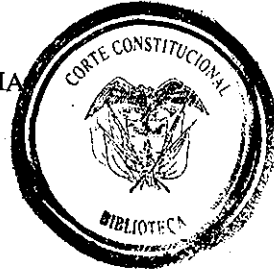




REPUBLICA DE COLOMBIA



ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXVI
PRIMERA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA



CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

PRIMER TRIMESTRE DE 1992

Presidente

Alvaro Lecompte Luna

Vicepresidente

Clara Forero de Castro

Secretaria General

Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente

Yesid Rojas Serrano
Miguel González Rodríguez
Libardo Rodríguez Rodríguez

Víctor M. Villaquirán
Secretario

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruiz
Presidente

Clara Forero de Castro
Dolly Pedraza de Arenas
Alvaro Lecompte Luna
Reynaldo Arciniegas Baedecker
Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Daniel Suárez Hernández
Presidente

Carlos Betancur Jaramillo
Juan de Dios Montes Hernández
Julio César Uribe Acosta

Ruth Stella Palacios Correa
Secretaria

SECCION CUARTA

Consuelo Sarria Olcos
Presidenta

Jaime Abella Zárate
Guillermo Chahín Lizcano
Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente

Miren de la Lombana de Magyaroff
Amado Gutiérrez Velásquez
Jorge Penen Deltjeure

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Jaime Betancur Cuartas
Presidente

Javier Henao Hidrón
Humberto Mora Osejo
Jaime Paredes Tamayo

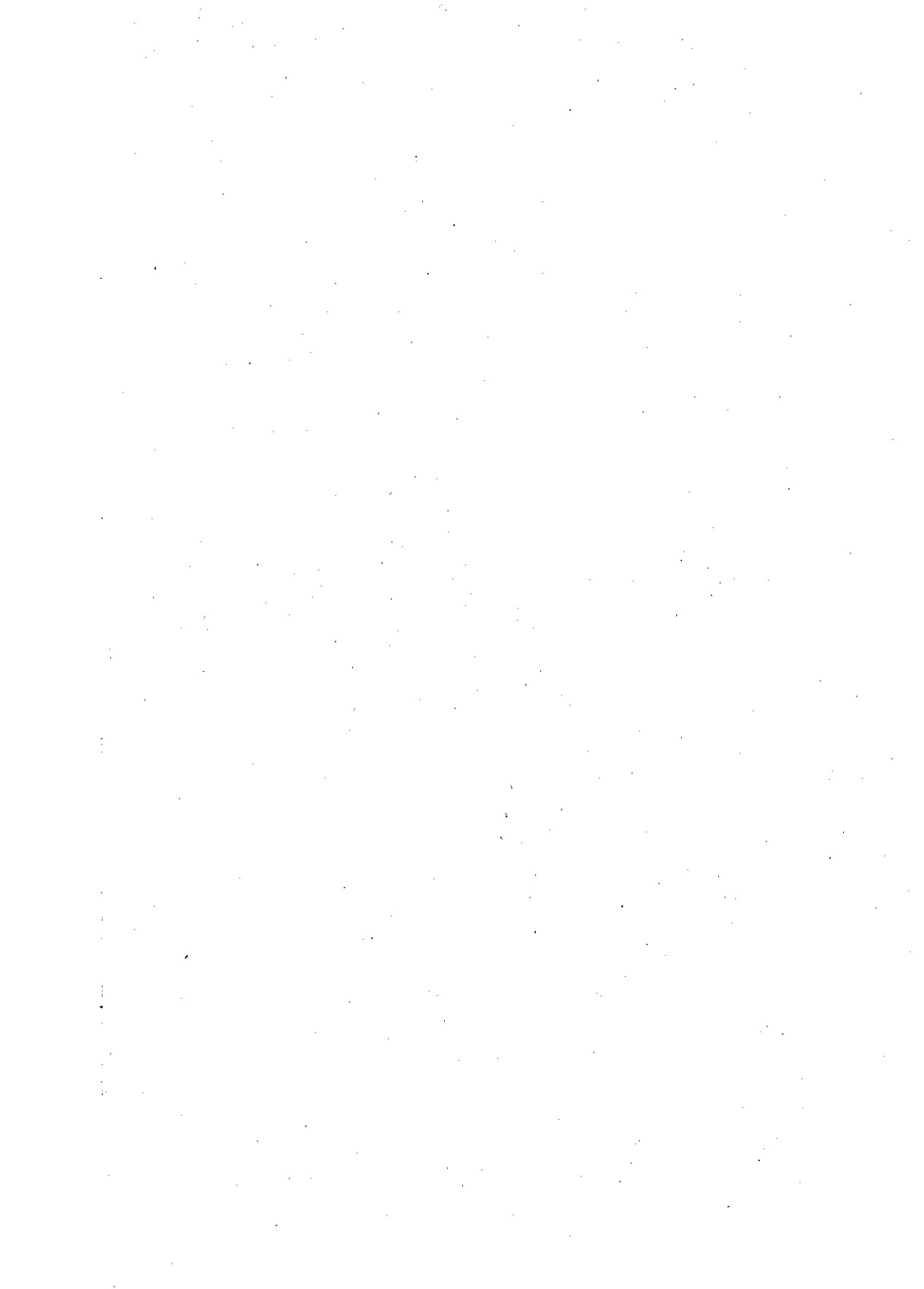
Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

- 1a. Libia Zuluá Uribe
- 2a. Edne Cohen Daza
- 3a. Jaime Ossa Arbeláez
- 4a. Jairo Maya Betancourt
- 5a. María Eugenia Samper Rodríguez
- 6a. Margarita Olaya de Obando
- 7a. Gloria Aldas Gracia (E)
- 8a. Luz Stella Peña de Méndez
- 9a. Inés Hurtado Cubides
- 10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

