó el traslado del actor del cargo de Gerente

Regional del Proyecto Santander de ese Instituto, con sede en Bucaramanga al de Gerente Regional del Proyecto de Costa Pacífica, con sede en Guapi. Pero también merece especial análisis lo relacionado con el presunto restablecimiento del derecho solicitado en la demanda y concedido por el Tribunal.

En cuanto a la legalidad del traslado, es necesario verificar si obedeció a necesidades del servicio y si constituyó o no, desmejora de las condiciones laborales del actor.

En efecto, estatuye el artículo 30 del Decreto 1950 de 1.973 que el traslado de un funcionario público del orden nacional, como lo era el accionante, podrá hacerse por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado, vale decir, que esta norma autoriza el traslado por necesidades del servicio, cuando no entrañe desmejora.

En el *sub-lite*, resulta evidente que no existieron verdaderas necesidades del servicio que hicieran imperativo el traslado a Guapi, porque así lo manifestó el Gerente General del INCORA en oficio No. 3440 de 1.979, visible a folios 150 y 151 de los antecedentes administrativos, cuando al referirse a las razones del traslado señala: "En momento alguno la Gerencia está afirmado que existe una expresa necesidad del servicio, por el contrario al determinar su traslado está actuando ceñida al texto del Artículo 29 del Decreto 1950 de 1.973". No cabe, pues, ninguna duda de que en el presente caso no mediaron verdaderas necesidades del servicio para disponer el traslado del accionante a la localidad de Guapi.

El nominador consideró que para la legalidad del traslado bastaba ordenarlo llana y simplemente, ignorando el artículo 30 del Decreto 1950 de 1.973.

Las razones precedentes determinan la confirmación de la sentencia apelada en cuanto decreta la nulidad de los actos que ordenan el traslado, pero no en cuanto declara que el accionante tenía derecho a permanecer en el cargo de Gerente Regional de Santander, y dispone que la entidad demandada le cancele los salarios y prestaciones de que se haya visto privado con ocasión del traslado, por lo siguiente:

Objetivamente considerada, la declaración de nulidad de un traslado conlleva el reconocimiento del derecho del empleado a permanecer en el cargo del cual fue desplazado, pero siempre bajo el supuesto de no haber sido retirado del servicio. Mas en el *sub-lite* se presenta una variante, debidamente probada en el proceso, que impide hacer ese reconocimiento.

En efecto, consta en el expediente que mediante Resoluciones números 2474 y 2908 de 1.979 (fls. 178-179 y 182 - 183 antecedentes administrativos) el accionante fue separado del servicio por declaración de vacancia del cargo, y que este acto administrativo tiene plena validez jurídica puesto que no fue anulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el proceso que se entabló con ese

fin, según consta en la sentencia de 31 de mayo de 1.985 proferida por esta Corporación, visible a folios 3 a 20 del cuaderno principal, y que obra también en los antecedentes administrativos. Por manera que habiéndose producido la desvinculación del demandante por un acto administrativo que conserva pleno vigor jurídico, no procede disponer su reintegro al servicio público, que es a lo que equivaldría el reconocimiento del derecho a permanecer como Gerente Regional de Santander, toda vez que ello implicaría el desconocimiento de actos administrativos ejecutoriados y de la sentencia que sobre su legalidad recayó.

La orden al INCORA de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir con ocasión del traslado, tampoco es procedente.

En efecto, durante el tiempo transcurrido entre la expedición del acto de traslado y la declaratoria de vacancia le fueron reconocidos los derechos salariales a que habían lugar, al serle concedidas las vacaciones que solicitó. Después se le otorgó a petición suya, licencia no remunerada. Luego ninguna suma se le debe por ese concepto en ese lapso de tiempo. Y de ahí en adelante, la declaratoria de vacancia del cargo y la consiguiente separación del servicio por esa causa, impiden cualquier reconocimiento de sueldos y prestaciones.

De acuerdo con lo expuesto y debido a la vigencia de las Resoluciones 2474 de 17 de julio de 1.979 y 2908 de 21 de agosto del mismo año, se impone la revocatoria de los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida y así se dispondrá en este proveído.

Igualmente y por cuanto los planteamientos del *a-quo* se ajustan a derecho, se confirmarán los numerales primero y segundo del fallo en cuanto declaran la no prosperidad de las excepciones de inepta demanda y cosa juzgada propuestas por la parte demandada y la nulidad de los actos que dispusieron el traslado del actor.

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

FALLA:

1°. Confírmase los numerales primero y segundo de la sentencia de fecha 17 de septiembre de 1.981, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso incoado por Carlos María Pacheco León, encaminado a obtener la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- lo trasladó del cargo de Gerente Regional del Proyecto Santander al de Gerente Regional del Proyecto Costa del Pacífico.

2°. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, revócanse los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia mencionada y en su lugar, deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal del origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 21 de Noviembre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Charria Angulo, (Conjuez), Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

LICENCIA/COMISION DE ESTUDIOS/CONSEJO SUPERIOR DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Facultades

La expresión "patrocinio" utilizada por el artículo 48 del Decreto 250 de 1.970 que significa ayuda, colaboración, auxilio, permite interpretar que esta atribución no constituye una obligación a cargo del Estado de patrocinar a todo funcionario o empleado que lo solicite, sino una potestad que el Consejo Superior de Administración de Justicia debe ejercer en forma discrecional en la medida en que tienda a la mejor prestación del servicio que corresponde a la Rama Judicial.

Siendo la licencia y la comisión especial situaciones administrativas diferentes, es lógico concluir que la licencia que se otorgue a los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional no tiene necesariamente que derivar en el otorgamiento de una comisión especial a través de la cual deba concretarse el patrocinio a que se refiere el citado artículo 48.

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

Bogotá D.E., Noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Ref.: Expediente No. 1729. Resoluciones Ministeriales. Actor: María Teresa Garcés Lloreda.

La Doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, obrando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación para que se hagan las siguientes o semejantes declaraciones:

"PRIMERA: Que en el presente asunto se ha producido el fenómeno jurídico del silencio administrativo en relación con la reclamación formulada al Ministerio de Justicia por la doctora MARIA TERESA GARCES DE ANGEL, para que se le reconociera el valor de toda la asignación correspondiente al cargo de Relatora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el lapso que esta Corporación le confirió licencia para adelantar estudios especiales en la Universidad de París y de conformidad con lo previsto en el artículo 48 del Decreto 250 de 1.970.

SEGUNDA: Que es nulo el oficio número OJ. 1739 de Diciembre 27 de 1.978 suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia en donde se hace saber a la doctora MARIA TERESA GARCES DE ANGEL que su solicitud de patrocinio fue negada.

TERCERA: Que igualmente se declare que NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA, por conducto de la oficina pagadora correspondiente deberá pagar a la Doctora MARIA TERESA GARCES DE ANGEL, o a quien sus derechos representa, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos correspondientes al cargo de Relatora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y por el lapso comprendido entre el 1° de Septiembre de 1.976 y el 1° de Septiembre de 1.978.

CUARTA: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A."

Se afirmaron los siguientes Hechos:

1°.-) La Doctora MARIA TERESA GARCES DE ANGEL prestó servicios en el cargo de Relatora de la Sala Constitucional de la H. Corte Suprema de Justicia desde el 19 de Abril de 1.974.

2°.-) Esta Corporación, mediante Acuerdo número 1 de Julio 21 de 1.976 concedió licencia a mi poderdante por el término de un año a partir del 1° de Septiembre de 1.976, para separarse del cargo de Relatora, a fin de adelantar estudios de derecho público en la Universidad de París.

3°.-) La licencia de que trata el punto anterior fue prorrogada por un año más, a partir del 1° de Septiembre de 1.977, en virtud del Acuerdo número 1 de 1.977, de la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

4°.-) Según el Acuerdo número 1 Artículo 2°, se dispuso por la Sala Constitucional de la Corte comunicar el mismo al Ministro de Justicia para resolver el contenido del Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970, que establece el derecho al reconocimiento de la asignación para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público para patrocinar estudios especiales dentro y fuera del país.

5°.-) En atención a lo anterior y en Oficio número 108 del 29 de Julio de 1.976, el Secretario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, comu-

nicó al Ministerio de Justicia dicha decisión, para los efectos de la disposición mencionada.

6°.-) Así mismo mi poderdante en múltiples oportunidades se dirigió al Ministro de Justicia para solicitar que le decidiera la petición de patrocinio de estudios en el exterior, cuyo trámite se había iniciado desde el 30 de Julio de 1.976.

7°.-) Sobre lo anterior el Ministro de Justicia no expidió ninguna providencia que definiera la situación de mi poderdante y antes bien se vió obligada a viajar al exterior sin patrocinio alguno, teniendo que hacer los gastos que requerían su presencia en París para poder adelantar los estudios de Derecho Público.

8°.-) Solamente mi poderdante recibió el Oficio Número O.J. 1739 del 27 de Diciembre de 1.978 suscrito por el Abogado Jefe de la Oficina Jurídica, en donde se le expresa que por instrucciones impartidas por el Señor Ministro de Justicia, su solicitud de patrocinio por estudios de post-grado fué negada en virtud de que las diligencias respectivas debieron tramitarse con anterioridad a la realización de los estudios y no con posterioridad a los mismos.

9°.-) Sin embargo el Ministerio de Justicia no expidió ninguna providencia de Negativa o al menos ésta no fué notificada a mi poderdante, no siendo cierto además de que las diligencias no se tramitaron antes de la realización de estudios, pues desde el 30 de Enero de 1.976 la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia había comunicado a ese Ministerio, como se ha dicho, el Acuerdo respectivo para los efectos del patrocinio que éste debía dar, con el reconocimiento de la asignación correspondiente, como categóricamente lo señala el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970, habiéndose iniciado el trámite respectivo, al lado de múltiples solicitudes de la demandante en el mismo sentido.

10°.-) Es tan cierto que las diligencias respectivas para el patrocinio solicitado se tramitaron con anterioridad a la realización de los estudios, que el mismo Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, en Oficio número 0999 de 21 de Mayo de 1.979 comunicó al Ministerio del ramo que con base en la documentación presentada, ese despacho encontró que la situación de mi poderdante variaba, puesto que se habían adelantado dichos trámites, con anterioridad, lo cual dejaba sin piso naturalmente el oficio comentado, suscrito por el Abogado de la Oficina Jurídica de ese organismo, a que se ha hecho mención.

11°.-) Teniendo en cuenta lo anterior, mi poderdante se dirigió al Ministerio de Justicia en solicitudes de 17 de Abril de 1.978, 25 de Septiembre y 14 de Noviembre del mismo año, en solicitud del patrocinio que para estudios especiales que autoriza la Ley, sin que hubiese obtenido pronunciamiento alguno por parte de éste, razón por la cual se ha producido el silencio administrativo con relación a la reclamación presentada de conformidad con el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970, razón por la cual se encuentra agotada la vía gubernativa, como lo establece

el párrafo del Artículo 18 del Decreto 2733 de 1.959, lo que es procedente a la presente acción contencioso administrativa.

12°.-) Es tan absurda y extraña la actitud del Ministerio de Justicia para con mi poderdante que en casos similares al presente con relación a funcionarios de la misma categoría, se les ha otorgado sin vacilación alguna, el patrocinio de estudios especiales dentro y fuera del país, con reconocimiento de toda la asignación, como claramente lo determina el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970."

En la demanda se citaron como disposiciones violadas los Artículo 2, 17, 30 y 45 de la Constitución Política y 48 del Decreto Extraordinario 250 de 1.970.

En el concepto de la violación (folios 4, 5 y 6) el apoderado de la demandante afirma que, de conformidad con el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970, se establece la obligación del Estado de patrocinar estudios especiales de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, con reconocimiento del sueldo correspondiente a su cargo y con la finalidad de lograr que la Justicia que imparta pronta y cumplidamente; que la Sala Constitucional de la Corte, otorgó licencia a la actora para separarse del cargo de Relatora que desempeñaba en esa Corporación, en vista de que la Embajada de Francia en Colombia le confirió una beca para adelantar estudios de Derecho Público en la Universidad de París; que no obstante las constantes solicitudes presentadas al Ministerio de Justicia, sobre las cuales nunca hubo respuesta por este organismo, no se concedió el patrocinio especial a la Doctora GARCES DE ANGEL; que el referido Ministerio en casos similares había dado el patrocinio, debiendo aplicar el principio según el cual donde existe la misma razón debe aplicarse igual disposición, por lo que resalta la injusticia cometida con la demandante, pues es claro el derecho que ella tenía al patrocinio de estudios especiales, con el reconocimiento de la asignación que devengaba.

La Señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en concepto de Junio 10 de 1.988, manifiesta que no se debe acceder a las súplicas impetradas en la demanda. Para fundamentar su concepto, la agencia del Ministerio Público se expresó así, respecto a cada uno de los cargos:

"1°.- Violación al Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970:

"El Artículo mencionado, señala dos posibilidades o eventos a saber: La primera parte se refiere a la organización de cursos para la capacitación técnica o judicial, para el ingreso a la carrera o para el ascenso etc... de personas que se vinculen a la Rama jurisdiccional o al Ministerio Publico.

La Segunda, que es la que nos interesa, en el caso de autos se refiere al auspicio de estudios especiales en el país o en el exterior para empleados y funcionarios con reconocimiento total o en parte de su asignación.

La frase de la norma señalada como violada al decir patrocinará, está significando que puede o no hacerlo ya que es facultad sujeta a una serie de requisitos y circunstancias tales como partida presupuestal, especialización

escogida en relación con el cargo, celebración de un contrato etc.... que si se cumplen debe otorgarse la comisión.

En el presente caso no existió contrato, ni comisión previa de estudios, por lo tanto no había obligación legal que comprometiera a la administración para darla.

El permiso otorgado por la Corte Suprema de Justicia, no le deriva ningún derecho a la actora para obtener la respectiva comisión, por cuanto ésta era el resultado de otros presupuestos, entre los cuales se encontraba éste pero que no era el único o predominante de conformidad con las disposiciones del Decreto 1950 de 1.973, 2400 de 1.968 y 250 de 1.970".

2°.- Violación del Artículo 30 de la Constitución Nacional:

"Este argumento sería válido, de haber obtenido la actora la comisión de estudios y luego la administración haberla desconocido, pero de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, ello no ocurrió así, no es posible considerar que por disfrutar de dicha situación otros empleados y funcionarios se puedan alegar que los derechos adquiridos respecto de ellos, puedan hacerse extensivos a la demandante quien simplemente era acreedora a una mera expectativa que se traducía en la posibilidad de obtener la tantas veces mencionada comisión".

3°.- Violación del Artículo 2° de la Constitución Nacional:

"También se aduce que en el presente caso, no se atendió a dicho estatuto, al negarse el Ministerio a cumplir con una función que le correspondía, que era la de otorgar el patrocinio especial a la actora, para adelantar estudios en el exterior, con el reconocimiento de toda la asignación como Relatora de la Sala Constitucional de la H. Corte Suprema de Justicia de conformidad con lo previsto en el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970 tantas veces nombrado.

De acuerdo con las probanzas traídas a los autos, se tiene que pudo configurarse una demora en el Ministerio, para que diera su respuesta en el sentido de aclarar de una vez por todas la situación de la demandante, quien a su vez ha debido esperar la comunicación, antes de su viaje de estudios a París, al curso de Postgrado en Derecho Administrativo. Estas dos actitudes dejan en conclusión, que si la Administración hubiera obrado con celeridad y eficacia, y la demandante hubiera esperado la contestación a su solicitud, no se habría presentado la situación que estamos estudiando. Ya se expuso que la Administración en el presente caso, no estaba obligada a dar la comisión de estudios porque ésta es una facultad que para que sea de obligatoria concesión, se deben llenar unos requisitos y cumplir unos pasos que en el presente caso no se dieron, lo que conlleva precisamente a la no prosperidad de la acción.

Es cierto que los poderes públicos no podían ejercerse, sino en los términos del estatuto como lo señala el señor apoderado, pero resulta que en el presente caso, no era obligatorio por parte del Ministerio conceder la comisión, como se expuso anteriormente, por lo cual este ente administrativo, no dejó de cumplir la función que le correspondía".

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de Noviembre de 1.985 y el demandante obtuvo su reconstrucción por auto de Abril 9 de 1.987.

Llegado el momento de proferir sentencia, se produce previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1- Dentro de los antecedentes remitidos a la Secretaría de esta Corporación por la Jefe de la División Asistencia de la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia, encontramos el Oficio No. 008 de Octubre 3 de 1.978 (fl. 82), en el que se hace referencia a la petición que la actora formulara al Ministro de Justicia, sin que aparezca en parte alguna del proceso reconstruido, pronunciamiento del citado funcionario. Adujo la demandante que mediante oficio OJ 1739 del 27 de Diciembre de 1.978 (cuya copia no pudo ser allegada al proceso), el Abogado de la Oficina Jurídica del Ministerio, le expresó por instrucción del señor Ministro de Justicia, que su solicitud de patrocinio había sido denegada y a folio 13 obra copia de una comunicación radicada el 17 de Enero de 1.979 dirigida por la accionante al señor Ministro, solicitándole reconsideración de tal decisión, de la cual según su afirmación, no tuvo respuesta ni tampoco obra dentro de los antecedentes que fueron aportados por el Ministerio.

Resulta innegable por tanto, que el agotamiento de la vía gubernativa ha tenido lugar en virtud del silencio administrativo, en su aspecto negativo, en el caso sub-exámine, a la luz de lo que preceptuaba el Artículo 18 del Decreto Extraordinario 2733 de 1.959, vigente para la época en que se presentaron tales peticiones. Así ha de declararse.

2- La parte actora en el escrito demandatorio, cita como disposiciones violadas, los Artículos 2, 17, 30 y 45 de la Constitución Política y el Artículo 48 del Decreto 250 de 1.970.

El caso *sub-exámine* se reduce, por consiguiente, a establecer si en los términos en que lo plantea la parte actora, hubo o no violación del Artículo 48 del Decreto Extraordinario 250 de 1.970, pues respecto de los Artículos 2, 17, 30 y 45 de la Constitución Política, tales preceptos sólo pueden ser violados a través de las reglas legales que los desarrollan, como lo han afirmado la Corporación.

3- El Artículo 48 del Decreto Extraordinario 250 de 1.970, que se invoca como violado en el escrito demandatorio, dispone en lo pertinente que el Consejo Superior

de la Administración de Justicia "patrocinará estudios especiales, dentro y fuera del país, para funcionarios y empleados, con reconocimiento de toda la asignación o parte de ella".

La expresión "patrocinio" utilizada por el artículo citado, que significa ayuda, colaboración, auxilio, permite interpretar que esta atribución no constituye una obligación a cargo del Estado de patrocinar a todo funcionario o empleado que lo solicite, sino una potestad que el Consejo debe ejercer en forma discrecional en la medida en que tienda a la mejor prestación del servicio que corresponda a la Rama Judicial. Es un beneficio que en determinadas circunstancias puede concederse al servidor público para que pueda cumplir mejor su función, no un derecho que pueda exigirse indefectiblemente. No puede afirmarse entonces, que por el hecho de haber negado el Consejo Superior de la Administración de Justicia (en forma ficta) el patrocinio solicitado por la actora, haya violado el Artículo 48 mencionado, ni que haya vulnerado un derecho suyo que deba ser restablecido por la Jurisdicción, ordenando pagar todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos correspondientes al tiempo en que realizó los estudios especiales fuera del país.

Es cierto que la accionante con motivo de habersele concedido una beca para adelantar estudios en la Universidad de París, obtuvo licencia de la Corte Suprema de Justicia para separarse del cargo de Relatora por el termino de un año (fl. 12), que luego se prorrogó por un año más (fl. 120), pero este hecho no otorgó a la empleada más derechos de los que se derivan de esta situación administrativa, que es diferente, como más tarde lo puntualizó el Decreto Reglamentario 1660 de 1978, a la comisión de estudios, situación administrativa a través de la cual debía concederse el patrocinio a que se refiere el Art. 48 del Decreto 250 de 1970.

En efecto, la licencia para adelantar estudios, permite al servidor separarse temporalmente del empleo que desempeña, pero no le da derecho a la remuneración, mientras que la comisión especial, que puede cumplirse en el interior del país o en el exterior, además de que permite igualmente la separación del empleo, da derecho al comisionado a toda o parte de la asignación que devenga, como lo estableció el literal b) del artículo 97 del Decreto 1660 de 1978.

Y si la licencia y la comisión especial son situaciones administrativas diferentes, es lógico concluir que la licencia que se otorgue a funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional, conforme al Art. 27 del Decreto 250 de 1970, no tiene necesariamente que derivar en el otorgamiento de una comisión especial a través de la cual deba concentrarse el patrocinio a que se refiere el Art. 48 *ibidem*.

En el caso que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia otorgó a la acusante licencia para separarse del cargo de Relatora que desempeñaba en esa Corporación, para adelantar estudios de derecho público en la Universidad de París, pero ni consultó al Consejo Superior de la Administración de Justicia, como lo exigía el Art. 27 del Decreto 250 de 1970, ni tomó decisión alguna respecto al patrocinio

económico, pues no era competente para ello, sino que dispuso que por la Secretaría de la Sala se comunicará al Señor Ministro de Justicia "para que tenga a bien resolver sobre el contenido de la parte final del artículo 48 del Decreto 250 de 1970" (fl 12). Si la demandante decidió no esperar la resolución del Consejo Superior de la Administración de Justicia asumió el riesgo, que a la postre resultó cierto, de no ser favorecida con el patrocinio. Y la simple negativa por tratarse de un acto discrecional no contraría la norma que en tal forma otorgó la potestad.

Debe concluir por tanto la Sala, que no aparece ocurrida la violación denunciada del Artículo 48 del Decreto 250 de 1970 y no ocurrida ésta, tampoco se presenta la violación de los artículos 2, 17, 30 y 45 de la Constitución Política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1- Declárase probado el fenómeno del silencio administrativo con efectos negativos.

2-Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala, en sesión del 13 de Noviembre de 1990.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, (Ausente), Reynaldo Arciniegas Baedecker, Julio Cesar Obando C., Conjuez, (Ausente), Diego Younes Moreno.

ESCALAFON DOCENTE - Ascenso/ESCALAFON DOCENTE-Requisitos no utilizados

El artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 permite al docente utilizar aquellos requisitos (experiencia docente y cursos de capacitación) que no se habían hecho valer, esto es, condiciones o circunstancias requeridas para el propósito de ascender en el escalafón, que no fueron utilizados para ese fin en el régimen legal del escalafón anterior al establecido en el Decreto en mención o para efectos de asimilación a este nuevo escalafón. Es lógico entonces que tales requisitos sean los que hubieran sido idóneos, para alcanzar una nueva categoría en el escalafón docente anterior al contemplado en el citado decreto, o válidos para la asimilación, a los grados del actual escalafón.

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

Bogotá, D.E., Noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Ref: Expediente No. 26. Resoluciones Ministeriales. Actora: María Ligia Pisso Valencia.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por María Ligia Pisso Valencia contra la sentencia de 17 de noviembre de 1.983, dictado por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso que aquella promovió con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 922 y 1391 de 1.982, expedidas por la Junta Seccional de Escalafón del Departamento del Cauca y a manera de restablecimiento de derecho, la declaratoria de que ha cumplido con los requisitos para obtener el ascenso en el grado 10° del Escalafón Nacional Docente y que

tiene derecho al pago de los reajustes salariales y prestacionales como consecuencia de su inscripción en el grado 10°, a partir del 8 de Marzo de 1.982.