María del Pilar Espinosa Salazar
Danilo Rojas Betancourth



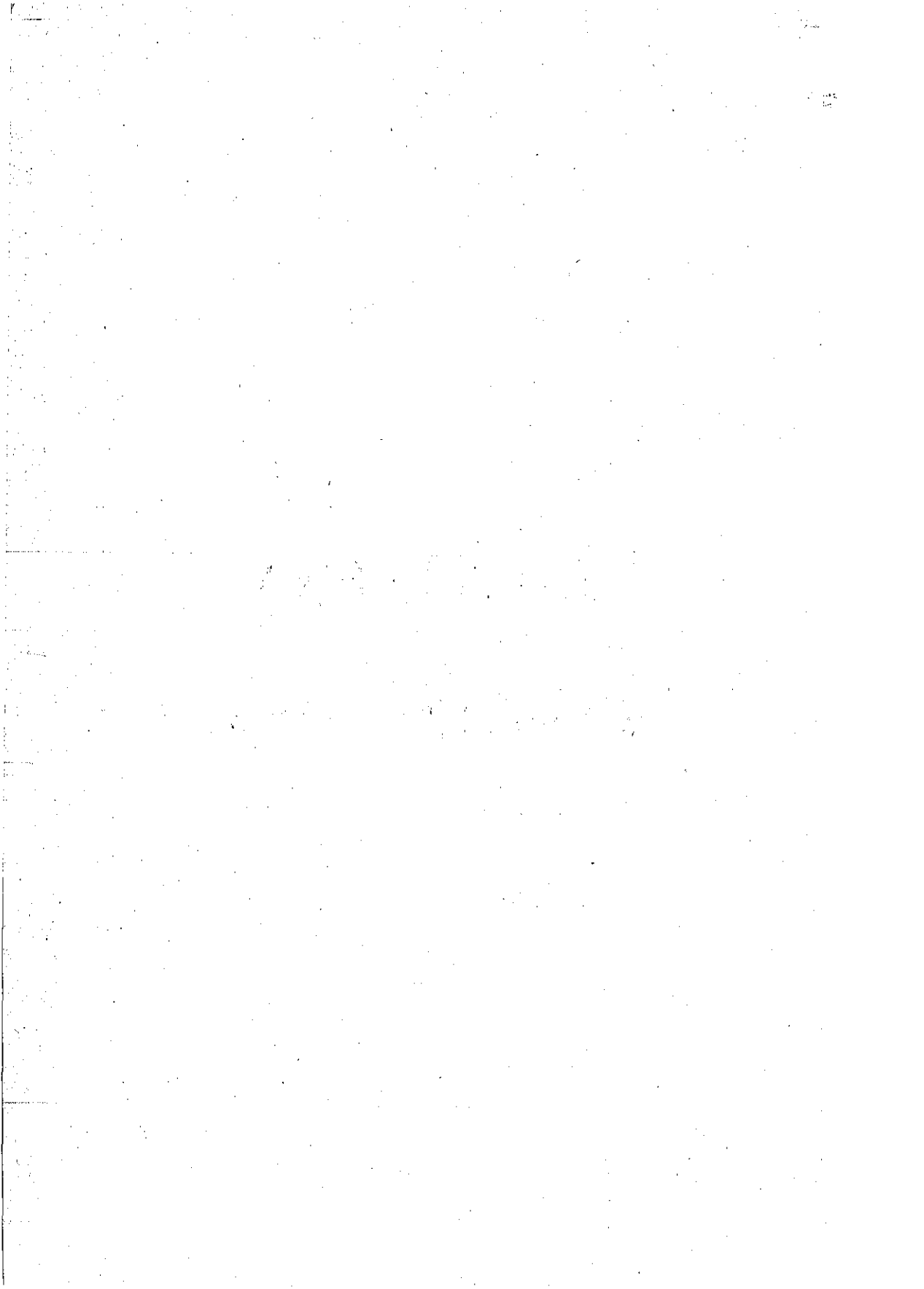
IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en los Talleres Gráficos de Canal Ramírez Antares Ltda, – Santafé de Bogotá, D.C.

SALA PLENA

CONTENCIOSA



CADUCIDAD—Cómputo

Salvo lo que antes se disponía para el juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA—Técnica

La contrariedad entre lo sostenido por la Sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada resulta ostensible. Este hecho, sin embargo no da lugar a que se infirme la sentencia sino a que se rectifique la jurisprudencia contrariada, toda vez que reexaminando el punto, la Sala considera que ello procede.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. S-122. Actor: Hugo Posada Granados.
Recurso Extraordinario de Súplica.

Se resuelve el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por la Sección Primera de la Corporación el 29 de junio de 1989, mediante la cual la Sección revocó la sentencia del a-quo

SALA PLENA CONTENCIOSA.

y se declaró inhibida para proferir fallo de mérito, por caducidad de la acción.

EL RECURSO:

Sostiene el recurrente que al adoptar la decisión impugnada, la Sección Primera “desconoció y por ende transgredió la jurisprudencia anterior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo relacionada con la notificación de los actos administrativos, la eficacia de la misma, el término para computar los plazos de caducidad establecidos por la ley, y los referentes al contencioso contractual, en la modalidad de actos separables” contenida en las siguientes sentencias:

1o.— Sentencia de 7 de marzo de 1988, expediente No. R-018, Consejero Ponente Dr. Antonio de Irisarri Restrepo, en la cual se transcribe una providencia de la Sección Tercera del mismo Consejero Ponente.

Esta jurisprudencia aduce el censor, fue mantenida por la Sala Plena en sentencia de 21 de septiembre de 1988, expediente R-083, Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

2o.— Sentencia de septiembre 7 de 1988, expediente A-060, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

En la sentencia de 7 de marzo de 1988, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dijo:

“De lo anterior se colige que el término de caducidad debe contarse así:

d) A partir de la notificación:

1o.— De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62 ord. 1o. C.C.A.).

2o.— De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente (C.C.A., arts. 62 ord. 2o. y 44 inc. 1o.).

Del examen de los arts. 63 y 51 inciso cuarto, del C.C.A., se colige que el término de caducidad también empieza a correr respecto de los actos contra los cuales proceden recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque ésta es una forma de que el acto administrativo quede en firme.”

En la de 21 de septiembre de 1988, luego de transcribir lo pertinente del fallo de 7 de marzo, expresó:

“La Corporación considera que las anteriores concepciones jurisprudenciales deben mantenerse, ahora con mayor razón en presencia de lo dispuesto en el inciso 2o. del art. 136 del Decreto Ley 01 de 1984, que hizo mención expresa de la *comunicación* del acto administrativo, pero sin prescindir de la *ejecución* del mismo como momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad de una acción de restablecimiento del derecho. Sin embargo, cabe precisar lo que allí se dijo sobre el aspecto de ejecución del acto, en el siguiente sentido: 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 ad-quiescencia (sic) 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 es en ese momento en que hace dejación del empleo y deja de percibir salarios y prestaciones sociales, 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 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, no comunicado, ni publicado según el caso, sino igualmente cuando el acto administrativo, comunicado, notificado o nó, 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”.

Y en el fallo de 7 de septiembre de 1988 sostuvo:

“Cuando la administración de cualquier manera impide el normal ejercicio de los controles gubernativos (y una forma sería la de no hacer nada para notificar personalmente la decisión administrativa), la ley abre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción sin más requisitos.

No basta indicar en el acto los recursos procedentes. Es menester que personalmente se le haga saber al administrado cuáles son y en qué oportunidad puede interponerlos. Este aspecto no cabe dentro del principio de que la ley se presume —de derecho— conocida por todos.

Si se le entorpece el ejercicio de los citados controles por la no notificación del acto o su defectuosa notificación, la notificación por conducta concluyente, que constituye una preciosa garantía procesal para el administrado y en cierta forma una sanción para la administración incumplida, le permite a aquel, a su opción, interponer los recursos gubernativos de ley a partir de su conocimiento o acudir directamente a la jurisdicción administrativa”.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia objeto del recurso que se decide, declaró que a la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido el término de cuatro meses de caducidad de la acción. Reflexionó así la sentencia:

“j) No siendo obligatorio el recurso de reposición para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no habiendo sido interpuesto tal recurso, tampoco obliga tener presente el término de cinco días de ejecutoria o de interposición del recurso de que hablaba el artículo 14 del Decreto 2733/59. Cuestión muy diferente ocurriría si se hubiera interpuesto el recurso repositório.

...

k) ...

La notificación es la diligencia por la cual la Administración pone en conocimiento de la parte interesada el contenido del acto administrativo de que se trate y difiere sustancialmente de la ejecutoria de éste, la cual se traduce en la firmeza de la providencia. Por eso es ejercicio (sic) mental inútil pretender confundir y refundir el alcance de los dos fenómenos procesales, como lo hace el fallo recurrido”.

Revocó por consiguiente la sentencia de mérito dictada por el Tribunal de primera instancia y se declaró inhabilitado para conocer en el fondo por caducidad de la acción.

CONSIDERACIONES:

Como puede apreciarse, la sentencia recurrida analizó un punto específico: desde cuándo corre el término de caducidad de la acción contencioso subjetiva en los casos en que el administrado no interpone contra el acto el recurso de reposición que siendo procedente no obliga para el ejercicio de la acción; de manera que la confrontación entre lo allí expuesto con la jurisprudencia sostenida en sentencia de 7 de septiembre de 1988, referente a la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin agotar la vía gubernativa interponiendo los recursos de ley, cuando la administración en alguna forma ha entorpecido su formulación, es improcedente.

No sucede lo mismo con la sentencia de 7 de marzo de 1988 en la que aun cuando se decidió punto diferente (si a la luz del art. 83 de la ley 167 de 1941 el término de caducidad podía o no contarse a partir de la fecha de comunicación del acto) al transcribir un auto de Sala de Decisión de la Sección Tercera, se trató tangencialmente el mismo tema, en forma distinta a lo concluído en el fallo suplicado.

En efecto, mientras que en la sentencia de Sección se hace distinción entre el conocimiento del acto por parte del interesado y su firmeza, para concluir que es el primero y no la segunda el que marca la iniciación del término de caducidad y por consiguiente cuando no se interpone el recurso de reposición gubernativo, no obliga tener presente el término de cinco días de ejecutoria o interposición del recurso de que hablaba el art. 14 del Decreto 2733 de 1959, el fallo de Sala plena sostiene que en estos casos el plazo de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnar el acto, porque ésta es una forma de que el acto administrativo quede en firme.

Y no obstante que la reflexión de la Sala Plena se apoya en el examen de los artículos 63 y 51 inciso cuarto del C.C.A (D. 01 de 1984) y la Sección en los arts. 14 y 15 del Decreto 2733 de 1959, la confrontación es posible, toda vez que los artículos 63 y 51 del nuevo Código reprodujeron en esencia lo pertinente de los artículos 14 y 15 del Decreto 2733 de 1959.

Igual sucede con el fallo de 21 de septiembre de 1988, pues en éste se sostiene además que en casos en los que la ejecución es tardía, el término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho no se cuenta a partir de la notificación o comunicación sino de la ejecución porque es cuando se produce el perjuicio que se busca restablecer.

En resumen, sostuvo la Sección que el inicio del término de caducidad es el día en que el interesado tiene conocimiento del acto, y la Plena, que cuando no se interpone el recurso de reposición, la caducidad corre no desde la notificación del acto sino desde cuando queda en firme, y que se debe partir no de la notificación sino de la ejecución del acto, cuando éste es ejecutado tiempo después de haberlo puesto en conocimiento del empleado, pues la ejecución es la que determina el perjuicio cuyo resarcimiento se busca.

La contrariedad entre lo sostenido por la Sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada resulta por tanto ostensible.

Este hecho sin embargo no da lugar a que se infirme la sentencia, sino a que se rectifique la jurisprudencia contrariada, toda vez que reexaminado el punto, la Sala considera que ello procede por las siguientes razones:

La caducidad, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, es una institución jurídica que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el solo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación, indica el término final invariable o dies fatalis.

El artículo 83 del antiguo Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941) disponía que la acción contencioso subjetiva "prescribía" al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, sin referirse en forma alguna a su ejecutoria, como sí lo hacía en el artículo 273 para el juicio de impuestos, para el cual el término de "prescripción" era de tres meses contados "desde la fecha de ejecutoria de la última decisión".

El nuevo Código (D. 01/84) dispuso la misma regla, adicionándola solamente con la comunicación, expresión que fue suprimida luego por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989.

De manera que, salvo lo que antes se disponía para el juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia.

Y si el texto de la ley es tan claro, no le es permitido al intérprete deducir de otras normas (arts. 63 y 51) una fecha distinta de iniciación del plazo, ni extenderlo, por consideraciones que no fueron previstas por la ley.

Para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Iniciado el término con la publicación, notificación o comunicación (hoy no se habla de comunicación) lo que ocurra de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado por la ley. El término se cumple inexorablemente.

Por ello, la firmeza del acto, que es una circunstancia diferente y posterior a su conocimiento, no incide en el cómputo del plazo. Tampoco tiene incidencia la ejecución, a menos que se tome ésta como figura sustitutiva a falta de publicación, comunicación o notificación. Legalmente informado el acto, empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar, independientemente de su firmeza o de que se ejecute o no, sin que pueda entenderse prorrogado por el término que debe correr para que quede en firme ni interrumpido por su ejecución.

Queda así rectificada la jurisprudencia de la Sala contenida en las sentencias de 7 de marzo y 21 de septiembre de 1968.

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 de súplica.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase a la Sección Primera para lo de su cargo.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Salvó el Voto; Guillermo Chahín Lizcano, Salva Voto; Juan de Dios Montes Hernández, Salvó Voto; Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Salvó el Voto; Carmelo Martínez Conn, Salva Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Salvó Voto; Julio César Uribe Acosta, Con Salvedad de Voto; Diego Younes Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTO ADMINISTRATIVO—Impugnación/ACTO ADMINISTRATIVO—Firmeza/CADUCIDAD/RECURSO DE REPOSICION (Salvamento de voto)

La oportunidad para la impugnación de un acto administrativo, sea o no susceptible de recursos gubernativos, nacerá a partir de su firmeza. Con la tesis de la mayoría, con la errónea apreciación de que como el recurso de reposición es facultativo la caducidad empezará a partir de la notificación del acto inicial, quedan en pié varios interrogantes.