Los hechos fundamentales relatados en la demanda se resumen así:

1- La actora en su oportunidad solicitó ser ascendida al grado 10° del Escalafón Nacional Docente, pues aspiraba que le fueran reconocidos para efectos de su inscripción en ese grado, los ocho (8) años y veintiseis (26) días laborados en la enseñanza primaria en el mencionado departamento, así como el tiempo transcurrido a partir de su ubicación en el grado 7°, al cual había sido asimilada por haber obtenido el título de Licenciada en Ciencias de la Educación.

2- La Junta Seccional de Escalafón del Cauca decidió esta petición mediante la Resolución No. 922 de 9 de Junio de 1.982, por la cual fué ascendida sólo al grado 8° y no al grado 10° como lo había requerido.

3- El recurso de reposición que interpuso contra la citada providencia fue decidido por medio de la "Resolución No. 1391 de 6 de Agosto de 1.982, en la que se dijo, que el tiempo laborado en Primaria por la actora y el cual reclamaba para ser ascendida al grado 10° en el Escalafón, tiempo no tenido en cuenta para ascensos anteriores ni para efectos de Asimilación, no le sería tenido en cuenta por cuanto la Resolución No. 6746 de 1.981 del Ministerios de Educación Nacional "Así lo regula".

En el libelo se citan como normas violadas los Arts. 17 y 30 de la Constitución Política, el Art. 73 del Decreto 2277 de 1.979, el Art. 12 de la Ley 153 de 1.887 y el Art. 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

El concepto de violación se desarrolló en la forma como aparece a folios 54, 56 y 58 del expediente, argumentando en síntesis:

1) Que el Estatuto Nacional Docente estableció por el Decreto No. 2277 de 1.979, valora especialmente la experiencia docente y prescribe en su Art. 73 que "si se ha efectuado con anterioridad a la expedición del señalado Decreto y siempre que no se haya hecho valer para efectos de clasificaciones anteriores, ni para efectos de la Asimilación de que trata ese Decreto Ley, **sea tenido en cuenta** para POSTERIOR ascenso en el Escalafón. Esta es la base o fundamento legal que respalda a mi poderdante en su aspiración a que le sea reconocido el Derecho que tiene a que le sean válidos los ocho (8) años y veintiseis (26) días laborados en Primaria y que no han sido utilizados ni para efectos de clasificaciones anteriores ni para la asimilación".

2) Que la Resolución No. 6746 de 1.961 del Ministerio de Educación Nacional, invocada por la administración para desconocerle el derecho que tiene a que le sea reconocido el tiempo de servicio que no utilizó para efectos de su asimilación ni de ascenso, por establecer requisitos no previstos en el Art. 73 del Decreto 2277 fué anulada en su Art. 1° por el Consejo de Estado.

El Tribunal en la sentencia apelada negó las súplicas de la demanda, para lo cual

hizo los siguientes razonamientos:

1) La experiencia docente que la demandante pide se le tenga en cuenta para ascender al grado 10° "es la correspondiente al tiempo servido entre el tres de Octubre de 1.970 y el 30 de Noviembre de 1.978, o sea ocho (8) años y once (11) días en el nivel de enseñanza primaria".

2) De acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitido a raíz de una consulta formulada por el Ministerio de Educación Nacional sobre los alcances del Art. 73 del Decreto 2277 de 1.979, que regula lo relacionado con los requisitos no utilizados para efectos de clasificación en el Escalafón Nacional Docente "únicamente pueden computarse para ascensos en el nuevo escalafón, los cursos de capacitación o actualización y la experiencia docente que siendo aptos para ascender dentro del antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen de escalafón, no fueron utilizados por sus titulares en dichas oportunidades".

Acorde con el anterior criterio, el Tribunal consideró que como quiera la experiencia docente que la actora pretende hacer valer para arribar al grado 10°, no era útil al docente para efectos de ascender al escalafón de enseñanza secundaria dentro del anterior régimen, pues se había obtenido en el nivel de enseñanza primaria, no puede computarse para el ascenso al cual aspira (grado 10°).

Contra la sentencia la actora interpuso recurso de apelación y en escrito de sustentación (fls. 6 a 16), señala que el fallador interpretó equivocadamente los Arts. 8, 72, 73 y 74 del Decreto 2277 de 1.979, y 26 del Decreto 259 de 1.981.

Para la apelante el real sentido del Art. 73 del Decreto Extraordinario 2277 de 1.979, radica en que el legislador frente a la imposibilidad de hacer valer la experiencia docente y los estudios de capacitación o actualización efectuados con posterioridad al tope máximo de graduación de los escalafones de primaria y secundaria anteriores, "estableció que ellos se tomarán en cuenta para posterior ascenso dentro del NUEVO ESCALAFON, que al efecto organizó".

Finalmente anota el recurrente "que la Ley 8a. de 1.979 en el numeral 4° de su Art. 1°, no solamente revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para proteger los derechos "que en materia de escalafón hubieran adquirido (los docentes) antes de la expedición del decreto extraordinario No. 128 de 1.977 y durante la vigencia de éste", sino que también lo revistió de facultades para regular derechos, estímulos y "demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores al servicio del establecimiento de educación", derechos y estímulos entre los que se cuenta la posibilidad de hacer valer la experiencia docente no utilizada en clasificaciones anteriores, por haber llegado al tope de éstas, cuestión que podrían ejercer en la vigencia del NUEVO ESCALAFON, siempre y cuando no hubieran sido utilizada tampoco en el proceso de asimilación de éste. O sea que, el Legislador

Extraordinario con base en la Ley de facultades podía tomar tal determinación para incentivar, estimular, la carrera docente, como pilar fundamental del desarrollo del Estado. Tenía amplias facultades al respecto, sin que se pudiera llegar a decir que dicha ley de facultades limitara su actuación en tal sentido. Véase como, de un lado, ella protege los derechos adquiridos pero de otro, en la misma, el Legislador Extraordinario es facultado para regular, establecer, otros estímulos, otros beneficios, otros incentivos".

El señor Fiscal de la Corporación solicita se profiera fallo inhibitorio por no agotamiento de la vía gubernativa, dada la circunstancia de que el ascenso que pretende obtener la accionante ante la jurisdicción no fue planteado a la administración.

Cumplido el trámite de la segunda instancia sin que se observe causal de nulidad procesal, se entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En primer término la Sala observa que no tiene razón la Fiscalía al solicitar fallo inhibitorio por no agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que aún cuando no obra en el proceso la solicitud que según la demanda presentó la docente para obtener su escalafón (la que obra a fl. 39 no aparece suscrita por ella) lo cierto es que contra la Resolución 0922 de Junio de 1.982 mediante la cual se le ascendió al grado ocho (8), la accionante interpuso oportunamente los recursos de reposición y apelación, argumentando su derecho a ser ascendida al grado 10 y sobre esta pretensión se pronunció la administración denegándola, al resolver el recurso de reposición y negar el de apelación, actuación con la cual al tenor de lo dispuesto por el Art. 18 del Decreto 2733 de 1.959, vigente entonces, quedó agotada la vía gubernativa.

Sobre el fondo del asunto, encuentra la Sala, que lo que la accionante pretende es que para su ascenso en el escalafón se le tenga en cuenta la experiencia docente realizada en primaria con anterioridad a la expedición del Decreto 2277 de 1.979, con base en lo dispuesto por el Art. 73 del mismo.

El Art.73 del Decreto 2277 de 1.979 permite al docente utilizar aquellos requisitos (experiencia docente o cursos de capacitación) que no se habían hecho valer, esto es, condiciones o circunstancias requeridas para el propósito de ascender en el escalafón, que no fueron utilizadas para ese fin en el régimen legal del escalafón anterior al establecido en el Decreto en mención o para efectos de asimilación a este nuevo escalafón.

Es lógico entonces que tales requisitos sean los que hubieran sido idóneos para alcanzar una nueva categoría en el escalafón docente anterior al contemplado en el citado decreto, o válidos para la asimilación, a los grados del actual escalafón.

Así lo entendió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en el concepto en que se apoya la decisión contenida en la sentencia apelada, al afirmar que por la expresión "requisitos no utilizados" que emplea el Art. 73 "ha de entenderse que se trata de requisitos que servían válidamente para ser aprovechados por sus respectivos titulares, en las clasificaciones anteriores al Decreto-Ley 2277 y actualmente para la asimilación de que trata este Decreto", es decir, "que debe tratarse de requisitos que eran aptos para el ascenso a la categoría inmediata, dentro del escalafón en que se encontrara inscrito el docente, o válidos para la asimilación dentro del nuevo régimen consagrado en el Decreto-Ley 2277".

Reiteradamente la Sección Segunda ha prohijado el referido concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, al definir situaciones concretas, pues estima que el alcance que en él se dió al Art. 73 del Decreto 2277 de 1.979, es el fruto de una correcta y apropiada inteligencia de la norma.

Por manera que no es de recibo la pretensión de la actora de que se le tenga en cuenta, para ascender del grado 7° al grado 10° del Escalafón Nacional Docente, la experiencia docente anterior acreditada en el nivel de enseñanza primaria, pues estando escalafonada en la categoría primera de enseñanza primaria, como lo relata la demanda, esa experiencia no era apta para el ascenso en ese escalafón.

Para lograr su propósito de escalafonarse en el grado 10°, la demandante debía haber pasado previamente por los grados 8° y 9° y haber acreditado la experiencia en cada uno de ellos por el tiempo a que se refiere el Art. 10 del Decreto 2277 de 1.979, al igual que la realización de los cursos previstos en la misma norma; como ésto no ocurrió, tuvo razón el Tribunal al denegar las súplicas de la demanda en el fallo impugnado, cuya confirmación se impone.

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:

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y estudiada por la Sala, en sesión del día veintiuno (21) de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

ACTO COMPLEJO/PROCESO DISCIPLINARIO

El ejercicio incorrecto del derecho de acción, por no demandar la totalidad de los actos que se expidieron para sancionar la recurrente implica nada menos que la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia. Cuando en un proceso sancionatorio por faltas disciplinarias intervienen diferentes autoridades, los actos que se profieren tienen entidad jurídica propia. Por tanto, si se acusa únicamente el de ejecución, quedarían vigentes los que solicitan la aplicación de la sanción los cuales son de obligatorio cumplimiento e impedirían hacer efectivo el reintegro solicitado por el demandante y ordenado por el Tribunal.

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

Bogotá, D.E. treinta (30) de Noviembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Ref.: Expediente No. 2186. Recurso de Anulación. Actor: Pedro Jaime Rodríguez Quiroga.

La nación (Policía Nacional), mediante apoderado, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida el 21 de Julio de 1.986 por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso instaurado por Pedro Jaime Rodríguez Quiroga, tendiente a la anulación, con restablecimiento del derecho, del Decreto No. 72 de enero 16 de 1.984, mediante el cual fue separado en forma absoluta del servicio de la Policía Nacional, por mala conducta.

LA SENTENCIA RECURRIDA

En la sentencia recurrida se decidió acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la sanción aplicada al actor fue excesiva frente a la falta cometida, teniendo en cuenta la edad del inculpado, su estado civil de soltero, así como el de su novia, la ausencia de comportamientos escandalosos u ofensivos del pudor y de las buenas costumbres, y su preocupación por alojarla en la habitación diferente a la suya; que al joven Oficial no se le debe negar la oportunidad de servir a una institución, por haber cometido la ligereza de instalar a su novia en el Comando, pues este comportamiento irreflexivo y nada edificante merece reproche y sanción, pero no de la magnitud de la pena disciplinaria impuesta; que la sanción aplicada es la destitución y que como máximo castigo al servidor público, debe reservarse para aquellos comportamientos que envuelven una mayor gravedad.

Se formularon contra la sentencia los siguientes cargos:

a) Interpretación errónea del artículo 138 del C.C.A., en concordancia con el artículo 170 de la misma codificación, pues aceptar como lo hace el Tribunal Administrativo de Santander la demanda que impugna exclusivamente el acto administrativo de ejecución de la sanción, es desconocer lo estatuido en la primera disposición citada.

Dice el recurrente que el artículo 138 del C.C.A. es muy claro cuando al referirse a la individualización de las pretensiones, establece que en caso de nulidad se identificará el acto con toda precisión, indicándose además los actos de trámite que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa; que en el caso *sub-lite* era imperativo demandar el acto complejo conformado por el fallo de primera instancia expedido por el Comando del Departamento de Policía de Santander y el fallo de segunda instancia proferido por el Director General de la Policía Nacional; así mismo, que al entrar el Tribunal del conocimiento a dejar en firme el fallo de primera instancia, pero anular el de segunda instancia dentro de la parte motivada de la sentencia, mas no en la resolutive, violó flagrantemente el artículo 170 del C.C.A., toda vez que el fallo extrapetita no es válido en nuestra legislación, ya que siendo la justicia administrativa rogada, el juez no puede interpretar el querer del demandante, más allá del *petitum*.

b) Violación directa por falta de aplicación de los artículos 7, 9, 22, 23 y 217 del Decreto 1835 de 1.979, contenido del Reglamento de Disciplina y Honor de la Policía Nacional.

Afirma el recurrente que al fallar no se tuvieron en cuenta en la sentencia las disposiciones señaladas, violándolas flagrantemente por falta de aplicación, razón más que suficiente para que el fallo impugnado sea anulado.

c) Aplicación errónea del artículo 84 del C.C.A., pues el actor ejerció dos acciones a la vez: las de nulidad y restablecimiento del derecho (artículos 84 y 85 del C.C.A.), ya que en este caso, no proceden al tiempo dos clases de acciones sustancialmente diferentes entre sí.

Concluye el recurrente, que de haber sido hecho el correspondiente análisis por el Tribunal Administrativo de Santander, el fallo ha debido de ser inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda.

La Agencia del Ministerio Público, en su concepto de fondo manifiesta, apoyándose en la sentencia de 28 de noviembre de 1.988 de esta Corporación, de la que fue ponente el Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna, expediente No. 1874, que en el caso *sub-examine*, no se demandaron los fallos de primera y segunda instancia proferidos por el Comando de la Policía de Santander y la Dirección General de la Policía Nacional, respectivamente, por lo cual el acto acusado no fue individualizado y, por consiguiente, es procedente anular la sentencia recurrida y, en su lugar, declarar la inhibitoria para decidir la controversia.

CONSIDERACIONES:

En efecto, como lo anota la Agencia del Ministerio Público, en caso similar al que ahora se debate, la Sala en el fallo mencionado tuvo la oportunidad de manifestar lo siguiente:

"De allí que la Sala entiende lo que reza el art. 138 que se acaba de transcribir como una especie de señalamiento adicional acerca del derecho de acción y que, siendo este un derecho subjetivo, habrá de concluirse que se trata de una norma sustantiva".

Más adelante, la Sala en el citado fallo expresa:

"A ojos de la Sala, cuando no se individualiza el acto acusado de nulidad tal como es él, el ejercicio de derecho de acción carece de asidero jurídico, por lo que tampoco se traba una verdadera relación procesal. Y ese no ejercicio adecuado del derecho de acción impide que la sentencia sea verdaderamente tal; y al establecerse ello, al establecerse que existe de ese modo un quebranto a esa norma sustancial sobre el derecho de acción, habrá que declarar la nulidad del fallo, si se ha usado del recurso extraordinario u otro similar.

Y es lo sucedido en el caso *sub-lite*: **el acto no fue individualizado en su integridad**, pues está contenido no sólo en el Decreto No. 1894 de 1.986 -24 de febrero-, sino también por el "fallo" de primera instancia dictado por el Comando del Departamento de Policía "Chocó" de 8 de abril de 1.983 y por el "Fallo" de segunda instancia proferido por la Dirección General de la Policía Nacional de 6 de junio de 1.983".

SECCION SEGUNDA

Como en el caso a estudio sólo se solicitó en la demanda que se declarara la nulidad del Decreto No. 72 de enero 16 de 1.984 expedido por el Gobierno Nacional, es procedente declarar nula la sentencia de 21 de Julio de 1.986 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander y, como consecuencia de ello, pronunciar fallo inhibitorio.

El ejercicio incorrecto del derecho de acción, por no demandar la totalidad de los actos que se expidieron para sancionar al recurrente implica nada menos que la imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia.

En efecto, cuando en un proceso sancionatorio por faltas disciplinarias intervienen diferentes autoridades, los actos que se profieren tienen entidad jurídica propia. Por tanto, si se acusa únicamente el de ejecución, quedarían vigentes los que solicitan la aplicación de la sanción los cuales son de obligatorio cumplimiento e impedirían hacer efectivo el reintegro solicitado por el demandante y ordenado por el Tribunal.

Finalmente cabe anotar, que también se da la violación directa del artículo 84 del C.C.A. que consagra la acción pública de nulidad, pues ni era procedente es este caso ni puede ser acumulada a la de restablecimiento del derecho, como se hizo indebidamente en la demanda al expresar: "... en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, con mi respeto de costumbre me permite solicitar que...".

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

FALLA:

1°.- Declárase nula la sentencia de 21 de julio de 1.986 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso instaurado por Pedro Jaime Rodríguez Quiroga.

En su lugar se dispone:

2°.- No hay lugar a pronunciamiento del mérito por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cancélese la caución otorgada por la parte recurrente y desglóse la póliza correspondiente por el Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 28 de Noviembre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PENSION DE JUBILACION/SUSTITUCION PENSIONAL-Imprudencia

El hecho de regirse la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia por normas de derecho privado, no impide, en principio, acumular para efectos de pensión de jubilación reconocida por Cajanal, el tiempo servido en dicha entidad. Lo que se tiene en cuenta en estos casos es el origen del capital social. Si éste es privado no habrá acumulación; pero sí es público, el tiempo podrá acumularse con el trabajado en otras entidades de derecho público. Para la Sala es claro que la Cooperativa siempre fue entidad oficial, así lo indica la ordenanza que autorizó su creación. El tiempo servido en dicha cooperativa es válidamente computable para efectos de pensión de jubilación. Sin embargo, el requisito de edad no estaba cumplido cuando se presentó el fallecimiento. Para esa época no había sino expedida la Ley 12 de 1.975. Las normas por las cuales se regía el derecho a la sustitución en ese momento, exigían que el empleado fallecido estuviera ya pensionado o tuviera derecho a esa prestación, circunstancia que no se da en este caso.

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

Bogotá, D.E. tres (3) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Ref.: Expediente No. 1755. Autoridades Nacionales. Actora: María Isabel Londoño de Yepes.

La señora María Isabel Londoño de Yepes mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, formuló ante el Consejo de Estado estas peticiones:

Primera.- "Se decrete la NULIDAD de las Resoluciones No. 8525 del 21 de Octubre de 1.980, proferida por el Sub-Director de Prestaciones Económicas de la Caja de Previsión Social, por medio de la cual se dispuso "Negar el reconocimiento de pensión de jubilación a favor del señor FELIX EMILIO

YEPES BUILES (fallecido), por las razones espuestas (sic) en la parte considerativa de esta providencia", y "Negar el reconocimiento de sustitución pensional causada por el fallecimiento del señor FELIZ EMILIO YEPES BUILES, ya identificado, a favor de la señora MARIA ISABEL LONDOÑO DE YEPES, ya identificada, de acuerdo a lo estipulado en el artículo que antecede".

Segunda.- Se decrete la **Nulidad** de la Resolución No. 5156 de 16 de Septiembre de 1.981, emanada de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, por medio de la cual se dispuso: "No reponer la Resolución No. 8525 de 1.980...".

Tercera.- Se decrete la **NULIDAD** de la Resolución No.00157 del 19 de enero de 1.983, proferida por la Directora General de la Caja Nacional de Previsión, por medio de la cual decidió: "Confirmase la Resolución No. 8525 de Octubre 21 de 1.980...".

Cuarta.- Como consecuencia de las anteriores declaratorias de Nulidad y como **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se condene a la Caja Nacional de Previsión a lo siguiente: a) Reconocer la Pensión de Jubilación del Dr. FELIX EMILIO YEPES BUILES; b) Reconocer el derecho a la sustitución pensional a la señora MARIA ISABEL LONDOÑO DE YEPES, en su calidad de legítima cónyuge superviviente del causante; c) Pagar a la demandante todas las mesadas pensionales y primas -con los reajustes de ley- dejadas de percibir desde el 5 de septiembre de 1.973, fecha de defunción del causante".

Fundamentó su demanda en los siguientes

HECHOS:

1°. "El Dr. FELIX EMILIO YEPES BUILES, c.c. 8.216.562 de Medellín, falleció el 5 de Septiembre de 1.973, cuando desempeñaba el cargo de **MAGISTRADO DE LA SALA LABORAL** del Tribunal Superior de Medellín.

2°. Al fallecer el Dr. YEPES BUILES había laborado para el Estado Colombiano un total de 20 años y 43 días en diferentes cargos como **JUEZ, MAGISTRADO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR, ASESOR JURIDICO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, ASESOR DE COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA** y otros según certificaciones y relaciones que acompaño anexas,

3°. La señora **MARIA ISABEL LONDOÑO DE YEPES** es la cónyuge legítima sobreviviente que reclama la pensión de jubilación en tal calidad.

4°. Mi cliente, la Sra. **LONDOÑO DE YEPES**, solicitó el reconocimiento de la Pensión a la Caja de Previsión Social, para sí y para los menores **BEATRIZ ELENA, JUAN JOSE, LUIS ALFONSO Y MARIA ISABEL YEPES LONDOÑO**.

5°. La CAJA NACIONAL DE PREVISION, a través de la Subdirección de Prestaciones Económicas, y por medio de la Resolución No. 8525 de Octubre 21 de 1.980, negó el reconocimiento de la pensión y su consiguiente Sustitución Pensional.

6°. Mi cliente interpuso el recurso de reposición contra la anunciada resolución el cual fue desatado por Resolución No. 5156 de Septiembre 16 de 1.981, proferida por la misma Sub-Dirección de Prestaciones Económicas, que se negó a reponer la decisión y la confirmó.

7°. AGOTANDO LA VIA GUBERNATIVA y con poder de mi cliente, presenté memorial de apelación ante la Dirección de la Caja Nacional de Previsión. Dicho recurso fue desatado con la Resolución No. 00157 del 19 de enero de 1.983 que decidió confirmar lo decidido en la Res. 8525 y declaró agotada la Vía Gubernativa.

8°. La Caja Nacional de Previsión se niega a reconocer -Y ESTE ES EL HECHO DE LA LITIS- que el tiempo servido por el Dr. YEPES BUILES a la COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA debe computarse como tiempo servido al Estado porque consideraron que era ésta una entidad de derecho privado".

Como disposiciones violadas citó los artículos 16, 17, 30 y 62 de la C.N.; el artículo 5 de la Ley 4a. de 1.913; la Ley 10 de 1.934 y su Decreto Reglamentario 652 de 1.935; artículo 1° del Decreto 1573 de 1.940; artículo 14 del Decreto 2350 de 1.944; artículos 2° y 3° parágrafo 1° del Decreto 1660 de 1.945; la Ley 6a. de 1.945; artículo 4° del Decreto 2127 de 1.945; artículo 27 del Decreto 3135 de 1.968 y 72 del Decreto 1848 de 1.969; Leyes 23 de 1.973 y 12 de 1.975.

El concepto de la violación expresa que la Caja desconoció el derecho que tenía el Doctor Félix Emilio Yepes Builes a la pensión de jubilación y por consiguiente el de su viuda a obtener la sustitución pensional.