Salvamento de Voto. Carlos Betancur Jaramillo

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. S-122. Actor: Hugo Posada Granados.

Me separo, con todo respeto, de la decisión mayoritaria de 21 de noviembre de 1991, por cuanto ella desconoce abiertamente la normatividad contemplada en el C.C.A.

La armonización de los artículos 135, 136, 63 y 51 de ese estatuto permite, con toda facilidad llegar a la conclusión contraria (la no caducidad) y aceptar que sí se dió el cambio jurisprudencial y que la rectificación de la jurisprudencia no tiene ninguna razón valedera.

Comparto, entonces, lo sostenido en sus salvamentos de voto por los señores consejeros Suárez Hernández y Uribe Acosta.

La decisión mayoritaria hace una ligera interpretación literal de los distintos textos y recorta ilegalmente el término de caducidad establecido en la ley, en cinco días.

Sigue siendo para el suscrito un principio inconcluso que la oportunidad para la impugnación de un acto administrativo, sea o no susceptible de recursos gubernativos, nacerá a partir de su firmeza. Firmeza que deberá entenderse, en síntesis, así:

a) Si no tiene recursos, quedará en firme a partir del día siguiente de su notificación.

b) Si es susceptible de reposición y apelación y se interponen y deciden, su ejecutoria se entenderá a partir de la notificación del acto que decide la apelación.

c) Si el acto no tiene sino reposición y se interpone y decide, la ejecutoria se entenderá a partir de la notificación del auto que la decide.

d) En la hipótesis precedente, si no se interpone la reposición, se entenderá en firme no a partir de la notificación sino al vencimiento de los cinco días que tiene el interesado para interponer el recurso. Esos cinco días se los otorga la ley, son una garantía procesal y sólo al final de los mismos se sabrá si la ejecutoria se dará al día siguiente del vencimiento de dicho término o si se prolongará hasta la definición del recurso que finalmente interpuso el interesado.

No se desarrolla el punto frente al silencio porque carece de importancia en el presente asunto.

Con la tesis de la mayoría, con la errónea apreciación de que como el recurso de reposición es facultativo la caducidad empezará a partir de la notificación del acto inicial, quedan en pié estos interrogantes:

¿Qué sucederá cuando el último día de los cinco el interesado decide interponer reposición? ¿Quiere esto decir que corrieron simultáneamente el término de cinco días para su interposición y el de caducidad para su impugnación jurisdiccional?

Si esto es así, ¿cómo queda el principio de que la caducidad ni se interrumpe ni se suspende?

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá, D.C. enero 28 de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores ALVARO LECOMPTE LUNA y CARMELO MARTINEZ CONN.

Este último Consejero, agrega además: Con toda consideración por el criterio de la mayoría de la Sala, me aparto de él cuanto consigna que no se requiere que transcurra el término del recurso de reposición, cuando éste es el único recurso viable para que se produzca la ejecutoria y comience a contarse el término de caducidad, toda vez que contradice un principio lógico relativo a la firmeza de los actos administrativos cual es de que éstos no pueden adquirir firmeza, sino cuando se hayan resuelto los recursos interpuestos respecto del mismo, o cuando hubieren transcurrido los términos respectivos sin interponer los que fueren procedentes, sean estos de reposición o apelación, puesto que la misma razón habría para sostener que no se requiere que transcurra el término de la apelación para que el acto quede en firme, como se sostiene respecto del de reposición.

JURISPRUDENCIA—Cambio/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUP-LICA—Técnica/(Salvamento de Voto)

Por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de súplica, pues ello equivaldría a sorprender al impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una injusticia. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma al anterior, pero nada más.

Salvamento de Voto. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. S-122. Actor: Hugo Posada Granados.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, pues en el fallo se reconoce que hay contrariedad "...entre lo sostenido por la Sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada...", pero no obstante esta realidad, el recurso no prospera, porque la Corporación opta por cambiar de perspectiva jurisprudencial. Sobre el particular reitero mi posición sobre la materia, en el sentido de que estimo que, por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de súplica, pues ello equivaldría a sorprender al impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una INJUSTICIA. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma la anterior, pero nada más. En esta materia hago mías las palabras del gran jurista americano HOLMES, cuando afirma:

“Si un grupo de casos trata el mismo punto, las partes esperan la misma decisión. Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era el demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho, sería una infracción material y moral de mis derechos”. (Cita de Benjamín Cardozo. La Naturaleza de la Función Judicial. Arayu - página 21).

Atentamente,

Julio Cesar Uribe Acosta

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA—Técnica/JURISPRUDENCIA—Efectos/(Salvamento de Voto)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sí puede rectificar, modificar o cambiar sus jurisprudencias, pero los efectos jurídicos de dichas innovaciones, como apenas lo impone la lógica elemental, lo serán hacia el futuro, más nunca para aplicársele a situaciones pretéritas.

CADUCIDAD/RECURSO DE REPOSICION/CADUCIDAD—Cómputo/(Salvamento de Voto)

El principio general que rige el recurso de reposición, es el de que éste puede ser renunciado, o lo que es igual, opcional para el administrado. De donde, entonces, dicha opción se extiende hasta el último día de plazo para recurrir. Y, es desde entonces, cuando se iniciará el término para demandar y no desde la notificación, publicación o comunicación como equivocadamente, lo dice la sentencia.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Dr. Daniel Suárez Hernández.

Referencia: Expediente No. S-122. Actor: Hugo Posada Granados.

Con todo respeto me aparté de la decisión mayoritaria consignada en la sentencia de 21 de noviembre de 1991, por las siguientes razones:

1o.— En la página 7 de la sentencia (fl. 139 del recurso extraordinario) se dice que “la contrariedad entre lo sostenido por la sección y la jurisprudencia de la Sala Plena invocada resulta por tanto ostensible.

SALA PLENA CONTENCIOSA.

“Este hecho sin embargo no da lugar a que se infirme la sentencia, sino a que se rectifique la jurisprudencia contrariada, toda vez que reexaminado el punto, la Sala considera que ella procede por las siguientes razones”.

“.....”

El fallo del cual me aparto, básicamente, después de recordar qué debe entenderse por caducidad de la acción, envuelve nueva doctrina compendiada en el siguiente párrafo:

“De manera que, salvo lo que antes se disponía para el juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia”. (Fl. 140).

Así las cosas, fácil resulta concluir que el Recurso Extraordinario de Súplica estaba llamado a prosperar, dado que al proferirse sentencia por la Sección Primera el 29 de junio de 1989, se encontraba vigente jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa, acogida por sentencia de 7 de marzo de 1988, que resultó violada por aquella.

En otros términos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo si puede rectificar, modificar o cambiar sus jurisprudencias, pero los efectos jurídicos de dichas innovaciones, como apenas lo impone la lógica elemental, lo serán hacia el futuro, más nunca para aplicársele a situaciones pretéritas.

2o.— El término que la ley señala para incoar las diversas acciones, entrándose del enjuiciamiento de actos administrativos respecto de los cuales debe previamente agotarse la vía gubernativa, no podrá comenzar a correr hasta tanto hubiere transcurrido el plazo que la ley adscribe para hacer uso de los recursos por dicha vía, o hasta tanto se notifique la decisión desatando dicho recurso. Ese es el claro, genuino e incontrovertible sentido del penúltimo inciso del art. 51 del Decreto 01 de 1984, cuando prescribe:

“Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme”.

De otro lado, el principio general que rige el recurso de reposición, es el de que éste puede ser renunciado, o lo que es igual, opcional para el administrado. De donde, entonces, dicha opción se extiende hasta el último día del plazo para recurrir. Y, es desde entonces, cuando se iniciará el término para demandar y no desde la notificación, publicación o comunicación como

equivocadamente, en mi sentir, lo dice la sentencia que obligó a separarme de la mayoría de la Sala.

Respetuosamente,

Daniel Suárez Hernández

Santafé de Bogotá, 2 de diciembre de 1991.

NOTA DE RELATORIA: A este Salvamento de Voto adhieren los doctores ALVARO LECOMPTE LUNA y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA—Técnica/JURISPRUDENCIA—Vigencia/(Salvamento de Voto)

Si al momento de la interposición del recurso la providencia suplicada desconoció jurisprudencia vigente de la Sala Plena el recurrente adquirió el derecho de prosperidad del recurso contenida en la providencia objeto del recurso.

Salvamento de Voto del Consejero Doctor Jorge Penen Deltieure.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-122. Actor: Hugo Posada Granados.

Como tuve oportunidad de expresarlo cuando se discutió en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el proyecto de sentencia proferida en este proceso —S-122—, no comparto el criterio mayoritario según el cual el recurso extraordinario de súplica no prospera cuando la Sala acoge como jurisprudencia la contenida en la sentencia objeto del recurso sin que se diera el requisito procesal de haber sido adoptada en su momento por la Sala Plena, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 del Decreto Ley 528 de 1964, 2o. de la Ley 11 de 1978 y 13 del Reglamento del Consejo de Estado en concordancia con el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo subrogado por el artículo 21 del D.E. 2304 de 1989.

Las razones de tal disenso aparecen consignadas en el salvamento de voto fechado el 23 de noviembre de 1993, en el Expediente No. S-030, en los siguientes términos:

“El recurso extraordinario de súplica fue consagrado en la Ley 11 de 1976, artículo 2o., con el objeto de lograr el cumplimiento de lo

dispuesto en el Decreto Ley 523 de 1984, cuyo artículo 24 dispuso que las Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado deben reunirse cuando alguna de ellas pretenda notificar "... alguna jurisprudencia..." de la Sala Plena. El recurso sobrevivió a las reformas del Código Contencioso Administrativo hechas con base en las facultades extraordinarias dadas en las Leyes 54 de 1982 y 38 de 1987.

Pues bien, la segunda alternativa desvirtuó el objeto y la naturaleza del recurso. El primero, tendiente a evitar que las Secciones produzcan autos interlocutorios y sentencias que a espaldas de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo modifiquen su jurisprudencia. La segunda, a asegurarle a las partes su derecho a que estas decisiones —autos interlocutorios y sentencias— se profieran dentro de los parámetros legales, en cuanto éstos regulan la manera como en cada caso debe producirse cambio de jurisprudencia.

Corolario lógico de lo anterior es que si al momento de la interposición del recurso la providencia suplicada desconoció jurisprudencia vigente de la Sala Plena el recurrente adquirió el derecho a la prosperidad del recurso, contenida en la providencia objeto del recurso. Lo contrario, que es lo que se afirma en la segunda alternativa significa ir en contravía del objeto y la naturaleza del recurso y de elementales normas de justicia y equidad que informan la razón de ser de las normas de procedimiento, especial ante aquellas que disponen "... que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial."

En sana lógica jurídica, que debe corresponder a una hermenéutica correcta, la Sala Plena debe modificar su posición en el sentido de que el recurso prospera sin perjuicio de acoger la nueva jurisprudencia, puesto que ésta únicamente produce efectos hacia el futuro. Pero decirle al recurrente que tiene razón pero que el recurso no prospera es actitud contradictoria que demerita la razón de ser del recurso extraordinario de súplica."

Jorge Penén Deltieure

COMISIONADO—Devolución/SANCION—Inaplicabilidad

Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la norma. La sanción prevista en el artículo 36 del C. de P.C. es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

COMISION—Retardo/MULTA/COMPETENCIA

Es preciso relieves que la facultad conferida al juez de sancionar con multa en sumas equivalentes de dos a cinco salarios mínimos mensuales a quienes demoren o incumplan las órdenes impartidas en ejercicio de sus funciones, es completamente independiente de la facultad que tiene la Delegada para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación, pues está previsto que ésta puede adelantar procesos disciplinarios por faltas de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional tipificados como tales.

Consejo de Estado.— Sala Plena.— Santafé de Bogotá, D.C., once de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente: Sanción No. 001 (Varios). Actor: Teresa de Jesús Walteros Oicata.

Recurso de reposición contra Resolución de sanción No. 001 de 10 de diciembre de 1991 impuesta a la Magistrada Teresa Rico de Morelli. Auto.

Se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la doctora TERESA RICO DE MORELLI C. de C. No. 20.188.359

de Bogotá, contra la Resolución 001 de fecha 10 de diciembre del año próximo pasado mediante la cual la Sala Plena de la Corporación sancionó con multa equivalente a dos salarios mínimos mensuales de conformidad con lo previsto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil.

El recurso interpuesto.

Surtido el trámite de los salvamentos de voto y de la aclaración formulados por algunos Consejeros con respecto a la resolución que impuso la sanción, el recurrente fundamenta la reposición en el hecho de que el acto impugnado cita en forma equivocada el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil remitiendo su argumentación a lo que expresan tales salvamentos (fls. 70/74).