Que el Doctor Yepes Builes sí reunía los requisitos legales y en especial el de tiempo de servicios que la Caja echó de menos y que esta entidad ha debido computar el servido por el doctor Yepes a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia entre el 12 de Mayo de 1.954 y el 21 de Abril de 1.958, por tratarse de una entidad comercial del Estado, creada por Ordenanza No. 45 de 21 de junio de 1.939, de la que sólo son socios el Departamento de Antioquia y sus Municipios; cuya capital proviene de las rentas municipales y departamentales por concepto de impuesto de degüello, tabaco, cervezas y licores y tiene como objetivo atender las necesidades de los municipios y el departamento, construir obras públicas como acueductos, alcantarillados, etc.

Reconstruido el expediente mediante auto de 8 de abril de 1.987, quedó en estado de dar traslado al Fiscal por concepto de fondo, el cual se emitió solicitando que se acceda a las súplicas de la demanda.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si, al momento de su muerte, ocurrida el 5 de septiembre de 1.973, el Doctor Félix Yepes Builes había reunido los requisitos para tener derecho a pensión de jubilación, y en consecuencia, su viuda, María Isabel Londoño de Yepes puede ser beneficiaria de la sustitución pensional.

La Caja Nacional de Previsión negó la petición formulada por la señora Londoño de Yepes porque consideró no cumplido el requisito de tiempo de servicios, aceptando únicamente 16 años 1 mes y 11 días y desechando el laborado en la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia entre el 18 de mayo de 1.954 y el 18 de abril de 1.958, pues en el mismo certificado de servicios se afirmó que esta entidad se rige por el derecho privado.

Dirá la Sala en primer término, que el hecho de regirse la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia por normas de derecho privado, no impide, en principio, acumular para efectos de pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión el tiempo servido en dicha entidad.

En efecto, lo que se tiene en cuenta en estos casos, es el origen del capital social. Si éste es privado no habrá acumulación; pero si es público, el tiempo podrá acumularse con el trabajado en otras entidades de derecho público.

Aún cuando no se conocen los estatutos que rigieron la vida de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia entre 1.954 y 1.958, período de tiempo que la entidad de previsión se niega a reconocer, es claro para la Sala que la Cooperativa siempre fue entidad oficial. Así lo indica la Ordenanza que autorizó su creación -Ordenanza No. 45 de 21 de junio de 1.939- expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia. Este acto administrativo autorizó al Gobernador para fundar, en representación del Departamento "y con los municipios que lo quieran... una Cooperativa que atienda en forma adecuada a las distintas necesidades de las entidades que ingresen a ella".

De conformidad con el artículo 2º, la Cooperativa debía fundarse sobre bases precisas señaladas por la Ordenanza, las cuales serían desarrolladas en los Estatutos. Como tales el artículo 2º mencionado señala éstas: c) "que solamente puedan ingresar como socios el Departamento y los Municipios de Antioquia;..." e) "Que el capital se forme por parte de los municipios; 1º. Con una cuota de admisión que será igual..." Artículo 3º. "El Departamento pagará una cuota de admisión inicial, igual a la cuarta parte del valor total de las cuotas de admisión que paguen los municipios..."

Lo anterior, y los estatutos posteriores que obran en el expediente, aprobados en 1.965, muestran que, si únicamente pueden ser socios de la Cooperativa del Departamento de Antioquia y sus municipios, y su capital está conformado por los aportes de éstos, forzosamente debe calificarse como una entidad oficial, de las que ahora se

llaman descentralizadas indirectas, que se crearon por la asociación de varias entidades territoriales, para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y que se rigen por el mismo estatuto de las empresas Industriales y Comerciales del Estado en las que todo su capital proviene de fondos públicos.

Siendo ello así, el tiempo servido por el señor Félix Emilio Yepes Builes en la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia entre el 18 de mayo de 1.954 y el 18 de abril de 1.958 es válidamente computable para efectos de pensión de jubilación.

La Caja Nacional de Previsión aceptó un total de 16 años un mes y 11 días, que sumado a 3 años y 11 meses arroja 20 años y 11 días suficientes para que se hubiera causado el derecho a la pensión de jubilación por parte del señor Yepes Builes, quien cumplía 55 años de edad el 17 de septiembre de 1.973.

Sin embargo observa la Sala, que el requisito de la edad no estaba cumplido cuando falleció el señor Félix Emilio Yepes Builes, puesto que había nacido el 17 de septiembre de 1.918 y falleció el 5 de septiembre de 1.973.

Para esa época no había sido expedida la Ley 12 de 1.975 que concedió el derecho a sustitución pensional al cónyuge supérstite o a la compañera permanente de un empleado o trabajador del sector público y a sus hijos menores o inválidos, si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para la pensión, pero hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley.

Las normas por las cuales se regía el derecho de la sustitución en ese momento, exigían que el empleado fallecido estuviera ya pensionado o tuviera derecho a esa prestación, circunstancia que no se da en este caso por cuanto el señor Yepes Builes no había cumplido 55 años de edad y por tanto cuando falleció, el derecho no estaba configurado.

En consecuencia, aún aceptando el tiempo de servicio que la Caja Nacional de Previsión no tuvo en cuenta, sus actos no resultan contrarios a derecho por faltar para la causación del derecho el requisito de la edad y no ser aplicable el artículo 1° de la Ley 12 de 1.975.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 28 de Noviembre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

ACTO GENERAL/ACTO PARTICULAR (Salvamento de voto)

Para determinar si el acto impugnado es creador de una situación jurídica general, abstracto o impersonal, o si es creador de situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas deben examinarse los efectos que él estaba destinado a producir, que en el caso *sub examine*, era el de evitar que la ciudadanía se privara de la satisfacción de necesidades vitales como el suministro de oxígeno medicinal que prestaba la Empresa Aga Fano S.A. a establecimientos públicos como hospitales y clínicas. No siendo el Decreto 2668 de 1.977 creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, el acto acusado (Dec. 1579 de 1.984) no pudo violar los artículos del C.C.A. señalados en el libelo.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA EN LA SENTENCIA DE CINCO (5) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA (1.990) EMITIDA EN SESION DE ESA FECHA POR LA SECCION SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.-

Expediente No. 1796. Decretos del Gobierno. Actor Aga Fano - Fábrica Nacional de Oxígeno S.A.

Muy respetuosamente el suscrito consejero expresa su disentimiento respecto a las tesis sentadas por el ponente y acogidas por la mayoría y en lo que atañe a la decisión adoptada en la providencia que se menciona en el encabezamiento de este escrito.

Para el suscrito, el acto administrativo acusado revocó directamente una situación jurídica individual y concreta creada por uno también adoptado por la Administración, sin que mediase el consentimiento expreso o tácito del sujeto de derecho en quien descansaba dicha situación, sujeto -persona jurídica- que no es otro quien en este asunto constituye la parte actora.

En efecto, el acto acusado -decreto número 1579 de 22 de 1.984- derogó el artículo primero del decreto número 2668 de 1.977. Y éste a su turno declaró servicio público las actividades de la empresa Aga Fano S.A.; de allí que si el Estado, a través del acto administrativo últimamente señalado reconoció que las actividades prestadas por la hoy actora tienen por fin dar satisfacción a una necesidad de interés general -lo que, por demás está debidamente demostrado con el "Listado de Ventas de Oxígeno Medicinal al Sector Hospitalario durante los años de 1.982, 1.983 y 1.984" que se halla anexado al expediente- y, en consecuencia, la erigió en servicio público no obstante se deba a la iniciativa privada. Y al hacerlo radicose en cabeza de la persona jurídica en cuestión (Aga Fano), una situación jurídica particular y concreta.

Bien es sabido que no es requisito *sine qua non* que los servicios públicos sean prestados por organismos públicos, dado que ellos pueden serlo por particulares que aseguran la explotación respectiva bajo el control de la Administración y sin el concurso del presupuesto del Estado. Declarada como servicio público una actividad cualquiera porque la Administración estimó de interés general, apreciándolo libremente en su oportunidad vio que el suministro de oxígeno medicinal a los centros hospitalarios encierra ese carácter, si bien no resulta una situación jurídica inmodificable, esa modificación o cambio de criterio sólo podría lograrse con el consentimiento del sujeto de esa situación.

Y es que el poder del Estado -o mejor, de la Administración- tiene un límite importantísimo si es un estado de Derecho, cual es el principio de la inviolabilidad de las situaciones jurídicas individuales y concretas o de lo que anteriormente se denominaba "derechos adquiridos", como aún lo denomina el art. 30 de la Constitución Colombiana vigente. O para decirlo en otra forma, la inviolabilidad de las situaciones jurídicas concretas e individuales aparece como concepto del Derecho, y la Constitución lo único que hace en este punto es reconocerlas y garantizarlas expresamente, confirmándolas de manera solemne. Dicho principio es, se repite, un límite absoluto al ejercicio del poder administrativo estatal, amén de que el poder legislativo está obligado a respetarlas, dado que una situación jurídica individual y concreta sometida al vaivén tal vez caprichoso del administrador o del legislador de turno, abriría las puertas a la inseguridad y a la inestabilidad de la misma en los patrimonios de los administrados.

De allí que la ley haya vedado a la Administración revocar unilateral y directamente los actos que hayan creado situaciones de ese carácter, salvo que medie el consentimiento del sujeto en el que repose esa situación, como lo indica el art. 73 del C.C.A., traído a cuento por el demandante como argumento central de su petición de anulación del acto acusado.

Para el suscrito consejero, contrariamente a lo que afirma la providencia de la que disiente, el Decreto 2668 de 1.977 si estableció, si creó, si radicó en Aga- Fano una situación jurídica individual y concreta: la de que sus actividades constituyen servicio público. Por lo tanto, al ser "derogada" esa situación por el acto acusado, es de concluir que éste debió ser anulado, como lo solicitó la demanda.

SECCION SEGUNDA

Y es indubitable que, de haber prosperado esa solicitud, el restablecimiento del derecho se habría impuesto en el sentido de declarar sus actividades como conformantes de un servicio público.

Cree el suscrito que los puntos de vista arriba consignados son más que suficientes para explicar su disconformidad respetuosa de las consideraciones y de la conclusión a que llegó la mayoría de la Sala.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Bogotá D.E., enero 21 de 1.991.

ACTO GENERAL/ACTO PARTICULAR

El Decreto 2668 de 1.977 si creó, si radicó en Aga-Fano una situación jurídica individual y concreta: la de que sus actividades constituyen servicio público. Por tanto, al ser "derogada" esa situación por el acto acusado (Decreto 1579 de 1.984), es de concluir que éste debió ser anulado. De haber prosperado esa solicitud, el restablecimiento del derecho se habría impuesto en el sentido de declarar sus actividades como conformantes de un servicio público.

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

Bogotá D.E., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno.

Referencia: Expediente No. 1796. Decretos del Gobierno. Actor: AGA-FANO -FABRICA NACIONAL DE OXIGENO S.A.

Aga-fano, Fábrica Nacional de Oxígeno S.A., mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A., solicita la nulidad del Decreto No. 1579 de 22 de junio de 1.984, dictado por el Gobierno Nacional, "Por el cual se deroga el artículo 1º del Decreto 2668 de 1.977".

En la demanda se expresa que con la declaración de nulidad del referido decreto se considera suficiente el restablecimiento de derecho.

Se expresaron en el escrito demandatorio los siguientes hechos:

1o. El Gobierno Nacional, Mediante Decreto 2668 de 25 de noviembre de

1.977 "por el cual se declara la calidad de servicio público de una empresa", estableció en su Artículo Primero lo siguiente: "Declárase de servicio público las actividades de la Empresa Aga Fano S.A."

2o. El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Fábrica Nacional de Oxígeno Aga Fano S.A., demandó la nulidad del Decreto anterior ante esa Sección del H. Consejo (Expediente 2435. Decretos del Gobierno) y ella, mediante sentencia de 10 de Septiembre de 1.979, resolvió: "NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA".

3o. El mismo Gobierno Nacional dictó el Decreto 1579 de 22 de junio de 1.984, en cuyo artículo primero dijo: "Derógase el artículo primero del Decreto 2668 de 25 de noviembre de 1.977".

4o. El primer decreto mencionado creó una situación individual y concreta en favor de mi representada, revocada directamente por el segundo, sin su consentimiento y sin facultad legal para ello.

5o. Aga Fano Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. me ha conferido poder para instaurar esta demanda (fls. 8 y 9 Cd. ppal.).

Las normas violadas y el concepto de la violación se plantean así:

El Decreto acusado (1579 de 1.984) violó las siguientes disposiciones: a) Artículos 69, 73, 74 y 28 del C.C.A. (Decreto 01 de 1.984); b) Numeral 4o. del artículo 3o. de la ley 48 de 1.968, *in fine*, en relación con los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación de las normas antedichas es el siguiente:

A).- El Decreto 2668 de 1.977 es un acto administrativo que creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, puesto que declaró de servicio público "las actividades de la Empresa Aga Fano S.A.", es decir, las actividades de esta empresa y no de otra u otras distintas. Es un punto claro y ya esa Sección del Consejo en sentencia de 10 de septiembre de 1.979, (expediente 2435, Consejera ponente Dra. Aydee Anzola Linares) en que negó las súplicas de la demanda de nulidad de dicho Decreto, propuesta por el Sindicato de AGA FANO, expresó:

"Evidentemente, como lo anota la Fiscalía, la acción incoada es la de nulidad; sin embargo, como de los hechos que sirven de base a la demanda, así como de lo alegado y probado, se concluye que el acto acusado afecta, **en forma directa los intereses de la Empresa Aga Fano S.A.**, y del Sindicato demandante, organismo éste que tiene interés jurídico en demandar, **la Sala tendrá la acción como de plena jurisdicción** (subrayo), y por

lo tanto pasa a decidir el fondo de la controversia estudiando, en su orden, los distintos motivos de nulidad que se formulan contra el acto acusado así: ...".

Siendo, pues, indudable que el citado Decreto creó una situación particular y concreta en favor de mi representada, sólo podía ser revocado con el "consentimiento expreso y escrito del respectivo titular", en virtud de la prohibición contenida en el artículo 73 del C.C.C. (sic) (vigente cuando se dictó en acto *sub examine*) y que establece:

"Artículo 73.- Revocación de actos de carácter particular y concreto.- Cuando un acto administrativo haya creado y modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, **no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular**".

En consecuencia, el Decreto acusado 1579 de 22 de junio de 1.984, que revocó o derogó el artículo primero del Decreto 2668 de 1.977, creador de la situación particular y concreta precisada antes, es flagrantemente violatorio de la norma transcrita, pues no existió consentimiento, y menos expreso y escrito, por parte de AGA FANO S.A., para esa revocación o derogación.

Igualmente fueron infringidos los artículos 74 y 28 del mismo C.C.A., porque no se adelantó la actuación administrativa ordenada en ellos "para proceder a la renovación de actos de carácter particular y concreto".

B) La violación del numeral 4, in fine, del artículo 3o. de la Ley 48 de 1.968 surge también con toda claridad, según este razonamiento: El literal i) del artículo 430 del C.S. del T. facultaba al Gobierno para decidir acerca de las actividades de servicio público de "cualesquiera otras (distintas de las enumeradas en tal artículo) que interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica y social del pueblo".

Este literal fue derogado por la parte final del numeral 4 del artículo 3o. de la Ley 48 de 1.968, que determinó: "Se deroga el ordinal i) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, tal (sic) como fue substituído por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 753 de 1.956", que fue el que subrogó el primitivo artículo 430 de aquel estatuto.

En estas condiciones, el Gobierno perdió la facultad de declarar qué actividades eran de servicio público y, por ende, la de derogar los actos que habían expedido declarando alguna actividad como de dicho servicio. Sólo tiene capacidad legal para revocar un acto el funcionario investido de autoridad para dictarlo. El que perdió esta autorización dejó de tenerla para derogarlo, porque la misma competencia se requiere para decir qué actividad es de servicio público o para declarar cuál ya no lo es.

Para la derogación de un acto no basta que el funcionario que la decreta sea el mismo que la expidió es necesario, además, que conserve la capacidad legal en cuya virtud lo produjo. Si un juez deja de tener competencia para seguir cono-

ciendo de un negocio, carece de ella para revocar alguna de las providencias que dictó cuando la poseía vencidas las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el Congreso, pierde la competencia para derogar el o los decretos proferidos en virtud de aquéllas. etc. etc.

Violó, pues, el gobierno con el acto acusado el referido numeral 4 del artículo 3o. de la ley 48 de 1.968 en cuanto había perdido la competencia para dictarlo, y de contera los artículos 20 y 63 de la Carta Fundamental, pues, como lo han explicado la doctrina de los autores y la jurisprudencia de esa Corporación, si los particulares pueden realizar todo aquello que no está prohibido por aquella o por la ley, las autoridades de cualquier orden sólo pueden proceder en virtud de las facultades o de la competencia de que estén investidas en el momento de proferir sus decisiones, independientemente de los motivos en que las fundamenta.

La actividad de los funcionarios públicos, cualesquiera que ellos sean, es reglada y se cimenta en las facultades o competencia que les hayan otorgado, según la materia de que se trate. Desaparecidas aquellas, no pueden tomar válidamente decisión de fondo relacionada con la materia para la que tenían competencia (fls. 9, 10, y 11 *ibídem*).

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó en el sentido de que el acto administrativo impugnado debe ser anulado.

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de agosto 6 de 1.988, manifestó:

Una vez hecho el recuento anterior, se tiene que el Gobierno Nacional calificó la actividad prestada por la Sociedad demandante como un servicio público, al cumplir ésta todos los requisitos necesarios, para hacerse acreedora a tal denominación. Circunstancia totalmente independiente de los acontecimientos que llevaron al Gobierno a otorgarla mediante el Decreto 2668 de 1.977, que determinó la calificación en un momento dado, pero que la detentaba per se a pesar de no haber una manifestación expresa al respecto.

Considera la Fiscalía que la calificación de una actividad por parte del Gobierno Nacional, es permanente e inherente a la misma en el sentido de que sigue vigente mientras no se demuestre lo contrario lo que sería que no desarrolla la misma actividad de trascendencia social, por lo cual se consideró como un servicio público. La administración tiene la facultad de revocar de oficio los actos administrativos, en cualquier tiempo siempre que se cumplan algunas de las causales señaladas en el artículo 69 del Decreto Ley 01 de 1.984. Sin embargo, el artículo 73 *ibídem*, consagra la excepción para los actos creadores de situaciones particulares en cuyo caso, sólo puede hacerse, con el consentimiento expreso y escrito de titular.

En el caso de autos, el Decreto acusado derogó el artículo 1o. que declaraba servicio público las actividades de la Empresa AGA FANO Fábrica Nacional de Oxígeno S.A., sin haber obtenido de ésta el consentimiento expreso y escrito de la Entidad.

Por lo tanto, el Gobierno Nacional no podía de oficio revocar el Decreto 2668 de 1.977. Si consideraba que los motivos que lo indujeron a declarar la actividad de la Sociedad como de servicio público habían desaparecido, ha debido solicitar el consentimiento expreso, evento que se echa de menos en el presente caso configurándose en esta forma la violación del artículo 73 del Decreto 01 de 1.984, tal como lo señala el señor apoderado de la sociedad demandante en este proceso. En consecuencia en el presente caso, se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado por lo cual se solicita la nulidad del acto demandado. (fls. 68 y 69 ib.).

El proceso hubo de reconstruirse a solicitud de la parte actora mediante auto de septiembre 9 de 1.987 (folio 37 *ibidem*), como consecuencia de su destrucción en los hechos de los días 6 y 7 de noviembre de 1.985 en el Palacio de Justicia.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1b. Mediante Decreto No. 2668 de noviembre 25 de 1.977, dictado por el Gobierno Nacional, se declaran de servicio público las actividades de la Empresa Aga Fano S.A., y se dispuso, en consecuencia, que a partir de la expedición del citado Decreto, los trabajadores de la mencionada empresa que estaban en huelga deberían reintegrarse a sus tareas de manera inmediata; igualmente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, promovería la constitución de un tribunal de arbitramento para la solución del conflicto de trabajo surgido entre la organización sindical y la empresa comentada.

2o. Con motivo de la demanda de nulidad contra el Decreto 2668 de noviembre 25 de 1.977 instaurada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Fábrica Nacional de Oxígeno Aga Fano S.A., "Sinaltragafano", esta Corporación en fallo de septiembre 10 de 1.979 negó las peticiones presentadas en el escrito demandatario.

3o. En dicho fallo, la Sala expresó:

Es elemental considerar, como lo observa la Agencia del Ministerio Público, que si bien en la norma legal, anteriormente transcrita, no se incluyó la producción de oxígeno entre las actividades que deben considerarse como de servicio público, de la misma definición que allí se hace puede considerarse como tal, pues según el literal c) del aludido artículo 430 del C.S. de T. comprende como establecimientos sanitarios no sólo a los hospitales y a las clínicas sino a las actividades que se presten en empresas oficiales y privadas que tiendan a satis-

hacer necesidades de interés general y a nadie se le escapa pensar que la paralización de la producción de los gases medicinales por parte de la Empresa Aga-Fano afectaría gravemente el funcionamiento de los establecimientos sanitarios del país "al no suministrarles un elemento vital, para la salud de las personas, como es el oxígeno", para emplear la frase del concepto emitido por la Señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado; "el hecho de que no solamente Aga Fano S.A. se dedique a la producción de oxígeno, no le quita a esa actividad su característica de servicio público ni tampoco la circunstancia de existir o no escasez del producto. Basta con que se satisfagan con ella necesidades vitales y por tanto de interés general para que encuadre en la definición dada por el artículo 430..." agrega la vista fiscal aludida. Por lo tanto, este cargo no prospera. (folio 51 *ibídem*).

Más adelante dijo la Corporación:

Al respecto basta observar que el Gobierno está facultado, en cada caso concreto, para hacer la declaratoria de servicio público con respecto a las actividades de cada Empresa, teniendo en cuenta eso sí las directrices señaladas en el ya citado artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. Y como la Empresa Aga Fano S.A., en el desarrollo de sus actividades, según ya se vió, en forma regular y continua, atiende a necesidades de interés general, por medio de las actividades que ella desarrolla, el Gobierno Nacional estaba obligado a encontrar una solución al conflicto laboral que se había presentado entre el Sindicato demandante y la aludida Empresa a fin de que la colectividad no sufriera perjuicios. (fl. 52 *ibídem*).

Concluyó la Sala:

El acto demandado es legal porque no se solicitó el concepto de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia de que trata el ordinal 4o. del artículo 3o. de la Ley 48 de 1.968 que impone como requisito indispensable para que el Gobierno pueda ordenar la cesación de una huelga y el sometimiento del conflicto laboral a un fallo arbitral, que se produzca previamente concepto favorable de dicho organismo. Ello es cierto, pero también es evidente que dicho concepto sólo puede tener lugar en aquellos casos de huelga en que por razón de su naturaleza o entidad afecten de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, lo cual no encaja dentro del caso de estudio pues la expedición del Decreto acusado por medio del cual se hizo cesar la huelga de los trabajadores de Aga-Fano S.A. y la constitución de un Tribunal de Arbitramento para la solución del conflicto colectivo de trabajo que había surgido, obedeció como ya se observó, a que las actividades de la referida empresa están consideradas como de servicio público y no porque a virtud de dicho conflicto se hubieran presentado graves alteraciones dentro de la economía nacional (folios 53 y 54 *ibídem*).