Las mencionadas disensiones de los señores Consejeros Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure, Humberto Mora Osejo y Miren de la Lombana de Magyaroff básicamente se refieren a que a su juicio no es aplicable al caso el artículo 36 del C. de P. C. porque el evento previsto en esta disposición (*retardo en el cumplimiento de la comisión*) no es el que realizó la doctora Teresa Rico de Morelli, sino *una omisión* en el cumplimiento de la misma, hecho éste tipificado como falta disciplinaria (artículo 9o. del Decreto 1888 de 1989) cuya competencia para investigar y sancionar la tiene la Procuraduría General de la Nación a donde debieron remitirse las respectivas diligencias. (fl. 56/65).

Para resolver se considera:

En primer término se observa que, el legislador para efectos de la eficacia de las actuaciones del Juez dentro del proceso, en el Código de Procedimiento Civil investió a éste de poderes disciplinarios, entre otros el de sancionar con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales al comisionado que retarde el cumplimiento de la comisión (artículo 36 *ibidem*) y en general a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa *incumplan* sus órdenes o *demoren* su ejecución (artículo 39 *ibidem*).

Si se analizan en su contexto estas disposiciones y también las que consagran los deberes del juez como el de adelantar los procesos por sí mismo respondiendo de cualquier demora (inciso 2o. artículo 2o. y numeral 1o. del artículo 37 C. de P.C.) a cuyo mecanismo acudió el comitente en auto de septiembre 25 de 1991 al solicitar se aplicara el artículo 36 *ibidem*, resulta evidente entonces que el incumplimiento de la comisión conferida por auto de junio 12 de 1991 implica o entraña necesariamente un retardo o demora en la tramitación y culminación del referido proceso que va lógicamente contra la eficacia de la administración de justicia.

En relación con lo afirmado de que por estar erigido como falta el hecho de "Abstenerse de cumplir o retardar injustificadamente las comisiones..." (literal q. artículo 9o. del Decreto 1888 de agosto 23 de 1989) el competente para conocer y sancionar no es el superior jerárquico de la Magistrada multada sino la Procuraduría General de la Nación previa investigación, es preciso relieves que la facultad conferida al juez de sancionar con multa en sumas equivalentes de dos a cinco salarios mínimos mensuales a quienes demoren o incumplan las órdenes impartidas en ejercicio de sus funciones, es completamente independiente de la facultad que tiene la Delegada para la Vigilancia Judicial de Procuraduría General de la Nación, pues está previsto que ésta puede adelantar procesos disciplinarios por faltas de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional tipificados como tales en el artículo 9o. del Decreto 1888 de agosto 23 de 1989. Por lo demás este régimen disciplinario fue expedido por un Decreto Ley de fecha anterior al que le introdujo modificaciones al C. de P.C (Decreto Ley 2282 de octubre 7 de 1989), entre ellas los artículos 33, 36, 37 y 39 del actual estatuto procedimental civil.

Por consiguiente, habrá de mantenerse la sanción de multa impuesta a la mencionada Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por lo sucintamente expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.— No revocar la sanción impuesta de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

2o.— Reconocer como apoderado al doctor Guillermo Benavides Melo conforme a poder visible a folio 69 del expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Este auto fue estudiado y aprobado en la sesión de la fecha.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magydroff, Salvó el Voto; Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Javier Henao Hidrón Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Salvo el Voto; Juan Montes Hernández, Humberto Mora Osejo, Ausente; Jaime Paredes Tamayo, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Salvo el Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

COMISIONADO/SANCION—Improcedencia/(Salvamento de Voto)

Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la norma. Es cierto que la sanción prevista en el artículo 36 del C. de P.C. es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.

Referencia: Expediente SANCION No. 001. Actora: Teresa de Jesús Walteros Oicata.

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede en la cual se decidió no reponer el auto por el cual se imponía una sanción a un comisionado por aplicación del art. 36 del C. de P. C.

Como de lo que se trata en esta oportunidad es de reexaminar la aplicación del artículo 36 en cita, me remito a lo dicho cuando salvé el voto a la decisión adoptada respecto de la providencia que ahora se impugna.

Al respecto sólo puedo agregar estas consideraciones:

No pueden negarse las facultades disciplinarias del juez, pero en el presente caso se trata de saber si la conducta del comisionado encaja en el presupuesto normativo y es claro que no. Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la

SALA PLENA CONTENCIOSA.

norma. Puede estarlo en el presupuesto de una norma diferente, pero no en el de la disposición aplicada por la Sala.

Es cierto que la sanción prevista en el citado art. 36 es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

El hecho de que el decreto 2282 de 1989 sea posterior al 1888 del mismo año, en nada empece para sostener la inaplicabilidad del art. 36 por cuanto para los efectos del presente estudio no hay modificación del contenido del texto que regía con anterioridad: En cualquiera de los dos casos lo sancionable en la forma prevista por la disposición es el retardo. El incumplimiento tiene unas consecuencias distintas y, por supuesto, su tramitación es diferente.

En estas condiciones considero que se ha debido acceder a la reposición de la providencia impugnada.

Con mi mayor consideración,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha ut supra

ACCION DE CUMPLIMIENTO/COMPETENCIA/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo Legal

La competencia para conocer de las acciones de cumplimiento está radicada en forma genérica por la Constitución en “la autoridad judicial” siendo notorio que en la regulación de la Administración de Justicia no existe en ninguno de los órganos previstos la asignación de dicha competencia, es obvio que se trata de un tema, así como el de su procedimiento, pendientes de regular por el Legislador.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-072. Actor: Henry Antonio Anaya y Otros. Asuntos Constitucionales —ACCION DE CUMPLIMIENTO—.

En escrito dirigido a esta Corporación por el señor HENRY ANTONIO ANAYA ARANGO con C.C. No. 91.427.636 de Barrancabermeja (según autenticación realizada por el Notario 29 de Bogotá) y firmado además por varios “estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia”, solicitan ordenar la ejecución de la Ley 32 de 1988 (agosto 12), por la cual la Nación se asocia a la conmemoración del 120 aniversario de la creación y funcionamiento de la citada Facultad de Derecho.

De la citada Ley 32 (presentada en fotocopia autenticada del Diario Oficial 38.457) destacan los peticionarios que el Congreso ordenó destinar

una partida de seiscientos millones de pesos para dotación y funcionamiento de varias instalaciones de la Facultad, lo cual no se ha realizado, faltando la asignación de la mayor parte de ella (\$570 millones).

Aunque como fundamentos de derecho citan alrededor de veinticinco artículos de la Constitución Política, el artículo 5o. del C.C.A. y la propia Ley 32 de 1988, puede entenderse que los peticionarios lo que desean es el cumplimiento de la ley, tema al cual el artículo 87 de la Constitución dedica la acción allí consagrada y según el cual "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo...".