4o. Por Decreto No. 1579 de junio 22 de 1.984, cuya nulidad se solicita por la parte demandante, se deroga el artículo 1o. del Decreto 2668 de 1.977, porque a juicio del Gobierno Nacional, han desaparecido los motivos que condujeron a la

declaratoria de servicio público, y a que ella es de exclusiva apreciación del gobierno, teniendo en cuenta lo afirmado por el Consejo de Estado en el fallo a que se ha hecho relación, según se expresa en la parte considerativa del citado decreto (folio 16 *ibídem*).

5o. Ahora bien, la Sala no comparte el planteamiento hecho por la parte demandante, respecto de que el Decreto 2668 de 1.977 es un acto administrativo que creó una situación jurídica de carácter particular y concreto; por ende, sólo podía ser revocado con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, no obstante esta Corporación en sentencia de 10 de septiembre de 1.979 afirmara que, dicho decreto, afecta en forma directa los intereses de la Empresa Aga Fano y del Sindicato demandante de la citada empresa, ya que con la expedición del decreto que vino luego a ser derogado por el Decreto 1579 de 1.984 se buscaba o perseguía la realización y defensa del interés general, como se infiere de la parte considerativa del Decreto 2668 de 1.977.

Es claro para la Sala, que para determinar si el acto impugnado es creador de una situación jurídica general, abstracta o impersonal, o si es creador de situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas deben examinarse los efectos que él estaba destinado a producir, que en el caso sub examine, era el de evitar que la ciudadanía se privara de la satisfacción de necesidades vitales, como el suministro de oxígeno medicinal que prestaba la Empresa Aga Fano S.A. a establecimientos públicos, como hospitales y clínicas.

No siendo el Decreto 2668 de 1.977 creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, como lo plantea la parte actora, el acto acusado (Decreto 1579 de 1.984) no pudo violar los artículos del C.C.A. que señala el demandante en el libelo.

De ahí que tanto el Decreto 2668 de 1.977 como el Decreto 1579 de 1.984 expresen que ellos rigen a partir de su expedición, y se ordene su comunicación y publicación, sin que fuera necesaria la notificación como lo exige el C.C.A. para los actos administrativos de carácter individual y concreto.

6o. De otra parte, si el Decreto 2668 de 1.977 consagra una situación jurídica de interés general, ella por esencia es modificable por la propia administración que la creó, como efectivamente se hizo mediante la expedición del Decreto 1579 de 1.984, que derogó lo dispuesto en el artículo 1o. de aquel Decreto que declaró de servicio público las actividades de la Empresa Aga-Fano S.A., por considerarse que los motivos que condujeron a tal declaratoria habían desaparecido.

Si como en el caso sub lite, lo que se persigue es la defensa del interés general y para ello se dota a la administración de competencia que le permita adaptar su actividad a la realidad, es preciso entender que ella igualmente disfruta de la potestad de modificar sus propios actos.

7o. La parte actora, en el concepto de la violación, señala que con motivo de la derogatoria del literal i) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, por el

SECCION SEGUNDA

numeral 4o. del artículo 3 de la Ley 48 de 1.968 el Gobierno perdió la facultad de declarar qué actividades eran de servicio público y, por consiguiente, la de derogar los actos expedidos declarando alguna actividad como de dicho servicio.

Si esto fuera así, el primer Decreto, el 2668 de 1.977, expedido por el Gobierno nacional después de la derogatoria del literal i) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, hubiera sido expedido sin competencia.

8o. Observa la Sala, que aunque la redacción del Decreto acusado no obedeció a la más depurada técnica jurídica, sí se aprecia que él se refiere a "las actividades" que desarrolla la Empresa.

De otro lado, como el decreto demandado no está atacado porque la actividad a que nos referimos sea o no de servicio público, ésta circunstancia impide a la Sala pronunciarse sobre éste particular.

Así las cosas, no observa la Sala que haya la norma acusada, violado las disposiciones invocadas por la parte demandante.

9o. Dentro de este orden de ideas y a título de ejemplo, no sería lógico ni jurídico pensar que cuando el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria que es permanente, ilimitada en el tiempo y que no se agota por su ejercicio, tuviera que solicitar, con motivo de la expedición de un nuevo decreto reglamentario, autorización escrita de las personas cuyas situaciones se rigieron por dicho decreto reglamentario durante su vigencia. Esto no quiere decir que la Sala esté calificando de reglamentario, a la norma del sub lite.

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:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

El anterior proyecto fué discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Clara Foreiro de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, (Ausente), Alvaro Lecompte Luna, (Salvamento de Voto), Diego Younes Moreno.

BANCO GANADERO - Naturaleza Jurídica/PENSION DE JUBILACION

Es sabido que el Banco Ganadero es una Sociedad de Economía Mixta, pues así está definido en el artículo 18 de la Ley 26 de 1.959. Sin embargo, durante el período a que se limita la controversia, el Banco Ganadero, que tenía como único accionista al Fondo de Estabilización, era una entidad del sector oficial y sus servidores, de consiguientes, tenían el mismo carácter, sujetos en sus relaciones laborales a lo dispuesto en la Ley 6a. de 1.945 y sus normas reglamentarias. A juicio de la Sala, el actor trabajó al servicio de una entidad oficial entre el 24 de septiembre de 1.956 y el 25 de julio de 1.958 y ese tiempo debe serle computado, en consecuencia, para efectos de su pensión de jubilación.

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

Bogotá, D.E., doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente No: 2111. Autoridades Nacionales. Actor: Jorge Luis Arango Arias

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia de 24 de abril de 1.986, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho,

el señor Jorge Luis Arango Arias presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y pidió la nulidad de las resoluciones mediante las cuales la Caja Nacional de Previsión le negó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, a fin de que se le restablezca en su pretendido derecho.

Argumentó para ello que el tiempo trabajado al servicio del Banco Ganadero entre el 24 de septiembre de 1.956 y el 25 de julio de 1.958 debió considerarse como laborado en el sector público -evento que la entidad demandada no aceptó-, con lo cual se haría acreedor a pensión jubilatoria por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio que la ley señala.

Por auto de 8 de febrero de 1.985, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró incompetente para seguir conociendo del proceso, por razón del lugar en que el demandante prestó últimamente sus servicios, y lo remitió al Tribunal Administrativo de Boyacá.

LA SENTENCIA CONSULTADA

De acuerdo con su Fiscal colaborador, el Tribunal despachó favorablemente las súplicas de la demanda al encontrar que el tiempo no aceptado por la Caja (24 de septiembre de 1.956-25 de julio de 1.958 fue efectivamente servido en el sector público.

Surtido el trámite legal, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata en el presente caso de determinar si los servicios que el demandante prestó al Banco Ganadero en el lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 1.956 y el 25 de julio de 1.958 pueden considerarse como laborados en el sector público, dado que con el cómputo de ese tiempo el señor Jorge Luis Arango Arias acreditaría los dos requisitos de edad y tiempo de servicio que dan derecho a pensión jubilatoria.

Es sabido que el Banco Ganadero es una sociedad de Economía Mixta, pues así está definido el artículo 18 de la Ley 26 de 1.959.

Por tal razón, y puesto que la participación del Estado es minoritaria en esa sociedad, esta Corporación dijo en sentencia de noviembre 18 de 1.970 con ponencia del Doctor Rafael Tafur Herrán, que: "Los empleados del Banco Ganadero, en síntesis, no son empleados oficiales, ni son oficiales, por tanto, los cargos por ellos desempeñados".

Ocurre, empero que el período de tiempo que se controvierte corrió antes de que la ley definiera al Banco Ganadero como Empresa de Economía Mixta, y para analizar la situación conviene precisar lo siguiente:

Si bien el Banco Ganadero se constituyó con aportes de capital oficial y privado, la Superintendencia Bancaria (fls. 16 y 17, cdn. 1) en certificación sobre la naturaleza jurídica de la mencionada entidad en el período comprendido entre el 24 de septiembre de 1.956 y el 25 de julio de 1.958, inclusive, señala:

"Después (de la escritura de constitución), mediante Decreto 0921/56 se autorizó al Fondo de Estabilización para suscribir y pagar hasta \$20.000.000 en acciones del Banco Ganadero, cuyo objeto principal será otorgar créditos para el desarrollo de la Industria Pecuaria Nacional".

"En consecuencia, el Banco Ganadero tuvo como único accionista (en el lapso 24 de septiembre/56-25 de julio/58) al Fondo de Estabilización, quedando sujeto a las leyes que regulaban la industria bancaria en Colombia".

"Procediendo el Fondo de Estabilización a comprar las acciones del Banco Ganadero que existían en poder de otras entidades o particulares..."

También está probado que el Fondo de Estabilización era organismo oficial que manejaba dineros públicos, como acertadamente lo estableció el Tribunal.

Lo anterior es eficiente para asegurar que durante el período a que se limita la controversia, el Banco Ganadero, que tenía como único accionista al Fondo de Estabilización, era una entidad del sector oficial y sus servidores, de consiguiente, tenían el mismo carácter sujetos en sus relaciones laborales a lo dispuesto en la Ley 6a. de 1.945 y sus normas reglamentarias.

A juicio de la Sala, el señor Jorge Luis Arango Arias trabajó al servicio de una entidad oficial entre el 24 de septiembre de 1.956 y el 25 de julio de 1.958 y ese tiempo debe serle computado, en consecuencia, para efectos de su pensión jubilatoria.

Como en el expediente aparece acreditado que, contabilizando el señalado lapso, reúne los requisitos de ley para obtener el reconocimiento y pago de su pensión jubilatoria, hizo bien el Tribunal en anular los actos que le negaron ese cómputo, y en ordenar el restablecimiento del derecho.

Debe precisarse que el derecho consiste en el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de la asignación mensual devengada en el último año de servicios, a partir del 1° de enero de 1.982, pensión que deberá ser reajustada de ahí en adelante conforme a la ley.

En cuanto a intereses sobre las sumas debidas, es preciso aclarar que no existe en nuestro Código Contencioso Administrativo norma que los autorice, y solo están contemplados los intereses sobre las entidades reconocidas en la sentencia, como lo dispone el último inciso del artículo 177 del C.C.A.

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

FALLA:

1°. Confírmase el numeral primero de la sentencia consultada, proferida el 24 de abril de 1.986 por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso instaurado por Jorge Luis Arango Arias.

2°. Modifícase el numeral el cual quedará así:

La Caja Nacional de Previsión Social liquidará y pagará dentro del término indicado en el artículo 176 del C.C.A., la pensión de jubilación a que tiene derecho el señor Jorge Luis Arango Arias, identificado con la C. de C. No. 2881097 de Bogotá, en cuantía equivalente al 75% del promedio de la asignación mensual devengada en el último año de servicios, a partir del 1° de enero de 1.982, junto con los reajustes que legalmente le corresponden.

3°. Revóquese el numeral tercero de la sentencia apelada y en su lugar, niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 5 de diciembre de 1.990.-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, (Ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

ISS-PLANTA DE PERSONAL/FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL

El ISS no cumplió lo previsto en el artículo 134 del Decreto-Ley 1651 de 1.977, toda vez que, según infiere de la norma, no bastaba la expedición del acto administrativo que incorporaba al accionante su planta de personal, sino que era necesario comunicarle esta medida, para que la conducta de la administración de declarar insubsistente el nombramiento del actor del cargo que desempeñaba, sea contraria a la conducta que por ley debía asumir la demandada, en el presente caso, lo cual genera la ilegalidad de tal medida y motiva la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la contiene.

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

Bogotá, D.E., doce de diciembre de mil novecientos noventa. (1.990)

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 4313. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Eduardo Reina Gutiérrez.

Corresponde a la Sala decidir acerca de la consulta de la sentencia de 9 de diciembre de 1.988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso que, por intermedio de apoderado, promovió Luis Eduardo Reina Gutiérrez contra el Instituto de Seguros Sociales, encaminado a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución No. 3565 de 6 de agosto de 1.982, originaria de esa entidad.

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

A- El actor entró a prestar sus servicios como médico ortopedista y traumatólogo en el dispensario del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de Paiba, con tiempo parcial de dos horas diarias, el 15 de mayo de 1.971, en virtud de contrato

de trabajo celebrado con el representante legal de ese Instituto. El horario de labores le fue aumentado en dos horas diarias, por medio de adición del aludido contrato, quedando, en consecuencia, como trabajador de tiempo parcial, con cuatro horas de trabajo.

B- El decreto 1651 de 1.977, por el cual se dictaron normas sobre la administración de personal en el reestructurado Instituto de Seguros Sociales -nuevo nombre que se le dio a la entidad, después de clasificar los empleos en asistenciales y administrativos, siendo los primeros aquellos cuyas funciones están directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de la atención integral de la Salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina de la odontología y ciencias paramédicas, y los segundos correspondientes a la prestación de los otros servicios del establecimiento, pero unos y otros vinculados por una relación legal y reglamentaria de naturalezas especiales que les permite celebrar convenciones colectivas para modificar sus asignaciones, estableció en su art. 134 que las personas, que al entrar a regir el nuevo estatuto tuvieran celebrados contratos individuales de trabajo con el otrora Instituto Colombiano de Seguros Sociales, serían nombrados en los empleos de la planta de personal que ese ente público adoptara y, si aceptasen la designación, deberían tomar posesión de sus cargos.

De la anterior regla general, se exceptuaron las personas que, de acuerdo con el mismo decreto, tendrían la calidad de trabajadores oficiales.

C- Por su parte, agrega el accionante, el Decreto número 1652 de 1.977 en su artículo 35, además de establecer que el Instituto de Seguros Sociales debía proceder a elaborar la planta de personal y a efectuar los nombramientos de los funcionarios que desempeñarían los diferentes cargos, dispuso que las personas que prestaban sus servicios a dicho Instituto, debían ser nombradas en cargos equivalentes a los que en ese momento ocupaban. Estos, si aceptaban la designación, a partir de la fecha de su provisión, se regirían en sus relaciones con aquél, por las normas establecidas en ese Decreto.

D- No obstante lo anterior, el actor que a la fecha de expedición de los decretos citados, estaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales, por contrato de trabajo, en lugar de ser nombrado como empleado asistencial, fue declarado insubsistente en su cargo por medio del acto impugnado.

Señala también el actor, que se adoptó la referida medida, sin tener en cuenta que no ostentaba la calidad de empleado público en situación estatutaria y reglamentaria.

En el libelo se citaron como violados los artículos 2, 16, 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Política; artículos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 29, 134 y 135 del Decreto-Ley 1651 de 1.977; artículos 1, 3, 4, 5, 35 y 36 del Decreto-Ley 1652 de 1.977; artículo 66, inciso 2°, del Código Contencioso Administrativo.

El Tribunal del conocimiento despachó favorablemente las súplicas de la demanda por considerar que el Instituto de Seguros Sociales no dió cumplimiento a lo

previsto en el Artículo 134 del Decreto-Ley 1651 de 1.977, puesto que no reincorporó al actor a su nueva planta de personal, cuando de conformidad con la citada norma él tenía derecho a ello, toda vez que se hallaba vinculado laboralmente y en virtud de contrato de trabajo a esa entidad, en la fecha en que entró en vigencia el citado estatuto.

Así razonó el *a-quo*

"...la norma desde el punto de vista legal del mandato, señala la conducta a seguir por el nuevo Instituto al ordenar que dichas personas 'serán nombradas en los empleos de la Planta de personal que adoptará el Instituto de Seguros Sociales', concretándose un derecho a favor de la persona que al momento de regir el citado decreto tuviera contrato de trabajo con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

De acuerdo al documento que en fotocopia auténtica obra en la hoja de vida del actor (fl. 21) se tiene conocimiento que mediante resolución Nro. 3046 del 14 de julio de 1.982 emanada de la Dirección General del I.S.S. 'ha sido incorporado a la Planta de Personal para desempeñar el cargo de Médico Especialista (Ortopedista y Traumatología (sic)) Clase III Grado 38' (fl. 21) y que aparece además en documento No. 9148 (fl. 103 hoja de vida), con lo cual inicia el Instituto de Seguros Sociales el cumplimiento de la norma comentada, art. 134 del Decreto 1651 de 1.977, pero cuyo nombramiento no fue comunicado en debida forma al actor, quien no lo conoció a efectos de cumplir con lo que la disposición le imponía, de aceptar o no dicho nombramiento y en el evento de hacerlo aceptado tomar posesión del cargo.

Es precisamente en la obligación del Instituto de comunicar el nuevo nombramiento de incorporación del actor a la nueva Planta de Personal, donde radica el incumplimiento del ente demandado frente a la normatividad de la ley, por lo que se examina tanto la situación de hecho como de derecho.

En el documento visto al folio 103 del expediente administrativo, obra el oficio 9148 sin fecha, mediante el cual el subgerente de Personal del I.S.S. Seccional Cundinamarca y D.E., le comunica al actor que por resolución Nro. 3046 del 14 de julio de 1.982 ha sido incorporado para desempeñar el cargo de Médico Especialista (Ortopedia y Traumatología) Clase III, grado 38.

Mediante auto para mejor proveer, se solicitó al Instituto de Seguros Sociales, copia de la resolución Nro. 3046 de 14 de julio de 1.982, con las constancias de trámite para su notificación y cumplimiento, documento que fue remitido a esta Corporación mediante oficio del folio 35, con el cual se envió copia de la comunicación 9148 del 22 de julio de 1.982, omitiendo la copia de la Resolución 3046 de 14 de julio del mismo año que reincorporó al actor en el cargo de Médico Especialista.

Sin embargo, al examinar el oficio o comunicación 9148 (fl. 36) se observa una alteración en la forma del documento al habersele manuscrito y en tinta, la

siguiente fecha '22 - julio 82' nota que no aparece en el documento idéntico e igual que conforma la hoja de vida del actor y que como prueba fue traída al expediente mediante oficio 11133 del 13 de octubre de 1.982 que obra al folio 21 del expediente.

Al folio 103 de la hoja de vida del actor, encontramos la comunicación No. 9148 **sin fecha** con la cual se le informa al profesional que mediante resolución Nro. 3046 del 14 de julio de 1.982, emanada de la Dirección General del I.S.S. ha sido incorporado a la planta de Personal....." (sic).

Al comparar el documento del folio 103 de la hoja de vida que aparece sin fecha con el documento traído al informativo en desarrollo del auto para mejor proveer que obra al folio 36 ha sido alterado, por lo que necesariamente se concluye que dicho documento por vicio en la forma y con fundamento en el artículo 266 del C. de P. C., aplicable por remisión del artículo 282 del anterior C.C.A. deja de tener el valor del documento público, por defectuoso (sic).

Para la Sala existe la convicción de que la comunicación 9148 del folio 36 del expediente no fue enviada al actor, dada la circunstancia de no aparecer prueba alguna del hecho y la alteración del documento al agregarle una presunta fecha es indicio en contra el Instituto (sic) que reafirma el incumplimiento de haberle comunicado al actor el nombramiento en forma legal." (fls. 48 a 50).

Por auto de 20 de junio de 1.989, según lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 184 del C.C.A., se dió un término común de cinco días, para que las partes presentaran sus alegatos por escrito. El demandante solicitó la confirmación de la sentencia consultada, mientras que la entidad demandada, guardó silencio.

El Agente del Ministerio Público, Fiscal Cuarto de la Corporación, rindió concepto de fondo, en los siguientes términos:

"En concepto de esta Agencia del Ministerio Público la sentencia consultada debe ser confirmada por las siguientes razones:

Efectivamente, el actor, de acuerdo con el art. 134 del Decreto 1651 de 1.977 tenía derecho a ser nombrado en la nueva planta de personal del I.S.S. por estar vinculado a él en el momento en que entró en vigencia el presente Decreto.

Por lo tanto, mientras no se hiciera su nombramiento debidamente comunicado, y hubiera tomado posesión del cargo previa aceptación del mismo, el actor no podía ser desvinculado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia, acto demandado.

Muy censurable es la actuación de la administración revelada por las documentales por ella misma aportadas (sic) al expediente y que permite conocer cómo, subrepticamente, violando el elemental principio de la publicidad que consagra el C.C.A. como orientador de las actuaciones administrativas, se deshizo de uno de sus funcionarios, así:

1 - Se afirma la existencia de la Resolución No. 3046 D.G. del 14 de julio de 1.982 incorporando al actor a la nueva planta de personal del I.S.S..

Este presunto acto fue decretado a solicitud de parte y también de oficio. En principio, la Administración allegó la hoja de vida [dizque completa] afirmando que incluía la documentación solicitada. [folios 18 y 21, cuad. ppal].

Al revisar cada uno de los folios de la hoja de vida del actor, no aparece la mencionada Resolución.

Más adelante, vuelve el Tribunal a decretar dicha prueba y la Entidad le responde que posteriormente se la va a hacer llegar, lo que nunca hizo [folios 32 y 35 cuad. ppal].

2 - En la hoja de vida se encuentra un escrito, con el cual se pretende comunicar el acto anterior, sin fecha de producción y sin ninguna constancia de haber sido comunicado, lo cual se podría establecer, elementalmente, con la fecha de recibo y la firma del actor [folio 20 a 103 (sic), cuad. No. 2].

El Tribunal también solicitó este documento con la respectiva constancia de comunicación y fue allegado al expediente con una curiosa novedad a mano, le fue impuesta una fecha [22-Jul-82]; la de los ocho [8] días siguientes a la del acto que pretendía comunicar. Igualmente, sin ninguna constancia [folio 36 Cuad. ppal.].

3 - A los quince días, según la fecha anterior, [agosto 6 de 1.982], se produjo la declaratoria de insubsistencia del actor [folio 2, cuad. ppal.].

4 - La entidad aprovecha la oportunidad que se le presenta al responder oficios del Tribunal; al actor se le comunicó su incorporación a la planta de personal 'manifestándole que disponía de diez [10] días para informar por escrito su aceptación o rechazo, lo cual no sucedió'. Y que no se posesionó en ningún cargo, correspondiéndole la categoría de empleado público ¡que flagrante contradicción! - En primer lugar habría sido muy fácil probar la comunicación del acto en el caso de haberlo sido, y no se probó; en segundo lugar, nadie puede informar por escrito la aceptación o rechazo de un nombramiento o de cualquier acto que desconozca; y tercero, a ninguna persona sin nombramiento y posesión se le puede considerar empleado público" (fls. 68 a 70, cdno. ppal.).

Para resolver se considera:

Comoquiera que, según la parte actora, la Administración al expedir el acto por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento respecto al cargo que desem-

peñaba el doctor Reina Gutiérrez en el Instituto de Seguros Sociales, transgredió las normas legales señaladas en el libelo, en razón de que asumió una conducta distinta a la prevista en el art. 134 del decreto-ley 1651 de 1.971 (que ordenaba a las directivas del organismo nombrar en los empleos de la planta de personal que adoptara en virtud de lo previsto en el mencionado estatuto, a las personas que al entrar éste en vigencia, tuviesen celebrados contratos individuales de trabajo con el ISS), la Sala entra a analizar si, para la fecha en que se profirió el acto impugnado -6 de agosto de 1.982, esto es, después de cinco años de entrar en vigencia el mencionado decreto 1651 -publicado el 5 de agosto de 1.977- el Instituto de Seguros Sociales aún no había incorporado a su planta de personal al actor -como era su deber-, quien según las pruebas allegadas al proceso, para la fecha de entrar en vigencia el estatuto, se hallaba vinculado a él mediante contrato individual del trabajo, como consta en la respectiva hoja de vida, obedeciendo al régimen existente en el momento.

En reconocido esfuerzo por dilucidar lo anterior y ante la inactividad de la parte demandada, el Tribunal solicitó al Instituto (fls. 31 y 32), la remisión de una copia auténtica de la Resolución N° 3046 de 14 de julio de 1.982, emanada de su Dirección General, mediante la cual, según oficio distinguido con el N° 9148, carente de fecha y de nota de recibo por parte de su destinatario, visible a folio 103 de la hoja de vida del actor, éste había sido incorporado a la planta de personal de la entidad. De igual manera, solicitó el envío del trámite de notificación y de cumplimiento de la mencionada resolución.

En respuesta, el Instituto de Seguros Sociales únicamente remitió una copia del oficio citado (fl. 36), la cual, aun cuando idéntica en su contenido a la copia del distinguido con el mismo número que figura en la hoja de vida (fl. 103) y que tampoco aparece recibida por el demandante, difiere de ésta, en cuanto, en manuscrito y en tinta, como bien lo observa el Tribunal en la sentencia, ostenta una fecha de expedición, de la cual carece la allegada inicialmente al proceso (la que aparece en la hoja de vida).

En ausencia de otra pruebas, el referido documento es el único a través del cual podía demostrarse que el Instituto de Seguros Sociales dio cumplimiento, respecto del demandante, a lo preceptuado en el artículo 134 del Decreto 1651 de 1.977; por ello la Corporación examinará si efectivamente dicho oficio tiene la virtualidad de llevar al juzgador la convicción de que la parte demandada lo incorporó a su planta de personal.

Sobre el particular, la Sala, al igual que el Tribunal considera que el documento original, correspondiente a la copia del mismo obrante a folio 36 del expediente, fue notoriamente alterado al colocarle en manuscrito y tinta una fecha de la cual carecía dicho original el 13 de octubre de 1.983, cuando se remitió al Tribunal de conocimiento copia auténtica de la hoja de vida del demandante y el Oficio SGP N° 11133, visible a folio 21 (cdno. ppal).

En efecto, a esa conclusión se llega no sólo del cotejo de la copia del Oficio N° 9148, allegado al proceso a solicitud del Tribunal (fl. 36 cdno. ppal.), con la copia

del mismo obrante al folio 103 de la hoja de vida, sino de la afirmación del Subgerente de Personal del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y Distrito Especial (fl. 21 cdno. ppal.), contenida en el Oficio SGP N° 11133 de 13 de octubre de 1.983, en el cual dijo:

"A folio N° 103 de la hoja de vida del doctor Reina Gutiérrez encontramos la comunicación N° 9148 sin fecha con la cual se le informa al profesional que mediante resolución N° 3046 del 14 de julio de 1.982, emanada de la Dirección General del ISS, ha sido incorporado a la planta de personal para desempeñar el cargo de Médico Especialista (Ortopedia y Traumatología) Clase III Grado 38, dedicación completa - servicio de especialidades Quirúrgicas de la UPI 03 San Pedro Claver, manifestándole que disponía de diez (10) días para informar por escrito su aceptación rechazo, lo cual no sucedió." (fl. 21 cdno. ppal.).

Por las razones anotadas, la Corporación comparte los reparos que el Tribunal a quo hizo al aludido documento en la sentencia ahora consultada.

Pero de ello considera indispensable precisar que, aún en el evento de que el documento tantas veces citado en esta providencia (oficio No. 9148), tuviera fecha cierta de expedición, sería insuficiente, per se, para acreditar que el Instituto de Seguros Sociales cumplió la obligación de incorporar al demandante a la planta de personal que adoptó a raíz de la expedición del Decreto 1651 de 1977, por cuanto si bien él gozaría de pleno vigor probatorio, erga omnes, en cuanto al hecho de haber sido otorgado, no lo tendría respecto al hecho de haber sido recibido por el actor, circunstancia que sí demostraría la observancia plena por parte de la entidad demandada, de la aludida obligación.

Se carece de prueba alguna sobre el particular y la Administración, a pesar de los requerimientos del Tribunal, no allegó los correspondientes documentos ni aportó las pruebas, que en su caso, hubieran acreditado la entrega al actor, del escrito mediante el cual se pretendió comunicarle su incorporación a la aludida planta de personal.

La ausencia de dichas pruebas implica el no cumplimiento del ISS, impuesta por el artículo 134 del decreto-ley 1651 de 1.977, toda vez que, según se infiere de la norma, no bastaba la expedición del acto administrativo que incorporaba al accionante a su planta de personal, sino que era necesario comunicarle esta medida, para que la conducta de la Administración se ajustara en un todo a derecho.

Lo anterior hace que la decisión de la Administración de declarar insubsistente el nombramiento del actor del cargo que desempeñaba, sea contraria a la conducta que por ley debía asumir la demandada en el presente caso, lo cual genera la ilegalidad de tal medida y motiva la declaratoria de nulidad del acto administrativo que la contiene.

Por las razones anotadas y de conformidad con el concepto de la Agencia del Ministerio Público, la Corporación considera que la sentencia consultada amerita su confirmación.

SECCION SEGUNDA

Por consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en el nombre de la República en Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confirmase la sentencia de 9 de diciembre de 1.988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado contra el Instituto de Seguros Sociales por Luis Eduardo Reina Gutiérrez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 1.990.

Clara Forero de Castro - Salva Voto - Reynaldo Arciniegas Baedecker, - Salva Voto -, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

ISS/PLANTA DE PERSONAL FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL (Salvamento de voto)

La omisión en el cumplimiento de vincular a los antiguos servidores a contrato, mediante nombramiento y posesión, no significa imposibilidad de retirarlos del servicio puesto que mientras no se escalafonen carecen de estabilidad en el cargo.

El requisito puramente formal tiende a la normalización de los vínculos laborales y su incumplimiento debe acarrear sanciones para el nominador, pero no puede ser fuente ni servir de fundamento para un establecimiento del derecho como el ordenado en la sentencia.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Bogotá, D.E. catorce (14) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Ref.: Expediente No. 4313

Me permito exponer brevemente las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala:

El señor Luis Eduardo Reina Gutiérrez no demostró pertenecer a la carrera de funcionarios de la Seguridad Social.

Su escalafonamiento en dicha carrera era la única forma de estar protegido por la garantía de relativa estabilidad en el cargo que ocupaba.

Si bien es cierto, el artículo 134 del Decreto 1651 de 1.977 impone a la Administración la obligación de vincular a la planta de personal por nombramiento y posesión a las personas que al entrar en vigencia dicho Decreto tuvieran celebrados contratos de trabajo, con esta disposición solo se quiso acabar con la irregular vinculación anterior, es decir por contratos de trabajo celebrados por funcionarios públicos.

Igual entendimiento debe darse al artículo 35 del Decreto 1652 de 1.977 cuando dispuso que el Instituto de Seguros Sociales debía proceder a elaborar la planta de personal haciendo los nombramientos de los funcionarios para desempeñar los diferentes cargos.

Al referirse a las personas que a la expedición del Decreto prestaban sus servicios al Instituto dispuso que serían nombradas en cargos equivalentes a los que ocupaban u ocupan en la actualidad; y a partir de su aceptación se regirían por las nuevas disposiciones.

Es claro que si los nombrados no aceptan, no podrían regirse por las normas de los Decretos 1651 y 1652 de 1.977 puesto que quedarían fuera del servicio.

La omisión en el cumplimiento de vincular a los antiguos servidores a contrato, mediante nombramiento y posesión, no significa imposibilidad de retirarlos del servicio puesto que, mientras no se escalafonen carecen de estabilidad en el cargo.

El requisito puramente formal tiende a la normalización de los vínculos laborales y su incumplimiento debe acarrear sanciones para el nominador, pero no puede ser fuente ni servir de fundamento para un restablecimiento de derechos como el ordenado en la sentencia de la que me permito disentir respetuosamente.

Clara Forero de Castro.

ISS/PLANTA DE PERSONAL/FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD (Salvamento de voto)

Lo que exige el Decreto 1651 de 1.977 respecto al personal vinculado anteriormente por contrato de trabajo al ISS es que se nombrara en empleos de la planta de personal prevista en el nuevo estatuto. De allí a que tal personal quedara inscrito en la carrera hay mucho trecho.

La estabilidad que da la carrera no puede obtenerse a través de omisiones, como sería la de no incorporar a un empleado a la planta de personal. Esta omisión de la administración podría implicar alguna sanción para el funcionario responsable pero nada más.

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

Bogotá D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Ref.: Expediente No. 4313.

Actor: Luis Eduardo Reina Gutiérrez.

SALVAMENTO DE VOTO DR. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER

Para discrepar de la opinión mayoritaria, tuvo en cuenta el suscrito que no es lo mismo incorporar a un empleado a la planta de personal que inscribirlo en el escalafón de la carrera. Lo que exige el decreto 1651 de 1.977 respecto del personal vinculado anteriormente por contrato de trabajo al I.S.S. es que se le nombrara en empleos de la planta de personal prevista en el nuevo estatuto. De allí a que tal personal quedará inscrito en la carrera hay mucho trecho.

Ahora bien, cuál sería la razón para que, por no haber cumplido el I.S.S. el deber de incorporar a un empleado en la planta de personal, éste adquiriera estabilidad en su cargo de modo que no pudiera ser separado del mismo discrecionalmente?

La estabilidad que da la carrera no puede obtenerse a través de omisiones, como sería la de no incorporar a un empleado a la planta de personal. Esta omisión de la administración podría implicar alguna sanción para el funcionario responsable, pero nada más. El empleado público lo es, como en su esfera lo es el trabajador oficial, no como resultado de procedimientos o actuaciones formales sino en razón de las funciones que uno y otro cumplen o, a lo más, por el carácter de la entidad patronal. Siendo ello así, como lo es evidentemente, la falta de incorporación del empleado no le quita su carácter de tal pues sus funciones lo identifican plenamente. Es simplemente un empleado así no haya sido registrado en la nueva planta de personal. No se puede afirmar, por lo tanto, que en ausencia de la incorporación continúa siendo trabajador oficial.

Pero el ser empleado no otorga *per se* estabilidad alguna.

Dice la sentencia que, solicitada por el Tribunal copia auténtica de la Resolución No. 3046 de julio 14 de 1.982, por la cual, según el Oficio 9148 sin fecha, se había incorporado al actor a la planta de personal, la entidad remitió solamente copia del citado oficio, "idéntica en su contenido a la copia del distinguido con el mismo número que figura en la hoja de vida (fl. 103)", aunque con fecha de expedición "de la cual carece la allegada inicialmente al proceso". Y agrega que "en ausencia de otras pruebas, el referido documento es el único a través del cual podría demostrarse que el Instituto de Seguros Sociales dió cumplimiento, respecto del demandante, a lo preceptuado en el artículo 134 del decreto 1651 de 1.977: por ello la Corporación examinará si efectivamente dicho oficio tiene la virtualidad de llevar al juzgador la convicción de que la parte demandada lo incorporó a la planta de personal".

Concluye que, por tener fecha manuscrita y en tinta, no existente en el original, éste "fue notoriamente alterado" y que, aún si tuviera fecha cierta, el documento sería insuficiente para acreditar que el ISS cumplió la obligación legal.

No se puede deducir de estas premisas el "esplendor de la verdad" que corresponde a la evidencia; evidencia de que el actor no fue incorporado. Pero, aún frente a tal supuesto, queda a salvo el postulado de que el incumplimiento en forma alguna atribuye estabilidad al empleado, como si un fenómeno negativo, una falta o ausencia, fueran suficientes para el ingreso a la carrera administrativa, que, por mandato legal, exige actividad definida y requisitos que han de cumplirse tras la correspondiente actuación, antes de la inscripción en el registro. Ni existe **ingreso automático a la carrera ni una ausencia puede crear estabilidad.**

Esta lógica, que parece elemental, es razón para disentir, aunque no quisiera, de este fallo.

Atentamente,

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

PENSION DE JUBILACION/SALARIO-Incompatibilidad

El ejercicio simultáneo de los cargos está autorizado por el Decreto 1713 de 1.960 en los supuestos allí previstos, pero no hay norma que prevea la compatibilidad de sueldo y pensión si no es en los pocos casos excepcionales expresamente señalados. Si es por vía de excepción, no hay posibilidad de extensión por analogía a otros casos. De la posibilidad prevista en dicho Decreto no se puede deducir la posibilidad de sueldo y pensión tomando la misma base, pues tal deducción carece de apoyo en norma legal, frente a la expresa prohibición del artículo 64 de la C.N. y de las varias disposiciones que expiden tal eventualidad.

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

Bogotá, D.E., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Ref.: Expediente No. 3438. Apelación Sentencia. Actor: Martín Pineda Vásquez

Martín Pineda Vasquez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, solicitando la nulidad de la Resolución No. 5887 de 23 de diciembre de 1.983 expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual fué retirado del servicio cuando se encontraba desempeñando el cargo de Médico Especialista (Salud Pública) Clase III Grado 38 de la Oficina Seccional de Salud Comunitaria de la Seccinal de ese instituto en el Valle del Cauca, y que, como consecuencia, se ordena su breintegro al mismo cargo o a otro de igual categoría y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad en la prestación de sus servicios (fls. 11 a 21).

Son hechos pertinentes de la demanda los siguientes:

1.- El actor prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales desde febrero 22 de 1.960 como Médico General de los consultorios centrales, mediante el contrato de trabajo, hasta el 19 de enero de 1.965, reingresó el 24 de enero de 1.966 y posteriormente fue designado Médico Especialista en marzo 4 de 1.980 hasta enero 13 de 1.984 cuando fue retirado del servicio en virtud de la Resolución 05887 de diciembre 23 de 1.983.

2.- Su horario de trabajo era de 12 a 6:00 p.m. y su última asignación \$80.407.00.

3.- El acto enjuiciado se apoya en el hecho de haber sido pensionado por el Municipio de Cali mediante Resolución No. 089 de febrero 15 de 1.983, lo que se estima contrario a los artículos 64 de la Constitución, 77 y 78 del Decreto 1848 de 1.969, 29 del Decreto 2400 de 1.968 y 32 del Decreto 1042 de 1.978 que señalan incompatibilidad de asignación y pensión en establecimientos públicos.

4.- Los servicios prestados al municipio de Cali lo fueron por más de 20 años y con un horario matinal entre las 7 y las 11.

5.- El Instituto de Seguros Sociales se financia con "Las sumas de las contribuciones forzosas de los empleados y trabajadores particulares y de sus empleadores que lo utilizan". (fls. 11-21).

El Tribunal del conocimiento en sentencia del 14 de diciembre de 1.987 decidió en forma favorable las súplicas de la demanda, fundamentándose en la no violación del artículo 64 de la Constitución Nacional, por cuanto éste prohíbe la percepción de más de una asignación que provenga del Tesoro Público, hace referencia al de la nación los Departamentos y los Municipios, pero no al de otras entidades y, como en el presente caso, el actor reciba del municipio de Cali la pensión de jubilación y sueldo como empleado del Instituto de los Seguros Sociales que es un establecimiento público del orden nacional, ello significa las erogaciones tienen carácter distinto: una es nacional y la otra municipal. Dijo, además, que la pensión reconocida al actor no tiene el carácter de plena, pues obedece al medio tiempo servido al Municipio de Cali (Fls. 87-92).

Apeló el Instituto de Seguros Sociales exponiendo los siguientes argumentos:

1.- Interpretó mal el Tribunal el artículo 64 de la Constitución, el cual define que debe entenderse por Tesoro Público "el de la Nación, los Departamentos y los Municipios", sin hacer diferencias entre éstos. Por lo demás, claras son las normas del decreto 1848 de 1.969, artículos 77 y 78, y del decreto 1042, artículo 32, que establecen la incompatibilidad de la pensión de jubilación con las asignaciones provenientes de los establecimientos públicos, salvo los casos previstos en el Decreto 1713 de 1.960.

2.- Si el artículo 119 del Decreto 1651 de 1.977 determina que no pueden inscribirse en la carrera de Seguridad Social "las personas que reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación", lógico es que haya violación ostensible de la Ley cuando se percibe más de una asignación del Tesoro Público (Fls. 97-99).

La agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria (Fls. 108-109) solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto en el *sub-lite* se presenta la incompatibilidad a que se ha hecho referencia ya que el Tesoro Público es uno sólo, o sea que la prohibición opera respecto del Tesoro de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, así como del de las demás entidades estatales, no siendo aceptable la conclusión de la sentencia de que es permitido recibir dos asignaciones cuando provengan una de la Nación y la otra del Municipio, pues la norma no hace ninguna distinción.

Agotado el trámite del recurso de alzada, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

No cabe duda que la razón está de parte del criterio que expone la señora Fiscal de esta Corporación.

Clara y terminante es la prohibición del artículo 64 de la Carta y clara también es la definición del concepto de "tesoro público". No admite, pues, reparo alguno el criterio que la Fiscalía expone en el siguiente período:

"...No se puede tomar cada una de estas entidades en forma separada sino en su conjunto, por ser el Tesoro Público uno sólo, o sea que la prohibición cabe respecto de asignaciones nacionales y departamentales o de éstas y municipales y nacionales etcétera., sin que pueda llegarse a la conclusión de la sentencia de que es permitido cuando provienen de una entidad nacional y municipal porque la norma no está haciendo ninguna clase de distinciones" (Fl. 109).

A folio 51 obra el texto de la Resolución No. 089 de 1.983 por la cual el Municipio de Cali reconoce al actor pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 23 de diciembre de 1.982 con fundamento en el decreto 0255 de marzo de 1.982 y en cuyo artículo 4° se lee:

"Se advierte al pensionado que su derecho es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo público tal como lo ordena la ley 1a. de 1.963".

De otra parte, el acto enjuiciado, Resolución No. 05887 de 1.983, trae, entre varios, los siguientes Considerandos:

"Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional; 77 y 78 del decreto reglamentario 1848 de 1.969; 29 del decreto

2400 de 1.968; 32 del decreto 1042 de 1.978 y demás normas concordantes y reglamentarias establecen que el fruto de la pensión de jubilación que concede el Estado a sus servidores es incompatible con la percepción de asignaciones provenientes de Establecimientos Públicos, salvo las excepciones consagradas en la ley.

Que el Doctor PINEDA VASQUEZ al estar al servicio activo del Instituto de Seguros Sociales y estar percibiendo simultáneamente pensión de jubilación por parte del Municipio de Santiago de Cali, está violando flagrantemente la Constitución y la ley por no estar esta modalidad dentro de las excepciones consagradas en el decreto 1713 de 1.960". (fl. 6).

Incuestionablemente estos criterios consultan el genuino alcance de los textos normativos en que se apoyan, pese a que aparentemente la lógica demanda una interpretación favorable a la compatibilidad de pensión y sueldo en el supuesto de autos, siendo compatibles los dos sueldos por dedicación parcial con fundamento en el decreto 1713 de 1.960.

Cierto es que el ejercicio simultáneo de dos cargos está autorizado por el citado decreto en los supuestos allí previstos, pero no hay norma que prive la compatibilidad de sueldo y pensión si no es en los pocos casos excepcionales expresamente señalados. Si es por vía de excepción, no hay posibilidad de extensión por analogía a otros casos.

Al contrario, son varias las disposiciones legales que vedan tal posibilidad. algunas de ellas hace referencia expresa el acto enjuiciado.

Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la pensión de jubilación no es una prestación que pueda considerarse divisible en partes o pensiones parciales, para que, no siendo **plena**, se la pueda hacer compatible con otra asignación por servicios que con dedicación parcial se presten a la administración. Tiene ella, en cambio, su propia entidad o individualidad que, si bien es proporcional a la remuneración del último año de servicios, como lo es el salario a la intensidad de la dedicación al servicio, no admite una escisión en su esencia: constituirá siempre un todo sin consideración al **quantum** de la remuneración en que se apoya ó al horario de dedicación al servicio.

Ahora bien, de la posibilidad de desempeñar dos cargos simultáneos en las condiciones precisadas en el decreto 1713 de 1.960, no se puede deducir la posibilidad de sueldo y pensión tomando la misma base, pues tal deducción carece de apoyo en norma legal, frente a la expresa prohibición del artículo 64 de la Carta y de las varias exposiciones que excluyen tal eventualidad.

En algún caso anterior, esta misma Sala, por vía de deducción de los presupuestos anotados, estimó que "si el literal b) de aquella disposición 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. 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". (sentencia de agosto 29 de 1.990. Exp. No. 394. Actor: Darío Patiño Gutierrez).

Efectuado un estudio a fondo de la situación, la Sala considera necesario rectificar este criterio que, si bien se apoya en la lógica de las cosas ("Quod natura omnia animalia docuit"), no consulta, en cambio la preceptiva legal que proscribe con reiteración devengar sueldo y pensión. Frente a la prohibición expresa, aquella deducción perfectamente lógica debe, sin duda, ceder el paso.

Finalmente, cabe anotar que en forma alguna convencen los argumentos de la demanda, los cuales, a diferencia del caso anterior que se mencionó se apoyan justamente en aquellas disposiciones que vedan recibir sueldo y pensión utilizando razonamientos como el de que "el Instituto de Seguros Sociales es un establecimiento Público pero el Tesoro Público no aporta un peso o mejor el Estado no aporta un peso" (fl. 15).

Es elemental en el campo del derecho que quien alega una prestación o derecho subjetivo debe invocar la norma que lo consagra, dado que nuestra Constitución sólo garantiza "los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles", según explica el artículo 30 de la Carta.

No es tal el caso del **sub lite** y, por lo mismo, la súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar. Ello implica revocar la sentencia del *A quo* que las acogió favorablemente.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada de catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1.987), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar, deniéganse las peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 28 de noviembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, (Salvamento de voto), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa (1.990).

Ref.: Expediente No. 3438. Actor: Martín Pineda Vásquez.

Con todo respeto por la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, me aparto de ella para considerar suficientemente válidas y por ende aplicables, las razones expuestas en sentencia proferida en un caso similar el 29 de agosto de 1.989, expediente No. 394, Actor: Darío Patiño Gutiérrez.

Fueron consideradas de aquella providencia, entre otras, las siguientes:

"La Sala entiende, con apoyo en la normatividad del artículo 1o. del decreto 1713 de 1.960, 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 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. 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".

"...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 1.960, ley 1a. de 1.963, artículo 6o. y ley 57 de 1.964, artículo

1o., su aplicación a situaciones de 1.980 constituiría no solo 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 1.978, según el cual la compatibilidad entre sueldo y pensión no puede exceder la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho."

Joaquín Barreto Ruiz.

SINDICATO/SINDICATO MIXTO-Imprudencia

La integración de un sindicato de base con trabajadores oficiales y empleados públicos configura una organización mixta no autorizada por la ley, la cual, en cambio, señala notables diferencias entre las dos clases de agremiación no sólo por las limitaciones que puntualiza el artículo 414 del C.S. del T. respecto de los empleados públicos, sino en virtud de que existen raíces profundas que identifican la vinculación laboral en uno y otro caso, como de naturaleza diferente. Si la ley no contempla la figura de las organizaciones mixtas, la pretendida "fusión sindical" de que da cuenta el sub lite, no puede encajar dentro de las previsiones legales. Suspéndense provisionalmente las Resoluciones números 03931 de 19 de octubre de 1.988 y 000043 de 11 de enero de 1.989, expedidas por el Ministerio de Trabajo. Suspéndase provisionalmente las Resoluciones números 03931 de 19 de octubre de 1988 y 000043 de 11 de enero de 1989, expedidas por el Ministerio de Trabajo.

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

Bogotá, D.E., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Ref.: Expediente No. 5114. Única instancia-Suspensión Provisional. Actor: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Admítase la demanda que por conducto de apoderado judicial promueve la Universidad Nacional de Colombia, para solicitar la nulidad de las Resoluciones No. 03931 del 19 de octubre de 1.988 y 000043 del 11 de enero de 1.989, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Para su trámite se dispone:

1.- Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al representante legal del Sindicato de Empleados Oficiales de la Universidad Nacional de Colombia.