Como puede observarse, la competencia para conocer de esta clase de acciones está radicada en forma genérica por la Constitución en "la autoridad judicial" siendo notorio que en la regulación de la Administración de Justicia no existe en ninguno de los órganos previstos la asignación de dicha competencia, es obvio que se trata de un tema, así como el de su procedimiento, pendientes de regular por el Legislador.

En estas condiciones no puede esta Corporación asumir el conocimiento del asunto planteado tal como se ha resuelto en casos similares, en providencias del Dr. Daniel Suárez Hernández que el suscrito hace propias. En auto del 2 de diciembre de 1991 se incorporó la siguiente cita de lo dicho en el proceso 7055:

"a) Si bien es cierto que el art. 87 de la Nueva Carta Política estatuye que 'toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido', también lo es que se necesita ley que desarrolle dicho cánón constitucional.

"b) Efectivamente, la expresión genérica 'autoridad judicial' no es suficiente para que el interesado impetre ante cualquier entidad judicial la pretensión de cumplimiento de una Ley o de un acto administrativo.

"c) Bien sabido es que en materia relacionada con las competencias, es la Ley quien las define, las adscribe y las distribuye, normatividad que para la hipótesis del art. 87 de la Nueva Constitución, hasta el momento no se ha creado.

"d) Los artículos 83 y ss. del Código Contencioso Administrativo, regulan los MEDIOS DE CONTROL de los actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos administrativos —también los contratos de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad—,

vale decir las acciones a través de las cuales los particulares pueden llevar a cabo su derecho subjetivo de acción.

“e) Dentro del listado de acciones que se incoen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, reguladas por el Código de la materia, no se encuentra la que ejercita el hoy demandante, entre otras razones, por ser institución de reciente creación constitucional, sin desarrollo legal aún”.

Por las anteriores consideraciones, la SALA UNITARIA,

DECIDE:

INADMITESE la petición de cumplimiento de la Ley 32 de 1988 presentada por varios estudiantes y profesores de la Universidad Nacional –Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales–.

DEVUELVASE los documentos sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Jaime Abella Zárate.

Nubia González Cerón, Secretaria.



SALA
DE
CONSULTA

**REVISION DE CONTRATOS/CONTRATO DE AYUDA ECONOMICA/
ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO/AUXILIOS—Improcedencia**

Esta clase de contratos debe estar acorde con los planes nacionales seccionales y locales de desarrollo. Por consiguiente como esos planes no han sido expedidos, el Gobierno no puede celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público. Esta clase de contratos se previó ante la prohibición, prescrita por el inciso 1o. del artículo 355 de la Constitución, de conceder auxilios o hacer donaciones del tesoro público en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, pero solo pueden ser celebrados por la Nación, los Departamentos y los Municipios, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional y de acuerdo con los correspondientes planes de desarrollo nacionales, seccionales o locales.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.C., veintitres (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Contrato de ayuda económica para programas y actividades de interés público, celebrado entre el Ministerio de Salud y la Fundación Oftalmológica de Santander.

Radicación No. 681.

El contrato que se revisa fue celebrado entre el Ministerio de Salud y la Fundación Oftalmológica de Santander, entidad privada sin ánimo de lucro, con el objeto de que esta entidad construya y dote su propia sede con aportes de la Nación. Como contraprestación la Fundación deberá prestar

los servicios médico-asistenciales para el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades oftalmológicas de la población de escasos recursos económicos.

Del examen de los documentos que conforman el expediente se deduce que el contrato corresponde a los contemplados por el artículo 355, inciso 2o., de la Constitución Nacional. Sin embargo, la Sala observa que en su celebración no se tuvo en cuenta que esa disposición prescribe que esta clase de contratos debe estar acorde con los planes nacionales, seccionales y locales de desarrollo. Por consiguiente, como esos planes no han sido expedidos, el gobierno no puede celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público.

Esta clase de contratos se previó ante la prohibición, prescrita por el inciso 1o. del artículo 355 de la Constitución, de conceder auxilios o hacer donaciones del tesoro público en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Pero sólo pueden ser celebrados por la Nación, los Departamentos y los Municipios, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, y de acuerdo con los correspondientes planes de desarrollo nacionales, seccionales y locales.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado declara no ajustado a la ley el contrato número 94-91, celebrado entre el Ministerio de Salud y la Fundación Oftalmológica de Santander.

Devuélvase a la oficina de origen.

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

Elizabeth Castro R. Secretaria.

CONGRESISTA—Inhabilidades/EMPLEADO OFICIAL

Como los destinos de diputados, concejales, son cargos públicos y, los de alcaldes son empleos públicos, los congresistas están incurso en la prohibición prevista en el artículo 180, numeral 1o. de la Constitución Nacional para desempeñarlos, aún durante el año siguiente a la aceptación de su renuncia como senador o representante, si el tiempo que faltare para el vencimiento del período fuere superior por expresa disposición del artículo 181 ibídem.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., enero veintitres (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Régimen de Inhabilidades. Si las personas que fueron elegidas Congresistas, Miembros de Corporaciones Públicas (Diputados y Concejales), Jefes de Entidades Territoriales (Gobernadores y Alcaldes) están inhabilitados para aspirar a otro cargo o corporación. Así presenten renuncia (art. 179, numeral 8o.). Radicación No. 419.

El Ministro de Gobierno formula a la Sala la siguiente consulta:

“a) En el concepto radicado bajo el número 395 de fecha 25 de julio de 1991, emanado de esa H. Sala, en el aparte 3 se establece: ‘... 3. En este orden de ideas se tiene que los diputados y concejales que fueron elegidos para el período 1990 - 1992, estarían incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 8o., del artículo 179 de la Constitución, para ser elegidos congresistas, por que sus períodos coincidirían parcialmente con el de éstos.

Sin embargo, como la Constitución no estableció los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y concejales, sino que dicha atribución la refirió a la ley, no existe, dentro del ordenamiento jurídico vigente prohibición para que los diputados y concejales puedan renunciar a sus cargos y una vez aceptadas las renunciaciones, aspiren a ser elegidos congresistas, (art. 299 y 312)".

De acuerdo al aparte transcrito, los diputados y concejales elegidos para el período (1990-1992), pueden presentar renuncia de sus cargos y una vez aceptadas éstas, aspirar válidamente ser elegidos congresistas.

b) En el mismo concepto aparte 5, literal a) se anota:

"... El transcrito numeral 8o. del artículo 179 de la Constitución, que establece una inhabilidad para ser elegido congresista y a la vez miembro de otras corporaciones, hace parte de la normatividad permanente de la Carta Constitucional, que entró a regir el 7 de julio de 1991 y que por lo mismo es de aplicación inmediata. Hay una prohibición de elegibilidad concurrente como miembro de varias corporaciones para el futuro, a diferencia del orden jurídico anterior que permita esa concurrencia".