2.- Fijase en lista por el término de cinco (5), días para su contestación y demás efectos pertinentes.

3.- Solicítense al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los antecedentes administrativos.

4.- Reconócese a la doctora Marysol Lillyana Tabares Urrea como apoderada de la Universidad Nacional de Colombia en los términos de los documentos de folios 58 a 60.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita la entidad demandante la suspensión provisional de los actos enjuiciados, Resoluciones 03931 del 19 de octubre de 1.988 y 000043 del 11 de enero de 1.989, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales se aprueba una reforma estatutaria del Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia.

Se apoya esta solicitud en que la reforma implica la existencia de una forma nueva de asociación gremial "representada en la modalidad del mal llamado sindicato mixto" (Fol. 37)

Y explica:

"Se trasgrede en forma flagrante y manifiesta el artículo 355 del Código Sustantivo del Trabajo, conquequiera que el Ministerio de Trabajo, desbordando su campo de acción legal, autorizó una forma de asociación atípica, no contemplada en la ley.

Otra el margen de lo dispuesto en el artículo 414 *ibidem*, si se tiene en cuenta que la susodicha disposición establece la existencia de solo dos tipos de sindicatos en la Administración pública a saber: El Integrado por Trabajadores Oficiales y el conformado por Empleados Públicos, pero no un tercer género o en la forma mixta a que hemos hecho referencia y que la ley no contempla." (Fol. 38).

Para resolver, se considera:

Por la Resolución No. 03931 de 1.988 se aprobaron las reformas estatutarias de la organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de la Univer-

sidad Nacional de Colombia, la cual en adelante habrá de llamarse, dice el proveído, "Sindicato de Empleados Oficiales de la Universidad Nacional de Colombia", integrándose con trabajadores oficiales y empleados públicos.

Se lee en el texto de la Resolución:

"2. **Reforma Propuesta:** Cambio de razón social, con el fin de que el Sindicato quede integrado por trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Universidad Nacional.

Y en el artículo tercero:

"A partir de la aprobación de esta reforma el sindicato estará integrado por trabajadores oficiales y empleados públicos y conforme al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo" (Fols. 54, 55).

La segunda de las Resoluciones enjuiciadas, al decidir un recurso de reposición interpuesto por la actora, da cuenta de la existencia en la Universidad Nacional de dos organizaciones sindicales de primer grado y de base debidamente reconocidas, denominadas "Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia" y "Asociación Nacional de Empleados Públicos de la Universidad Nacional de Colombia".

Y concluye, para negar la reposición:

"Por lo tanto, este Despacho considera que en el caso sub-exámene, solamente existe una solución: la fusión sindical, la cual puede originarse de manera voluntaria, por acuerdo de las dos organizaciones sindicales o, en su defecto, por disposición legal". (Fols. 46-51).

Es claro, y así lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala, que la integración de un sindicato de base con trabajadores oficiales y empleados públicos configura una organización mixta no autorizada por la ley, la cual, en cambio, señala notables diferencias entre las dos clases de agremiación no sólo por las limitaciones que puntualiza el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de los empleados públicos, sino en virtud de que existen raíces profundas que identifican la vinculación laboral en uno y otro caso, como de naturaleza diferente.

Es evidente que la forma de integración prevista en el artículo 26 del decreto 2351 de 1.965 para efectos de contratación colectiva, debe entenderse con arreglo a los presupuestos anotados. Si la ley no contempla la figura de las organizaciones mixtas, la pretendida "fusión sindical" de que cuenta el *sub lite*, no puede encajar dentro de las previsiones legales.

Es también evidente que aquella integración (art. 357 del C.S. del T.) se refiere solamente a la presentación sindical para **efectos de la negociación colectiva**. Coexistiendo válidamente en ese caso un sindicato de base con uno gremial o de industria, no hay propiamente integración pues cada uno de ellos tiene y conserva su existencia propia.

En cambio, un sindicato formado por empleados públicos y trabajadores oficiales constituye un ente híbrido que no podría actuar sin disgregarse, cumpliendo unas veces las funciones asignadas a los sindicatos de empleados públicos y otras las que corresponden a los trabajadores oficiales: el ente jurídico es uno solo en su entidad legal y, al actuar, debe hacerlo conforme a su naturaleza.

Es el caso, por lo tanto, de acceder a la solicitud de la medida provisoria.

En mérito de los anteriores consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Suspéndese provisionalmente las Resoluciones Nos. 03931 del 19 de octubre de 1.988 y 000043 del 11 de enero de 1.989, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Decisión adoptada en la Sala del día 5 de diciembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

ACCION ELECTORAL - Procedencia. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Improcedencia/LEGITIMACION POR ACTIVA

El demandante ha debido ejercitar la acción electoral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, luego de haber caducado la primera de las acciones citadas, por la sencilla razón de que no probó interés jurídico en la nulidad de la elección de su reemplazo y por ende no podía ser titular de la acción de restablecimiento del derecho. Y no acreditó interés jurídico, por cuanto de la nulidad de la elección de su reemplazo no podía derivarse reintegro alguno, dado que el período para el cual fue elegido ya se encontraba vencido, y no tenía, según las normas transcritas, derecho a la permanencia del cargo.

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

Bogotá, D.E. Diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno.

Referencia: Expediente No. 3314. Actor: Rodolfo Antonio Ortiz Rangel.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor RODOLFO ANTONIO ORTIZ RANGEL, contra la sentencia de 19 de noviembre de 1.987, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento de Norte de Santander.

ANTECEDENTES:

El ciudadano Rodolfo Antonio Ortiz Rangel, formuló al Tribunal Administrativo las siguientes peticiones:

1) Que se declare la nulidad de la elección del Concejal suplente Edgar Rochels Marín, como Secretario Ad-hoc del Concejo Municipal de Cúcuta y el acto de elección de Jesús Joaquín Villamizar Vivas, como Secretario General del Concejo Municipal de Cúcuta realizada por el Concejo Municipal el 1o. de noviembre de 1.986.

2) Que como consecuencia de la nulidad de las elecciones, se ordene al municipio de Cúcuta el reintegro al cargo de Secretario General del Concejo Municipal o a otro de igual o superior jerarquía, al señor Rodolfo Antonio Ortiz Rangel.

3) Que se ordene en favor del señor Ortiz Rangel, como consecuencia del reintegro, el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1. El actor fué designado y tomó posesión del cargo de Secretario General del Concejo Municipal de Cúcuta, el 1o. de noviembre de 1.984, empleo que desempeñó hasta finales del mes de octubre de 1.986.

2. El Concejo Municipal se había instalado el 1o. de agosto de 1.986, en cumplimiento de la Ley 11 de 1.986 la cual dispuso que éstas Corporaciones se instalarían en esa fecha luego de la elección popular de sus miembros.

3. El día 1o. de noviembre de 1.986, en el punto cuarto del orden del día, la Corporación Administrativa fijó la elección del Secretario General del Concejo, habiéndose elegido y posesionado ese mismo día, al señor Jesús Joaquín Villamizar Vivas.

En dicha sesión, actuó como Secretario Ad-hoc, el Concejal Edgar Rochels Marín, por disposición de la Presidencia del Concejo, en virtud de haberse vencido el período al titular, señor Ortiz Rangel.

4. La elección se produjo con la asistencia de ocho concejales principales y cuatro concejales suplentes, sin que los principales se hubieran excusado.

5. Que el señor Ortiz Rangel durante el desempeño de su cargo, no fue sancionado y siempre cumplió eficazmente con los deberes de su empleo. (fls. 3 a 10).

Surtido el trámite de la apelación, las partes no presentaron alegaciones (fl. 73 V.); la Fiscal Quinta del Consejo de Estado manifiesta que no comparte los argumentos del Tribunal Administrativo de Cúcuta y solicita se revoque la sentencia y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, por carecer el actor del derecho demandado. (fls. 75 a 79).

Para resolver se CONSIDERA:

Se estima importante establecer las épocas en que el Cabildo debía empezar a sesionar, con el objeto de precisar los períodos dentro de los cuales los

dignatarios del Concejo Municipal podían ejercer los respectivos cargos, luego de la correspondiente elección por parte de la Corporación. Igualmente lo relacionado con el término de caducidad de la acción electoral.

Para tal efecto, es necesario transcribir las siguientes disposiciones:

El artículo 55 de la Ley 11 de 1.986, preceptúa:

Los concejales serán elegidos para períodos de dos años y podrán ser reelegidos indefinidamente. Su período se iniciará el primero (1º) de agosto siguiente a la fecha de su elección.

Parágrafo transitorio. El período de los Concejales que se elijan en marzo de 1.986 termina el treinta y uno (31) de julio de 1.988, mes durante el cual sesionarán ordinariamente sin derecho a las diez (10) días de prórroga de que habla el artículo 53.

El artículo 100 del Código de Régimen Municipal, preceptúa:

Los Concejos elegirán funcionarios en las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período del elegido. En los casos de falta absoluta, lo podrán hacer en cualquier momento.

Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.

El inciso primero del artículo 7o. de la Ley 14 de 1.988, expresa:

La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.

Idéntico término de caducidad consagraba el inciso final del artículo 136 del C.C.A. adoptado por el Decreto 01 de 1.984.

De acuerdo con los presupuestos de la demanda y de las normas transcritas, se pude concluir que efectivamente el demandante ha debido ejercitar la acción electoral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al primero de noviembre de 1.986 y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, luego de haber caducado la primera de las acciones citadas, por la sencilla razón de que no probó interés jurídico en la nulidad de la elección de su reemplazo y por ende no podía ser titular de la acción de restablecimiento del derecho. Y no acreditó interés jurídico, por cuanto de la nulidad de la elección de su reemplazo no podía derivarse reintegro alguno, dado que, el período para el cual el actor fue elegido ya se encontraba vencido, y no tenía, según las normas transcritas derecho a la permanencia en el cargo.

Ha podido sí, interponer la acción electoral, que es pública y por lo tanto puede ser incoada por cualquier persona.

Para reafirmar estas apreciaciones, la Sala considera importante transcribir lo que al respecto dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, en providencia de 2 de noviembre de 1.990, así:

En efecto, como de manera reiterada lo ha sostenido el Consejo de Estado, el ejercicio de las acciones contencioso administrativas no es arbitrario ni caprichoso, sino que en cada caso ha de hacerse uso de aquella que la ley determina puesto que tienen sus propias características y persiguen fines específicos.

Y más adelante agrega:

La acción que ha debido intentar, acorde con el poder conferido, era la electoral que es pública; su titularidad la tiene cualquier ciudadano sin necesidad de comprobar interés directo.

...

Ni siquiera el señor Bustamante demostró su propio interés, puesto que la elección de Mesa directiva acusada, se hizo para un período distinto -1.986-1.988- a aquél durante el cual él desempeñó la presidencia del Cabildo. Por tanto mal podía pretender derecho a continuar en la presidencia cuando se trataba de un Consejo integrado por personas diferentes, aunque él hubiera sido elegido nuevamente Concejal. Y ni por asomo estaba legitimado para actuar a nombre de otras personas y solicitar el restablecimiento de sus derechos.

Por lo tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del día 19 de noviembre de 1.987, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se decidió la demanda propuesta por Rodolfo Antonio Ortiz Rangel, en relación con la elección del Secretario General del Concejo Municipal de Cúcuta, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Ejecutoria ésta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE:

La presente providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha. (Octubre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1.990))-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Charria Angulo, (Ausente), Conjuéz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PENSION DE JUBILACION. RETIRO DEL SERVICIO/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Régimen aplicable

El Decreto 937 de 1976 regula las relaciones del derecho individual del trabajo de la Contraloría General de la República con sus empleados o funcionarios y crea en el artículo 134 un mandato inequívocamente dirigido a proteger en su estabilidad a aquellas personas que luego de ingresar al organismo contralor, reúnen los requisitos de edad y tiempo para tener derecho a la pensión de jubilación. Como al ingresar a la Contraloría el actor ya había reunido los requisitos de edad y tiempo para la jubilación, el precepto no le era aplicable, y por lo tanto la protección de la estabilidad relativa no podía operar en su favor.

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

Bogotá D. E. catorce (14) de Diciembre de mil novecientos noventa (1990).-

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno. Referencia: Expediente No. 2847. Actor: Manuel Agustín Vásquez de la Hoz.

El Dr. MANUEL AGUSTIN VASQUEZ DE LA HOZ, de profesión abogado, obrando en su propio nombre mediante demanda presentada el día 23 de mayo de 1.983, ejerce la acción de plena jurisdicción, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No. 01229 de 22 de febrero de 1.983, proferida por el Contralor General de la República, mediante la cual fué declarado insubsistente del empleo de Jefe de la División de Juicios Fiscales y en su lugar se disponga su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría; se le ordene cancelar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con ocasión de su desvinculación y se declare que la insubsistencia no le genera solución de continuidad en el servicio para ningún efecto legal.

El actor fundamenta su petición en los siguientes

HECHOS:

1o. Que se vinculó a la Contraloría General de la República a partir del 11 de agosto de 1.981, luego de haber laborado en la Rama Jurisdiccional durante más de 20 años en el período comprendido entre el año de 1.958 y el 9 de agosto de 1.981.

2o. Que a partir del día 11 de agosto de 1.981, tomó posesión como Jefe de la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, hasta el día 23 de febrero de 1.983, fecha en que le fué comunicada la declaratoria de insubsistencia según Resolución 01229 de 22 de febrero de 1.983.

3o. Que mediante escrito de 12 de agosto de 1.982 dirigido al Contralor General de la República, le expresó tener derecho a al pensión de jubilación y disponer de 12 meses para adelantar la documentación necesaria con el objeto de obtener el reconocimiento de esa prestación social hechos que no tuvo en cuenta el citado funcionario pues fué declarado insubsistente 6 meses después.

4o. Que en su reemplazo fué designada la señora YULL YACKELINE DAZA MARTINEZ, funcionaria que a su juicio no reúne los requisitos exigidos en las disposiciones legales.

Como disposiciones infringidas cita las siguientes: art. 17 de la C.N., arts. 29 y 124 del Decreto 1950 de 1.973, art. 86 del Decreto 1848 de 1.969; arts. 7 y 11 del Decreto 929 de 1.976; Decreto 341 de 1.981.

En su demanda estima que tales disposiciones fueron violadas por cuanto no se le garantizó el derecho al trabajo; que fué retirado del servicio antes de vencer el tiempo que confiere la ley para quien ha reunido los requisitos para gozar de la pensión de jubilación a pesar de haberle comunicado tales hechos al Contralor General de la República; que se promovió y trasladó al cargo que él desempeñaba, a quien no reunía los requisitos mínimos, pues entre otros aspectos no tenía el título de Abogado, calidad exigida para ese empleo, ni la experiencia judicial requerida.

Superado el incidente de nulidad, la demanda fué admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 50) quien en la oportunidad procesal, decretó como pruebas, las allegadas al proceso (fl. 61) y posteriormente ordenó correr traslado tanto a las partes para alegar de conclusión (fl. 63) como al Fiscal de la Corporación (fl. 76).

El Actor reitera sus afirmaciones y hace énfasis en la estabilidad temporal en el empleo de que gozaba cuando fué declarado insubsistente (fl. 64).

El apoderado de la Contraloría General de la República solicita sean negadas las pretensiones de la demanda por cuanto el acto de insubsistencia se produjo con base en el facultad discrecional; que el actor cuando ingresó a la Contraloría tenía ya acusado el derecho a la pensión de jubilación y era en el acto de posesión que el demandante ha debido denunciar el hecho; que carecía de fuero laboral que le garantizara la inamovilidad en el empleo; que la insubsistencia por ser un acto condición no requiere de notificación sino de comunicación y que el acto debe mantenerse bajo el amparo de la presunción de legalidad (fls. 68 a 70).

El Fiscal 4o. ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de efectuar un pormenorizado examen de las solicitudes de la demanda y del concepto de la violación solicita se denieguen las peticiones del actor (fls. 77 a 89).

Se sintetiza dicho examen así:

1o. A los empleados de la Contraloría General de la República no le son aplicables los Decretos 1848 de 1.969 y 1950 de 1.973 por tener regímenes especiales.

2o. El acto acusado no puede ser enjuiciado a la luz del art. 11 del Decreto 929 de 1.976 porque fué derogado tácitamente por el art. 134 del Decreto 937 de 1.976, disposición esta última que no fué invocada por el demandante y que el juez no puede aplicar por tratarse de una "justicia rogada".

3o. El ingreso del actor a la Contraloría General de la República como Jefe de División no viola la ley, a pesar de reunir los requisitos de edad y tiempo, pues la ley exceptuó los cargos de Jefe de División como aquellos a los cuales se puede acceder aún cuando la persona reúna los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación.

4o. No se demostró en el proceso que el reemplazo del actor no cumpliera los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y por consiguiente no se puede afirmar que el cargo por desviación de poder esté llamado a prosperar.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 27 de febrero de 1.987, y de acuerdo con los términos de la vista fiscal, niega las súplicas de la demanda (fls. 91 a 99).

Notificada la sentencia, en tiempo oportuno el actor interpuso contra ella, el recurso de apelación.

Cerrado el debate probatorio, tanto el actor como el apoderado judicial de la Contraloría reafirmaron sus puntos de vista (fls. 122 a 125 y 127 a 129).

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado solicita que la sentencia recurrida sea

confirmada por cuanto a los hechos debatidos no le es aplicable el art. 7o. del Decreto 929 de 1.976, debido a que los supuestos de hecho de tal disposición no coinciden con los argumentos del actor, pues él se vinculó a la Contraloría cuando tenía causado el derecho jubilatorio; no prestó servicios a ese organismo durante diez años sino 18 meses y once días y además tal disposición fué subrogada por el artículo 134 del Decreto 937 de 1.976.

Finalmente expresa que no hubo violación del Decreto 341 de 1.981 por cuanto el citado decreto exigía genéricamente que el empleado tuviera "título profesional en una carrera relacionada con el área de trabajo", de una parte y de la otra, que "aún en el caso de que tal designación fuere ilegal, en nada afectaría la voluntad administrativa plasmada en el acto que separó del servicio al accionante".

Para resolver se CONSIDERA:

El actor en el libelo de la demanda plantea básicamente dos aspectos orientados a atacar el acto administrativo que contiene la insubsistencia del empleo que desempeñaba. Estos hechos son los siguientes:

1o. Que se encontraba amparado por estabilidad o inamovilidad relativa derivada del hecho de encontrarse en una etapa prejubilatoria de acuerdo con lo previsto en los artículos 7o. y 11 del D.L. 929 de 1.976.

2o. Que el acto administrativo se encontraba viciado de nulidad por cuanto se "promovió y trasladó" al cargo que el demandante desempeñaba, a una persona que no reunía los requisitos señalados en el Decreto 341 de 1.981.

Por consiguiente, es necesario efectuar las siguientes observaciones:

a) No está demostrado en el expediente que el actor al momento de ser declarado insubsistente se encontrara amparado por la estabilidad de que gozan los funcionarios pertenecientes a la Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República y por lo tanto este hecho debe ser descartado.

b) Para concluir si se encontraba amparado por una disposición de estabilidad o inamovilidad relativa emanada de los estatutos de personal o de las prestaciones sociales, es necesario examinar los artículos 7o. y 11 del Decreto Ley 929 de 1.976 y 134 del Decreto Extraordinario 937 de 1.976.

Dicen textualmente estas disposiciones:

Artículo 7o.- Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, **al llegar** a los 55 años de edad, si son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales **por lo menos** diez lo hayan sido

exclusivamente a la Contraloría General de la República a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

La disposición consagra los presupuestos de edad y tiempo requeridos para el derecho a la pensión de quien tiene el carácter de empleado público de la Contraloría General de la República. La expresión: "al llegar a los 55 años de edad...", indica que el precepto está dirigido a los funcionarios de esa institución que al tomar posesión no han cumplido los requisitos de edad y tiempo.

Artículo 11.- Ninguno de los funcionarios a que se refiere este Decreto, que por razones de edad y tiempo de servicio, o vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio, **será reemplazado** mientras la entidad correspondiente de previsión social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarle, especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de doce meses después **de ocurrida la causal.** (se subraya).

Artículo 134.- **El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro,** está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora tan pronto como cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

El retiro para gozar de pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada, pero no se hará efectivo hasta que se haya liquidado y ordenado el reconocimiento y pago de la pensión por resolución en firme. (se subraya).

El último precepto transcrito está dirigido como el anterior a otorgar estabilidad al empleado de la Contraloría que con el transcurso del tiempo de servicio en esa entidad, llegue a tener derecho a la pensión de jubilación o de retiro forzoso, eventos que una vez probados, le imponen al empleado la obligación de comunicarlo al nominador, so pena de infringir la disciplina de la entidad.

Comparados los artículos 11 del Decreto 929 de 1.976 y 134 Decreto 937 del mismo año, se observa que los presupuestos normativos de protección al empleado que ha reunido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o edad de retiro forzoso, así como la obligación del empleado de comunicarlo al nominador y a su vez la de éste para no retirar a su funcionario por dicha causa, se encuentran consagrados en una y otra disposición. En estas condiciones, como lo han sostenido los colaboradores fiscales y el propio Tribunal Administrativo, el artículo 134 del Decreto 937 de 1.976, subrogó el artículo 11 del Decreto 929 de ese mismo año.

Por consiguiente, se debe examinar si los presupuestos consagrados en el artículo 134 del Decreto 937 de 1.976, son aplicables a la situación del actor con ocasión de la insubsistencia de que fué objeto mediante la Resolución No. 1229 del día 22 de febrero de 1.983.

En tal virtud, puede concluirse lo siguiente:

1) El precepto consagra una obligación para el Contralor General de la República consistente en que no puede reemplazar a un empleado de la Contraloría si la causa que lo motiva se fundamenta en que el funcionario reúne los requisitos para obtener su pensión de jubilación.

2) La norma releva de esta obligación, al nominador, cuando al empleado se le otorga la pensión de jubilación y se ordena su reconocimiento y pago mediante resolución en firme.

3) El nominador obviamente puede retirar del servicio a un empleado con situación prepensional si existe justa causa, como cuando procede en ejercicio del poder disciplinario o por solicitud de autoridad competente, o por abandono del cargo.

4) El Decreto 937 de 1.976, regula las relaciones de derecho individual de trabajo de la Contraloría General de la República con sus empleados o funcionarios y crea en el artículo 134, un mandato inequívocamente dirigido a proteger en su estabilidad, a aquellas personas que luego de ingresar al organismo contralor, reúnen los requisitos de edad y tiempo para tener derecho a la pensión de jubilación.

Como al ingresar a la Contraloría el actor ya había reunido los requisitos de edad y tiempo para la jubilación, el precepto no le era aplicable por la razón antes expuesta y por lo tanto, la protección de estabilidad relativa no podía operar en su favor.

La hoja de vida del actor allegada al expediente, y que obra en cuaderno separado, relata sus condiciones laborales de edad y tiempo de servicio, por lo cual, tanto el actor como la entidad se hallaban totalmente enterados de la situación administrativa y sus posibles consecuencias.

Por estos motivos el cargo del demandante, no está llamado a prosperar.

El segundo tema de debate expuesto por el actor, se relaciona con la ausencia de requisitos del funcionario que lo reemplazó luego de su insubsistencia.

Examinado el expediente se observa que no se allegó dentro de la oportunidad procesal, prueba alguna de que la señor YULL YACKELINE DAZA carecía de los requisitos legales para desempeñar el empleo de Jefe de División de Juicios Fiscales en reemplazo del actor.

Por consiguiente, este cargo, no puede ser objeto de estudio y no está llamado a prosperar.

Finalmente la Sala considera que los Decretos 1848 de 1.969 y 1950 de 1.973, no son aplicables a la Resolución acusada, pues los actos de la Contraloría en la materia que se examina están precedidos de los estatutos contenidos en los decretos 929 y 937 de 1.976.

De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

En firme éste proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

PERSONAL DOCENTE/TRASLADO

Es evidente que a partir de la vigencia de la Ley 29 de 1.989 el traslado por permuta de los docentes debe tener la expresa aceptación del superior inmediato, o sea del rector del correspondiente plantel educativo, lo cual en el presente caso o se cumplió. Si la facultad nominadora de los docentes está atribuida a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios mientras los alcaldes le asumen, con arreglo a los artículos 9º y 19 de la misma ley, el Ministro de Educación no podía efectuar el traslado. Suspéndese Provisionalmente el artículo 1º de la Resolución 09560/90 (julio 17), expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

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

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

Consejero Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

Ref.: Expediente No. 5376. Resoluciones Ministeriales. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.-

1.- Admítase la demanda de nulidad del artículo primero de la Resolución No. 09560 del 1.990 del Ministerio de Educación Nacional.

2.- Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Educación Nacional y al docente Luis Javier Benavides y por estado. Para notificar al docente se comisiona al Juez Civil Municipal de Falan (Tolima). Librese el oficio correspondiente.

3.- Solicítense los antecedentes administrativos.

4.- Para resolver sobre la suspensión provisional, se considera:

El mencionado artículo primero de la resolución acusada, trasladó a Luis Javier Benavides, maestro de Práctica Docente de la Anexa de la Normal Nacional de Varones "Francisco Fernández Contreras" de Ocaña al cargo de Director de la Anexa a la Norma Nacional de Falan, en remplazo de Luis Gonzalo Salazar Rivas a quien se trasladó al cargo que venía desempeñando Benavides.

También se lee en la resolución que el cambio de domicilio obedece a solicitud de los interesados, vale decir, que es una permuta, como se afirma en la demanda (hecho 3.2.3).

En lo pertinente, la demanda sustenta la solicitud de suspensión provisional así:

"5.4.3.- Es visible el quebranto del artículo 10o. de la Ley 29 de 1.989 que dice: "Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, asumirán temporalmente las atribuciones contenidas en el artículo anterior -(el 9o., que transfirió a los alcaldes municipales la facultad nominadora)- cuando financiera y/o administrativamente un municipio no pudiera asumir tal responsabilidad.- Una vez superadas las limitaciones financieras y/o administrativas, previa solicitud del alcalde, el Ministerio podrá mediante resolución trasladar tal competencia".

5.4.4.- Quiere decir lo anterior que a partir de la vigencia de las citadas disposiciones y en forma provisional la función nominadora en los departamentos es exclusiva de los gobernadores, en aquellos casos en que no se hubiere implementado completamente la municipalización.

5.4.5.- Al Ministerio de Educación Nacional únicamente le atribuyó la ley función de trasladar la competencia provisional de los gobernadores, intendentes y comisarios a los alcaldes, a solicitud de estos y mediante resolución, cuando se dieran las circunstancias previstas en la normatividad.

5.5.- También es ostensible la violación de lo impuesto en el artículo 3o. del Decreto 1706 de 1.989, porque el señor Rector de la Normal Falan no dió el consentimiento para el traslado, como lo hizo constar en la comunicación del ocho (8) de los corrientes, dirigida al profesor **JORGE GONZALO GUTIERREZ**, cuyo original se presenta en esta demanda.

5.6.- Estas violaciones se fraguaron de manera directa, por la vía de la inaplicación, puesto que la Agencia del Estado que dispuso el traslado del profesor **LUIS JAVIER BENAVIDES** de Ocaña a Falan, de un cargo simplemente docente a otro de dirección, sin la formalidad del **concurso obligatorio** establecido en los artículos 2o. y 9o. del Decreto 1498, con incompetencia y en forma irregular, conforma la desviación del poder en la modalidad de extralimitación".

Para la Sala es evidente que a partir de la vigencia de la ley 29 de 1.989 el traslado por permuta de los docentes debe tener la expresa aceptación del superior inmediato, o sea del rector del correspondiente plantel educativo, a términos del artículo 3o. del decreto 1706 de 1.989, reglamentario de aquella, lo cual en el presente caso no se cumplió como lo demostró el demandante con el documento público de folio 1, suscrito por el Rector de la Normal Nacional de Falan.

De otro lado, también resulta ostensible que si la facultad nominadora de los docentes está atribuída a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios mientras los Alcaldes la asumen, con arreglo a los artículos 9o. y 10 de la misma ley, el Ministro de Educación no podía efectuar el traslado que se impugna.

Lo anterior es suficiente para que la Sala con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., resuelva:

Suspéndese provisionalmente el artículo primero de la resolución 09560 del 17 de julio de 1.990 del Ministro de Educación Nacional.

Notifíquese como quedó ordenado y comuníquese, una vez en firme esta providencia.

Aprobado en la sala del día 12 de diciembre de 1.990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

PERSONAL MILITAR/ASIGNACION DE RETIRO-Modificación/CORRECCION MONETARIA-Improcedencia

Teniendo el actor plenamente adquirida su asignación de retiro, equivalente al 50% del salario de un cabo primero en actividad, al reincorporarse al servicio por algo más de tres años, tiene derecho a que se modifique su pensión de retiro. La aplicación de corrección monetaria al monto de las diferencias pensionales que con carácter mensual deben pagarse al actor, es improcedente, por cuanto ni el antiguo C.C.A. vigente para la época en que se inició, ni el nuevo (Dec. 01 de 1.984) prevén ajustes por corrección.

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

Bogotá D.E., Diciembre diez y nueve (19) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejera Ponente : Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Ref.: Expediente No. 1142. Apelación Reconstrucción. Resoluciones Ministeriales. Actor: Manuel Cabrera Oliveira.

La Sala conoce de este proceso por apelación interpuesta por el apoderado del actor contra la sentencia emitida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de 2 de Diciembre de 1.983, por la cual se niegan las peticiones de la demanda instaurada contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, que consagraba el artículo 67 del C.C.A. anterior.

Reconstruido el expediente y agotado el procedimiento de rigor, de acuerdo con el Decreto 3825 de 1985 y no observándose causal alguna que invalide lo actuado, se procede a decidir lo pertinente.

LA DEMANDA

El libelo pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones números 0546 del 24 de Julio de 1.981 y 2452 del 28 de Agosto de 1.981, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional, en su orden, para que se proceda a restablecer el derecho del señor MANUEL CABRERA OLIVEIRA, en el sentido de que su asignación de retiro se liquide y pague en el 74% de la asignación de actividad del grado de Sargento Segundo, a partir del 15 de Junio de 1.965, aplicando corrección monetaria al monto de las diferencias pensionales que con carácter mensual se le adeudan.

HECHOS SUSTENTO DE LA PRETENSION

El apoderado del actor los relata de esta manera:

1°.- El señor Manuel Cabrera Oliveira, mayor, de esta vecindad, fué reconocido mediante sentencia del 15 de mayo de 1.978 por el Consejo de Estado, Sección 2a. en el derecho a que se le pague por la Caja de Retiro de las FF.MM. una asignación de retiro del 50% de la asignación de un Cabo 1° en servicio activo a partir del 13 de mayo de 1.971.

2°.- El Cabo 1° del Ejército Manuel Cabrera Oliveira reingresó al servicio activo en donde fué ascendido habiéndose retirado a solicitud propia con un total de servicios de 13 años, 10 meses, 5 días, causándose su retiro el día 15 de junio de 1.965, habiéndosele formado hoja complementaria de servicios con dicho tiempo y acreditando el grado de Sargento 2° del Ejército.

3°.- A la Caja de Retiro de las FF. MM. se les solicitó el reajuste de esta asignación y fué denegado mediante Resolución No. 0546 del 24 de julio de 1.981, lo que fué aprobado por el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución No. 2452 del 28 de agosto de 1.981.

4°.- La denegación por parte de la Caja de Retiro de las FF. MM. con una impropiedad rayana en la ignorancia culpable alega que no es posible reajustar tal asignación por cuanto que existe una sentencia del H. Consejo de Estado que manda pagar solamente el 50% sobre el grado de Cabo 1°, del Ejército y porque además siendo el posterior nuevo retiro del servicio activo a "solicitud propia" en concordancia con el artículo 101 del Decreto Extraordinario 501 de 1.955, carecería de derecho a asignación de retiro, en razón de que, por retiro

voluntario sólo puede concederse retiro con más de quince (15) años. Lo anterior lo confirma el Ministerio de Defensa Nacional.

5°. La cuantía de esta reclamación es inferior a \$150.000 quedando agotada la vía gubernativa.

DISPOSICIONES VIOLADAS, AL TENOR DE LA DEMANDA

El libelo asevera que los actos demandados violan los artículos: 17, 169 de la Constitución Nacional y 126 del Decreto 501 de 1.955 y expone su criterio sobre tal violación.

OPOSICION DE LA CAJA DE RETIRO

El representante judicial de la Caja de Retiro sostiene que la demanda que promovió este juicio pretende distorsionar la verdad para anular unos actos que se limitaron a dar cumplimiento a la sentencia proferida por esta Sala el 15 de mayo de 1.978, para obtener una asignación de retiro a la cual no tiene derecho el actor.

Precisa -el mismo apoderado- que MANUEL CABRERA OLIVEIRA fué retirado del servicio, por incapacidad profesional, como Cabo Primero, el 1° de Diciembre de 1.959, acreditándosele como tiempo de servicio 9 años, 8 meses y 7 días y el Consejo de Estado le reconoció 3 meses de alta, para un total de 10 años, 00 meses, 5 días, en la sentencia que dispuso pagarle una asignación de retiro equivalente al 50% del sueldo de un cabo 1° en actividad. Y posteriormente, el mismo MANUEL CABRERA regresa al servicio el de noviembre de 1.961 y se retira por VOLUNTAD PROPIA en el grado de Sargento Segundo, el 16 de marzo de 1.965, acumulando entre los dos tiempos de servicio 13 años, 3 meses, 7 días.

De acuerdo con el artículo 101 del Decreto 501 de 1.955, el actor no tiene derecho a asignación de retiro -como sargento 2°- porque dicha norma confiere ese derecho a suboficiales y marineros que se retiren por voluntad propia después de los 15 años de servicio; presume el apoderado de la Caja, que el accionante no mencionó el lapso de servicio entre el 1° de noviembre de 1.961 y el 16 de marzo de 1.965, cuando demandó por primera vez ante la jurisdicción contenciosa su pensión de retiro, por temor a que se le aplicara el aludido artículo 101 y se le negara dicha asignación, toda vez que, por haberse producido el retiro por solicitud propia, requería para obtenerla más de 15 años de servicio.

Insiste dicho apoderado en que MANUEL CABRERA OLIVEIRA ocultó deliberadamente el tiempo y grado de Sargento 2° al demandar en 1.975, pese a que cuando presentó la demanda este tiempo ya había sido servido. Con lo anterior, con-

cluye el representante judicial de la Caja, que ni moral ni jurídicamente es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal 4° de esta Corporación descurre el traslado en estos términos:

"La sentencia recurrida amerita confirmación, por cuanto el a-quo la apoyó en una correcta interpretación armónica de las previsiones contenidas en los artículos 101 y 126 del Decreto 501 de 1.955, y conforme a las cuales el actor sólo habría podido tener derecho al reajuste pensional impetrado en el evento de que hubiese completado quince (15) años de servicio, pero, como acertadamente lo anota el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "el actor sólo prestó sus servicios al Ejército por un tiempo total de trece (13) años, 7 meses y 27 días es forzoso concluir que no tiene derecho al reajuste pedido".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. Asevera el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que el Consejo de Estado al proferir la sentencia el 15 de mayo de 1.978, no hubiera reconocido los tres meses de alta previstos por el artículo 101 del Decreto 501 de 1.955, en aplicación del artículo 126 *ibidem*, si el actor no hubiera ocultado su tiempo y grado de Sargento Segundo, en 1.975, diez años después de su retiro definitivo; en tales condiciones, MANUEL CABRERA no habría logrado acreditar diez años de servicio, que permitieron que se le decretara una pensión de retiro equivalente al 50% de la asignación de un Cabo Primero en actividad.

2a. Sin embargo, la Sala extraña que la Caja de Retiro de las FF. MM., al amparo del artículo 165 del C.C.A. anterior, no hubiera solicitado la revisión de la sentencia del 15 de mayo de 1.978, que podía intentarse "en cualquier tiempo", hasta la expedición del Decreto 01 de 1.984. Actualmente esa sentencia constituye cosa juzgada y no es susceptible de ser revisada ni cuestionada en un nuevo proceso, como éste, que se adelanta con pretensiones diferentes.

3a. Así las cosas, teniendo el actor plenamente adquirida su asignación de retiro, equivalente al 50% del salario de un cabo Primero en actividad, al reincorporarse al servicio por algo más de tres años, de acuerdo con el artículo 126 del Decreto 501 de 1.955, tiene derecho a que se modifique su pensión de retiro. Como el señor MANUEL CABRERA acredita 13 años, 10 meses y 25 días de servicio, conforme al artículo 101 del Decreto 501 de 1.955 (cuyo texto se halla a folio 6 del Cuaderno Principal) su asignación debe aumentarse en un 12% y fijarse en el equivalente al 62% del sueldo correspondiente al grado de Sargento Segundo, a partir del 4 de

Octubre de 1.975, por hallarse prescritas las mesadas anteriores (ver folio 83 del Cuaderno No. 2).

La aplicación de corrección monetaria al monto de las diferencias pensionales que con carácter mensual deben pagarse al actor, es improcedente, por cuanto ni el antiguo Código Contencioso (Ley 167 de 1.941) -vigente para la época en que se ejerció la acción, ni el nuevo (Decreto 01 de 1.984), prevén ajustes por corrección monetaria.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1- REVOCASE la sentencia recurrida y, en su lugar, ACCEDESE a las siguientes pretensiones:

a) Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 0546 del 24 de Julio de 1.981 y 2452 del 28 de Agosto de 1.981, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional.

b) Ordénase a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar al señor MANUEL CABRERA OLIVEIRA una asignación mensual de retiro, equivalente al 62% del sueldo correspondiente a un Sargento Segundo del Ejército en actividad, a partir del 4 de Octubre de 1.975.

c) DENIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

d) El cumplimiento de esta sentencia se hará dentro del término previsto por el artículo 176 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de Diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Mario Delgado Echeverry, Conjuez, Guillermo López Guerra, Conjuez, (Ausente).

SUSTITUCION PENSIONAL-Beneficiarios/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

En el artículo 3° de la Ley 71 de 1.988 no se señalan limitaciones para el derecho a la sustitución por parte de quien haya sido compañero o compañera del pensionado, lo que, al contrario, se advierte en el inciso 2 del artículo 13 del Decreto 1160 de 1.989 (norma acusada) en cuanto exige demostrar la calidad de soltero. En el caso de autos no hay duda de que la norma reglamentaria excede el alcance de la reglamentada. Suspéndese Provisionalmente el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Reglamentario 1160 de 1.989, expedido por el señor Presidente de la República.

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

Bogotá, D.E., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*. Ref.: Expediente No. 5394. Unica Instancia - Suspensión Provisional. Actor: IGNACIO CASTILLA CASTILLA.

Admítase la demanda promovida por el señor IGNACIO CASTILLA CASTILLA, quien actúa a nombre propio y en ejercicio de la acción pública para impetrar la nulidad del inciso segundo del artículo 13 del decreto 1160 de 1.989, reglamentario de la Ley 71 de 1.988, expedido por el señor Presidente de la República.

Para su trámite, se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Fiscal Novena de esta Corporación y al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

2. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para su contestación y demás efectos pertinentes.

3. Solicítense al Ministro de Trabajo y Seguridad Social los antecedentes administrativos.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita el actor suspensión provisional de la norma demandada, el inciso segundo del artículo 13 del decreto 1160 de 1.989, reglamentario de la Ley 71 de 1.988, del siguiente tenor:

"En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclama el derecho a la sustitución pensional, se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada".

Hace notar el accionante cómo la ley "al ampliar la cobertura del derecho a la sustitución pensional, no exigió el estado civil de solteros en cabeza del pensionado ni en la de su compañera permanente".

Y agrega que la frase "ostente el estado civil de soltero (a)" del artículo 12 del decreto mencionado, fué suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto del 28 de febrero pasado, al encontrarse que el ejecutivo había desbordado la facultad reglamentaria y que igual cosa cabe predicar de la norma acusada.

Explica a renglón seguido:

"En efecto, la norma acusada indica que si previamente a la sustitución existiere vínculo matrimonial con tercera persona que no haga parte integrante de la pareja, en ese supuesto se deberá acompañar la prueba de la nulidad o del divorcio de ese matrimonio que por implicar la ruptura del vínculo conlleva la adquisición del estado civil anterior (Arts. 140, 152 y 160 del C.C.)." (Fl. 11).

Y concluye:

"De modo que se presenta ahora la incongruencia de que está suspendida la norma que exigía un determinado estado civil, pero continúa rigiendo aquella que exige la prueba de ese mismo estado". (Fls. 1-11).

Se considera:

El artículo 3° de la Ley 71 de 1.988, norma quebrantada según el accionante, señala como beneficiario de la sustitución pensional al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente del pensionado, en los siguientes términos:

"Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional de la ley 33 de 1.975, de la ley 12 de 1.975, de la ley 44 de 1.980 y de la ley 113 de 1.985 en forma vitalicia, el cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen...".

Según puede observarse en el aparte transcrito, allí no se señalan limitaciones para el derecho a la sustitución por parte de quien haya sido compañero o compañera del pensionado, lo que, al contrario, se advierte en la disposición enjuiciada en cuanto exige demostrar la calidad de soltero.

En providencia de febrero 28 del año en curso, dijo la Sala:

"El demandante glosa el artículo 12 del decreto reglamentario en cuanto exige al compañero o compañera permanente ser soltero.

En verdad el artículo 3° de la ley 71 de 1.988 no señala ninguna limitante para tener derecho, como compañero o compañera, a la sustitución pensional.

Por esa razón y sin entrar en disquisiciones de fondo, se advierte a simple vista un exceso en la potestad reglamentaria al limitar a los solteros el derecho a la sustitución mediante reglamento. En consecuencia, habrá de suspenderse la frase '...ostenta el estado civil de soltero (a)' contenida en el artículo 12 acusado." (Expediente No. 4755, Actor: IGNACIO CASTILLA CASTILLA Ponente: Doctora CLARA FORERO DE CASTRO).

En el caso de autos, no hay duda de que la norma reglamentaria excede el alcance de la reglamentada violando así el precepto del artículo 120, numeral 3°, de la Carta.

La potestad reglamentaria, como tantas veces se ha puntualizado, debe ejercerse en la medida necesaria para "la cumplida ejecución de las leyes", lo que implica respetar el texto legal reglamentado en su integridad literal y conceptual. Como no ocurre tal cosa en el caso de autos, resulta claro que se dan los presupuestos para la suspensión provisional que impetra la parte actora.

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

RESUELVE:

Suspéndase provisionalmente el inciso segundo del artículo 13 del Decreto 1160 de 1.989, expedido por el señor Presidente de la República.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Decisión adoptada en la Sala del día 12 de diciembre de 1.990.

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz,
Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

LEGITIMACION PROCESAL. LEGITIMACION POR PASIVA. PERSONAS DE DERECHO PUBLICO-Representación/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL

No se demostró que la Contraloría General del Huila tuviera personería jurídica y que el Contralor fuera su representante judicial o que, conforme a la C.N., ostentará la delegación del Gobernador para concurrir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, y, por lo tanto, el proceso se adelantó contra una entidad pública carente de capacidad para comparecer en juicio.

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

Bogotá, D.E., Diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa (1.990).-

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*. Referencia: Expediente No. 3184. Actor: Eduardo José Paredes Muñoz

La Contraloría General del Departamento del Huila, fué demandada por el señor EDUARDO JOSE PAREDES MUÑOZ, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución No. 000612 sin fecha, mediante la cual se ordenó la insubsistencia del actor del empleo de Jefe de la División de Auditoría y Finanzas, a partir del día 17 de junio de 1.986 y se ordene su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

Considera como normas violadas, los artículos 26 y 62 C.N.; 36 C.C.A.; art. 35 de la Resolución orgánica de la Contraloria General del Departamento 000503 de 1.984 y 236 del Decreto 1222 de 1.986. Expresa el demandante que fué declarado insubsistente sin fundamento ni motivación alguna y con abuso o desviación de po-

der, pues en el fondo, la ineficiencia y los actos de indisciplina que se le atribuyen en el cumplimiento de sus funciones y del desarrollo de una Comisión de servicio, son hechos sin fundamento real y con el propósito de justificar una medida que finalmente se tomó respecto de él. Agrega que en verdad su insubsistencia se produjo en virtud de haberse negado a visar una Resolución que no reunía los requisitos de ley, así como solicitar la investigación de algunas actuaciones administrativas de discutible legalidad. (fl. 129).

Aceptada la demanda (fl. 71), ésta fué contestada oportunamente oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, proponiendo la "excepción de fondo de inexistencia absoluta de fundamentos jurídicos válidos que hagan nula la Resolución acusada de nulidad, así como la de inexistencia absoluta de motivos que den lugar a la impugnación incoada". (Fls. 116 a 121), que el Fiscal interpreta como la imposibilidad que tenía el actor para ocurrir a la vía jurisdiccional y que aún si lo hiciera, la demanda le sería inadmitida. (fl. 183).

Vencido el término probatorio y practicadas las pruebas pedidas por las partes (Fl. 122 a 175) el Fiscal Segundo ante el Tribunal, luego de un detenido análisis de las peticiones del actor y del acervo probatorio, conceptúa que se debe "fallar accedido a las pretensiones de la demanda". (fl. 183).

El demandante en su alegato de conclusión reitera sus pretensiones y pasa luego a plantear que la Contraloría sí puede ser demandada sin la presencia del Gobernador, pues son organismos autónomos, con representación legal del Contralor, a los cuales no le son aplicables las Leyes de 1.887 (Ley 153 y C.C.) y de 1.968 pues en esa fecha no existían tales organismos y en cambio sí le son aplicables los artículos 20, 21, 187-8 de la C.N.; art. 60-8 D.L. 1222 de 1.986; 1o., 77 y 82 del C.C.A. (Fls. 184 a 188).

La parte demandada solicita al Tribunal emitir fallo inhibitorio, por tratarse de una demanda afectada de ineptitud sustantiva, por falta del presupuesto procesal "capacidad para ser parte", pues la Contraloría Departamental del Huila carece de personería jurídica y ha debido demandarse al Departamento. (Fls. 189 y 190).

El Tribunal Administrativo del Huila en sentencia de 26 de octubre de 1.987, con ponencia del Dr. Yesid Rojas S., se abstiene de conocer del fondo del asunto planteado en la demanda, por ineptitud sustantiva de ella. para llegar a esta conclusión, el Tribunal Administrativo examinó, principalmente, los artículos 633 del C.C.; 80 de la Ley 153 de 1.887; 5o. del D.L. 1050 de 1.968; 187-8 y 190 de la C.N. y sustentó sus argumentos con la transcripción de la parte pertinente de la providencia del Consejo de Estado, de 26 de noviembre de 1.986 con ponencia del Dr. REYNALDO ARCINIEGAS B., que trata el tema de la personería jurídica y la representación legal de las Contralorías Regionales. (Fls. 191 a 199).

Surtida la notificación a las partes y al Ministerio Público, el actor interpuso y sustentó el recurso de apelación (Fls. 201 a 205) contra la sentencia,

argumentando que no es jurídico afirmar que la Contraloría Departamental del Huila no tenga personería para actuar como demandada si de otra parte si es titular de una responsabilidad administrativa según los artículos 77 y 78 del C.C.A.; que mediante los artículos 149 y 150 del Decreto 01 de 1.984, la Ley confirió representación judicial a los representantes administrativos de las entidades públicas y por lo tanto no se pudo seguir aplicando la noción clásica de personería jurídica y así los artículos 633 del C.C. y el artículo 80 de la Ley 153 de 1.887 resultan estatutos obsoletos e improcedentes y que la personalidad jurídica de las Contralorías es reconocida por el C.C.A. (Fls. 202 a 205).

Surtido el rito procesal ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las partes se abstuvieron de presentar sus alegaciones (Fl. 210).

La Fiscal Quinta ante el Consejo de Estado solicita en su concepto se confirme la sentencia. (fls. 212 a 214).

Para resolver se **CONSIDERA:**

Antes de efectuar cualquier pronunciamiento del fondo de la cuestión debatida, es preciso examinar la causa que originó la decisión inhibitoria del Tribunal Administrativo del Huila.

Para tal efecto es conveniente realizar los análisis correspondientes sobre el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte en el proceso contencioso administrativo.

El Derecho procesal diferencia los conceptos relacionados con la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso.

Se puede tener la capacidad para ser parte por la posibilidad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones; sin embargo, esta aptitud no es absoluta ni conlleva la capacidad para comparecer por sí sola en el proceso, por carecer de la facultad de poder disponer de sus derechos. Es necesario que en los procesos contencioso administrativos, tanto el demandante como el demandado, posean estos dos atributos: la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso.

Igualmente, el inciso primero del artículo 150 del C.C.A., modificado por el artículo 29 del Decreto 2304 de 1.989, expresa:

Notificación del Auto Admisorio de la demanda.

Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus **representantes legales** o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir

notificaciones. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y de aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

En los asuntos del orden nacional, que se tramiten en Tribunal distinto del de Cundinamarca, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe sus funciones a nivel seccional o, en su defecto, por medio del Gobernador, Intendente o Comisario, quien deberá, el día siguiente al de la notificación, comunicarla al representante de la entidad. El incumplimiento de esta disposición constituye falta disciplinaria.

El inciso primero del artículo 149 del C.C.A. no hace otra cosa que reiterar la norma general de la capacidad de las personas públicas y privadas y consciente de que tal precepto general no es suficiente, aclara que la Nación estará representada judicialmente, por funcionarios tales como los Ministros, y los Jefes de Departamentos Administrativos. No especificó el artículo citado, similar criterio para los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías y los Municipios, pues éstos organismos tienen representantes judiciales específicos. Así, en el Departamento la representación judicial y administrativa le corresponde llevarla al Gobernador, por expreso mandato del artículo 194-4 de la Constitución Política, cuyo texto es el siguiente:

Art. 194. Son atribuciones del Gobernador:

4o. Llevar la voz del Departamento y **representarlo** en los negocios administrativos y **judiciales** pudiendo delegar ésta representación conforme a la ley. (se subraya).

En el expediente no se demostró que la Contraloría General del Huila tuviera personería jurídica y que el Contralor fuera su representante judicial o que, conforme a la Constitución Nacional, ostentará la delegación del Gobernador para concurrir ante la jurisdicción Contencioso administrativa, y por lo tanto, el proceso se adelantó contra una entidad pública carente de capacidad para comparecer en juicio.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado, 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 del Huila en el proceso adelantado por Eduardo José Paredes Muñoz contra la Contraloría General del Huila tendiente a obtener la nulidad de la Resolución No. 00612:

Segundo: En firme éste proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aprobada en sesión de doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990).

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

CUARTO TRIMESTRE DE 1990
INDICE DE ACTORES
TOMO I

111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1950

Página

A

AGAFANO -FCA. NAL. DE OXIGENO	616,619
ALVARO TOBON JARAMILLO	171
ARMANDO BONILLA TRIANA	534
AURORA SABOGAL DE SOTO	9

B

BANCO DEL ESTADO	356
BERNARDO FERNANDEZ MEZA	372

C

CARLOS ALBERTO MARIN RAMIREZ	53, 66, 68
CARLOS AUGUSTO GALEANO ARCILA	565
CARLOS JULIO MANZANO OCAMPO	330
CARLOS MARIA PACHECO LEON	589
CARLOS NAVIA BELALCAZAR	282
CESAR AUGUSTO LOPEZ VARELA	251
CESAR CASTRO PERDOMO	340
CONALVIDRIOS S. A.	521
COOGUARPENAL LTDA.	481
COOP. INTEGRAL DE TRANS. OMEGA LTDA.	351

D

DARIO BUSTAMENTE ESTRADA	412
DE ZUBIRIA HERMANOS CHICLES DE	291

E

EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ	238
EDUARDO JOSE PAREDES MUÑOZ	678
EVA LOPEZ DE JARAMILLO	560

F

FABIO BONILLA FERNANDEZ	191
FERNAN TORRES LEON	416
FUNDEPUBLICO Y OTROS	319

G

GILBERTO CARDONA RESTREPO	37
GONZALO HERMOGENES ALVAREZ C.	213
GUILLERMO LEQUERICA GOMEZ	459
GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ	399

H

HELENA DE LAS M. CALLE FERNAND	70
HELENA HERRAN DE MONTOYA	255
HERNAN ANTONIO BARRERO BRAVO	378
HOJALATA Y LAMINADOS S.A.	201
HUGO ESCOBAR SIERRA Y OTRO	225

I

IGNACIO CASTILLA CASTILLA	674
INTERNATIONAL CHEMICAL & COSME	259
ISABEL OVALLE VDA. DE SALCEDO	88
ISIDRO JOSE CASTILLA NAVARRO	102

J

JACINTO NOVOA MENDOZA	487
JAIRO ARBELAEZ ARIAS	504
JAIRO JIMENEZ ARISTIZABAL	313
JAIRO LONDOÑO LONDOÑO	514
JESUS VALLEJO MEJIA	181
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY	220
JORGE LUIS ARANGO ARIAS	627
JOSE MARDUK SANCHEZ CASTAÑEDA	467
JOSUE CASTRO CORTES	477
JUAN ANTONIO PABON ARRIETA	406
JUAN CARLOS HINCAPIE MEJIA	269
JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO	294
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA Y OTRO	107

L

LIBARDO SIMANCAS TORRES	585
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA	666
LUIS CARLOS GONZALEZ RODRIGUEZ	499
LUIS EDUARDO REINA GUTIERREZ	631
LUIS FRANCISCO RIOS PEREZ	539
LUIS GUILLERMO BOLAÑOS S.	286

M

MANUEL AGUSTIN VAZQUEZ DE LA HOZ	659
MANUEL CABRERA OLIVEIRA	669
MARIA ISABEL LONDOÑO DE YEPES	611
MARIA LIGIA PISSO VALENCIA	602
MARIA TERESA GARCES LLOREDA	594
MARIA VICTORIA VARGAS DE VALENCIA	431
MARIO ZAPATA TORO	462
MARTIN PINEDA VASQUEZ	643
MARY BECERRA GOMEZ	526
MERCEDES NARANJO TORO	244
MESIAS AUGUSTO ALARCON	453
MUNICIPIO DE ORTEGA (TOLIMA)	425

N

NOHELIA MERCEDES RINCON PATRON	509
NORBERTO ARIAS MARIN	178

O

OSCAR EFREN MONCAYO MONCAYO	575
OSCAR JAIME ALVARADO CHAVES Y OTROS	122

P

PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES	428
PEDRO JAIME RODRIGUEZ QUIROGA	607
PROCURADURIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA JUDICIAL	133

R

RAFAEL ALBERTO REYES OSPINA	443
RODOLFO ANTONIO ORTIZ RANGEL	654

S

SALVADOR ROMERO GALLO	572
SOCIEDAD GANAGOL S.A.	21

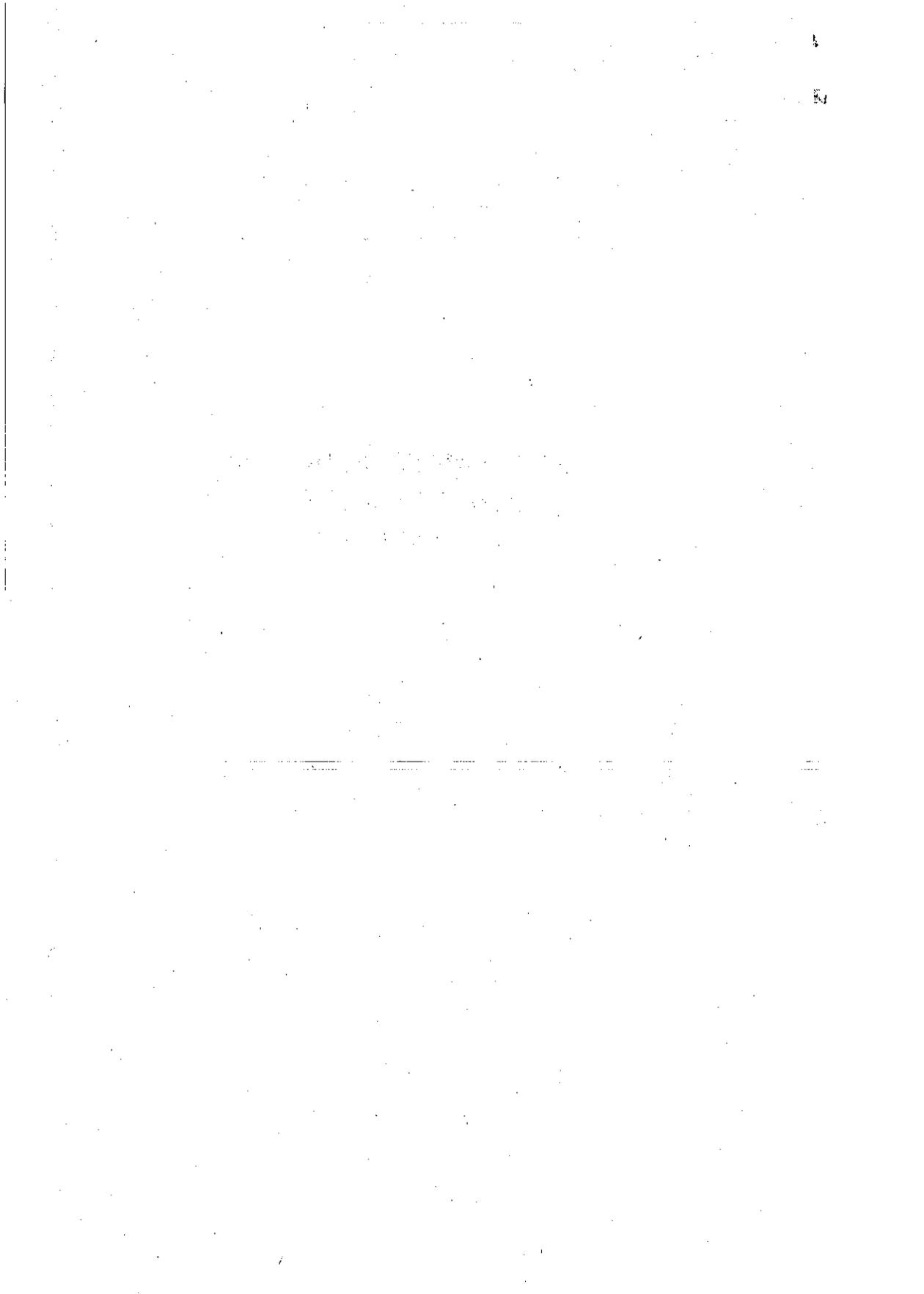
T

TRANSPORTES LA COSTEÑA LTDA.	388
------------------------------	-----

U

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	650
----------------------------------	-----

IV TRIMESTRE DE 1990
INDICE TEMATICO
TOMOI



SALA PLENA

Página

A

ABOGADO- Función	9
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL	37
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL (Aclaración de voto)	50
ACTO COMPLEJO (Aclaración de voto)	46, 50

C

CADUCIDAD	37
CARGO ADMINISTRATIVO	53
CARGO ADMINISTRATIVO (Salvamento de voto)	66, 68
CONFLICTO DE COMPETENCIA	21
CONFLICTO DE COMPETENCIA (Salvamento de voto)	29, 32, 34

D

DEROGACION TACITA	70
DEROGACION TACITA (Salvamento de voto)	82, 84
DESTITUCION (Aclaración de voto)	50
DESVIACION DE PODER	53

E	
ESCALAFON DOCENTE	53
F	
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL	102
I	
INSUBSISTENCIA	37
INSUBSISTENCIA (Aclaración de voto)	46
INSUBSISTENCIA (Aclaración de voto)	50
J	
JURISPRUDENCIA- Concepto	107
L	
LEY PROCESAL- Objeto	9
LEY PROCESAL-Objeto (Aclaración de voto)	18
P	
PENSION DE JUBILACION- Acumulación de tiempos	70
PENSION DE JUBILACION- Acumulación de tiempos	84
PENSION DE JUBILACION- Acumulación de tiempos (Salvamento de voto)	82,84
PERSONAL DOCENTE	53
PERSONAL DOCENTE (Salvamento de voto)	66,68,82,84
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS	9
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS (Aclaración de voto)	18
PROCESO DISCIPLINARIO	37
PROCESO DISCIPLINARIO (Aclaración de voto)	46,50
PROCESO LABORAL ADMINISTRATIVO (Aclaración de voto)	50
R	
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION- Técnica	9
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA	88,102
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA	53
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Aclaración de voto)	86
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia (Salvamento de voto)	66,68,82,84

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA- Técnica	107, 112, 122
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA- Técnica (Salvamento de voto)	116
RENUNCIA (Salvamento de voto)	66, 68
RENUNCIA- Inexistencia	53

S

SENTENCIA INHIBITORIA	18
SENTENCIA- Aclaración	122
SUSPENSION PROVISIONAL	107
SUSTITUCIÓN PENSIONAL	88
SUSTITUCIÓN PENSIONAL- Requisitos	88

SALA DISCIPLINARIA

F

FALTAS CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	133
--	-----

M

MORA	133
------	-----

R

RETARDO INJUSTIFICADO	133
-----------------------	-----

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ALCALDE- Facultades	149
---------------------	-----

C

CAJA DE VIVIENDA MILITAR	164
CONTRATO DE CONCESION (Aclaración de Voto)	161

D
DELEGACION DE FUNCIONES- Improcedencia 149

E
EXPLOTACION DE MINAS (Aclaración de voto) 161

I
ICT 164
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS DE CEMENTO 164

M
MONOPOLIO DELICORES 152

N
NOTARIO- Facultades 149

R
REVISION DE CONTRATOS Aclaración de Voto) 161

T
TESTIMONIO- Recepción 149

SECCION PRIMERA

A
ABOGACIA 213
ACCION DE LESIVIDAD 255
ACCION DE NULIDAD 190
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- Procedencia 319
ACCION DE NULIDAD- Improcedencia 319
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 291,388
ACTO ADMINISTRATIVO 178
ACUERDO DE CARTAGENA 259
ACUERDO MUNICIPAL- Iniciativa 191,243
AGENCIA DE VIAJES 294

ALCALDE- Facultades	191,243
ANEXOS	178,190
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Facultades	269

C

CADUCIDAD	238
COLDEPORTES- Facultades	339
COMPETENCIA	171,181
COMPETENCIA DISCIPLINARIA	294
COMPETENCIA FUNCIONAL	388
COMPETENCIA POR CUANTIA	291,351,388
COMPETENCIA TERRITORIAL	355
CONSEJO DE ESTADO	388
CONSEJO DIRECTIVO DE COMERCIO EXTERIOR	171
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	313
CONTRALORIA MUNICIPAL	313
CONTRALORIA MUNICIPAL- Creación	286
CONTRATACION ADMINISTRATIVA- Régimen Legal	269
CONTRAVENCION CAMBIARIA	372
CONTROL FISCAL	313
COPIA DEL ACTO	190
CORPORACION NACIONAL DE TURISMO	294
CULPA DEL AGENTE	251

D

DELEGACION DE FUNCIONES	225,355
DEMANDA- Requisitos	178,190,255
DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	339
DERECHO ADQUIRIDO	200
DERECHO COMUNITARIO ANDINO- Primacia	259
DERECHO CONTRACTUAL	259
DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO	339
DERECHOS DE AUTOR	378
DOCUMENTOS	225

E

EJERCICIO DE PROFESIONES	213
ENTIDADES TERRITORIALES	330
ESTATUTO CONTRACTUAL DEPARTAMENTAL	269
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	355
EXPORTACION	171
EXPORTACION- Concepto	181

	F	
FUNCION PUBLICA NOTARIAL		251
	I	
ICA		171
INCOMEX		181
INCOMEX-Facultades		200
	L	
LICENCIA CONTRACTUAL		259
LICENCIA DE IMPORTACION- Registro		200
LICENCIA DE MARCA		259
	M	
MINISTRO DELEGATARIO		225
MUNICIPIO- Representante		282
	N	
NOTARIO		251
NOTIFICACION		319
	P	
PARTES- Designación		190
PARTES- Designación		282
PERJUICIOS		291, 388
PERSONA DE DERECHO PUBLICO- Representación		282
PERSONERIA JURIDICA		339
POTESTAD REGLAMENTARIA		378
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites		220
PRESCRIPCION		238, 372
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA		225
PRESUPUESTO DE RENTAS		330
PRESUPUESTO MUNICIPAL		286
PRINCIPIO DE EFICACIA		388
PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL PRESUPUESTO		330
PUBLICACION		178

R

RECONOCIMIENTO DEPORTIVO	339
RECURSO DE APELACION	243
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION- Requisitos	255
REGISTRO MERCANTIL	220
RENTA BRUTA	330
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	251
RESTABLECIMIENTO AUTOMATICO	319,351

S

SENA	355
SENA- Funciones	355
SOFTWARE	378
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS	372
SUSTRACCION DE MATERIA- Imprudencia	181

T

TELEFAX	225
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS	319,351
TRANSITO DE LEGISLACION	238
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	291
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	351

U

USO DE MARCA	259
USO DE MARCA- Cesión	259

V

VIA GUBERNATIVA- Agotamiento	200,355
------------------------------	---------

SECCION SEGUNDA

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	539
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia	654
ACCION DISCIPLINARIA	575
ACCION ELECTORAL- Procedencia	654
ACTO ADMINISTRATIVO	459
ACTO ADMINISTRATIVO	539
ACTO ADMINISTRATIVO- Aclaración	521
ACTO COMPLEJO	607
ACTO GENERAL	619
ACTO GENERAL (Salvamento de voto)	616
ACTO PARTICULAR	619
ACTO PARTICULAR (Salvamento de voto)	616
ANALOGIA	585
ASIGNACION DE RETIRO- Modificación	669

B

BANCO GANADERO- Naturaleza jurídica	627
-------------------------------------	-----

C

CARRERA JUDICIAL	399
CARRERA PENITENCIARIA	481
CARRERA PENITENCIARIA- Requisitos	565
COMISION DE ESTUDIOS	594
COMPETENCIA	499, 534
CONGRESO	499, 534
CONSEJO SUPERIOR DE ADMINSTRACION DE JUSTICIA- Facultades	594
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	678
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Régimen aplicable	659
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Régimen legal	487
CORRECCION MONETARIA- Improcedencia	669
CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA	481

D

DELEGACION DE FUNCIONES	431
DEMANDA- Requisitos	453
DERECHO DE DEFENSA	443
DERECHO SINDICAL	412

DESTITUCION	443,575
DESVIACION DE PODER	412
DIRECCION NACIONAL DE INSTRUCCION CRIMINAL	399

E

EMPLEADO PUBLICO DEPARTAMENTAL- Régimen aplicable	585
ESCALAFON DOCENTE- Ascenso	602
ESCALAFON DOCENTE- Requisitos no utilizados	602

F

FIJACION EN LISTA	406
FIJACION EN LISTA- Finalidad (Aclaración de Voto)	410
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL	462,631
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL (Salvamento de voto)	639,641
FUNDAMENTOS DE DERECHO	453

G

GOBERNADOR- Facultades	504
------------------------	-----

I

INSUBSISTENCIA	412,462
INSUBSISTENCIA Salvamento de Voto)	457
INSUBSISTENCIA	565,585
INSUBSISTENCIA- Procedencia	453
INTERVENCION DE TERCEROS	406
INTERVENCION DE TERCEROS (Aclaración de voto)	410
INVESTIGACION DISCIPLINARIA	431
ISS- Planta de Personal	631
ISS (Salvamento de Voto)	639,641

L

LEGITIMACION POR PASIVA	678
LEGITIMACION POR ACTIVA	654
LEGITIMACION PROCESAL	678
LEY EN EL TIEMPO	487
LEY EN EL TIEMPO (Aclaración de voto)	495
LEY ESPECIAL	487
LICENCIA	594
LIQUIDACION EN CONCRETO	559

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION	504
NOMBRAMIENTO PROVISIONAL	565
NOTIFICACION	459
NULIDAD EN LA SENTENCIA	559
NULIDAD PROCESAL- Imprudencia	572
NULIDAD- Causales	539

P

PENSION DE JUBILACION	611, 627, 643, 659
PENSION DE JUBILACION- Reliquidación	487
PENSION DE JUBILACION- Reliquidación (Aclaración de voto)	495
PERSONAL DOCENTE	504, 666
PERSONAL MILITAR	669
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO- Representación	678
PLANTA DE PERSONAL (Salvamento de voto)	639, 641
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	674
PRESCRIPCION-Término	575
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD (Aclaración de voto)	495
PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD DEL PROCESO	406
PROCESO DISCIPLINARIO	431, 443
PROCESO DISCIPLINARIO Salvamento de Voto)	457
PROCESO DISCIPLINARIO	575, 607
PRUEBA RECOBRADA	509
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA- Imprudencia	467

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	477
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION	509, 559
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA	477
RECURSOS- Término	406
RECURSOS- Términos (Aclaración de voto)	410
REGIMEN PRESTACIONAL	499
REGIMEN PRESTACIONAL	534
REGIMEN SALARIAL- Fijación	499
REINTEGRO	462, 487
REINTEGRO (Aclaración de voto)	495
REINTEGRO- Imprudencia	589
REPRODUCCION DEL ACTO	428
RETIRO DEL SERVICIO	659

S

SALARIO- Incompatibilidad	643
SANCION DISCIPLINARIA	431
SINDICATO	425
SINDICATO	650
SINDICATO DE INDUSTRIA- Inexistencia	526
SINDICATO MIXTO- Improcedencia	425, 650
SINDICATOS	521
SUBSIDIO FAMILIAR	504
SUSPENSION PROVISIONAL	406
SUSPENSION PROVISIONAL (Aclaración de voto)	410
SUSPENSION- Efectos	514
SUSTITUCION PENSIONAL- Beneficiarios	674
SUSTITUCION PENSIONAL- Improcedencia	611

T

TRANSITO DE LEGISLACION	487
TRANSITO DE LEGISLACION- Hechos pendientes (Aclaración de voto)	495
TRASLADO	416, 666
TRASLADO- Improcedencia	589

V

VICIO DE FORMA	539
----------------	-----