De acuerdo con este aparte la prohibición de ilegibilidad concurrente para más de una corporación o cargo público, rige para el futuro.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se consulta:

a) ¿La renuncia debidamente aceptada de quienes fueron electos como miembros del Congreso el pasado 27 de octubre, los habilita para aspirar a ser elegidos diputados, concejales y alcaldes, es decir, que la renuncia interrumpe o termina con la coincidencia de los períodos a que hace referencia la Constitución en su artículo 179 numeral 8?

b) ¿Una vez elegidos los congresistas y demás miembros de las corporaciones públicas (diputados y concejales) como los jefes de entidades territoriales (gobernadores y alcaldes), en aplicación del artículo 179, numeral 8, ya citado están inhabilitados, así presenten renuncia y la misma se les haya aceptado, para aspirar a otro cargo o corporación, en razón a que coinciden parcialmente los períodos de las corporaciones y los cargos para los cuales fueron electos, con los nuevos a los que aspiran?

c) ¿La coincidencia de los períodos, así sea parcialmente, a que hace alusión el artículo 179 numeral 8 de la Constitución, se predica de las corporaciones y cargos, o, de las personas elegidas?

La Sala considera y responde,

1. El artículo 179, numeral 8o., de la Constitución Nacional prescribe que “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo público, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”, de manera que es muy claro que, un congresista en el ejercicio del cargo no puede aspirar a ser elegido diputado, concejal o alcalde.

2. De otra parte, el artículo 180 de la Carta Política, establece las incompatibilidades de los congresistas, dentro de las cuales, el numeral 10, prescribe que dichos servidores no podrán, “desempeñar cargo público o privado”, prohibición que según el artículo 181 ibídem, tendrá vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, dispone el mismo artículo, se mantendrán las incompatibilidades, “durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior”.

3. De este modo, la prohibición de desempeñar un cargo o empleo público que es una incompatibilidad para el congresista que ejerce como tal, se convierte en inhabilidad para aquel que renuncie a su investidura, hasta por un año después de su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior; de manera que, a pesar de que un congresista, elegido el 27 de octubre de 1991, renuncie en este momento a su cargo, no puede aspirar a ser elegido o nombrado en ningún otro cargo o empleo público o privado durante el año siguiente a la aceptación de la misma.

4. En este orden de ideas se tiene que, como los destinos de diputados, concejales, son cargos públicos y, los de alcaldes son empleos públicos, los congresistas están incurso en la prohibición prevista en el artículo 180, numeral 1o. de la Constitución Nacional para desempeñarlos, aún durante el año siguiente a la aceptación de su renuncia como senador o representante, si el tiempo que faltare para el vencimiento del período fuere superior por expresa disposición del artículo 181 ibídem.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes del Señor Ministro de Gobierno:

1. La renuncia debidamente aceptada de los miembros del congreso elegidos el 27 de octubre de 1991, por sí misma, no los habilita para aspirar a ser candidatos a diputados, concejales y alcaldes, porque aunque se interrumpe la coincidencia de los períodos de estos cargos con los congresistas, subsiste la prohibición prevista en el artículo 180, numeral 1o., de la Carta Política, de desempeñar cualquier otro cargo o empleo público o privado, durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior, de conformidad con lo ordenado en el artículo 181 ibídem.

2. Una vez elegidos los congresistas, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes están inhabilitados para aspirar a otro cargo o corporación, mientras ejerzan efectivamente el cargo porque la Constitución prohíbe que una misma persona desempeñe dos cargos en forma concurrente; sin embargo, si renuncian a la correspondiente investidura y no existe ninguna otra inhabilidad (como el caso planteado de los congresistas), pueden aspirar a la nueva elección. Mientras no exista la ley que desarrolle el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, de conformidad con el artículo 29, la renuncia debe ocurrir antes de la inscripción de la correspondiente candidatura.

3. La coincidencia de los períodos, a que se refiere el artículo 179, numeral 8o., de la Constitución hace relación a dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, que tienen que ver, el primero con los cargos y el segundo con las personas, es decir, que la nueva Constitución prohíbe que una misma persona ocupe varios cargos al mismo tiempo, así el período de un cargo termine antes que el período del otro cargo; de suerte que lo importante de la prohibición es evitar que se acumule poder y autoridad en una sola persona.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el Ministro de Gobierno.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

**CARRERA ADMINISTRATIVA—Requisitos/CARRERA ADMINISTRATI-
VA—Inscripción/INGRESO A LA CARRERA**

Todas las personas que ingresen a la carrera administrativa o que actualicen su inscripción en el escalafón deben reunir los requisitos prescritos por la ley —particularmente por los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968—, como también los que dispongan los decretos reglamentarios; los plazos que señalan los decretos reglamentarios no implican vigencia temporal de la ley —que es permanente mientras subsista—, sino un método para cumplirla ordenadamente; la denegación de la solicitud de inscripción en la carrera o de actualización de la inscripción en el escalafón solo puede disponerse por motivos de fondo prescritos por la ley.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta Radicación No. 091.

El Departamento Administrativo del Servicio Civil consulta el proyecto de decreto por el cual el Gobierno se propone ampliar “hasta el 31 de diciembre de 1987” el plazo que se le fijara para resolver las solicitudes de inscripción o actualización en la carrera administrativa de los empleados de los Ministerios que desempeñen empleos comprendidos en la misma “en los niveles operativo, administrativo, técnico y profesional y las de los empleados de los departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional,” que debían presentarse “entre el primero y el tercer año de vigencia del Decreto 583 de 1984”.

SALA DE CONSULTA

El proyecto de decreto contempla que se ordene la inscripción en la carrera o la actualización del escalafón de los mencionados funcionarios "en el cargo de la carrera de que sean titulares" en la fecha en que entre en vigencia, "siempre que el 22 de marzo de 1984 se encontraran desempeñando un empleo de carrera en cualquiera de los organismos regulados por el Decreto 583 de 1984 y acrediten las condiciones señaladas en el artículo 3o. del mismo decreto". Agrega que el Departamento Administrativo del Servicio Civil debe denegar, mediante acto motivado, "la solicitud de inscripción o de actualización en la carrera administrativa si en el momento de su presentación el funcionario desempeña un empleo de carrera" diferente del que sea titular en la fecha en que entre en vigencia el decreto.

El Departamento Administrativo del Servicio Civil explica la necesidad del proyecto de decreto, que somete a la consideración de la Sala, en las dificultades que ha tenido para dar cumplimiento a los decretos 583 de 1984 y 964 de 1986, particularmente la demorada en la aprobación de la planta de personal de las diferentes dependencias administrativas, como las de los Fondos Educativos Regionales o la de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

La propuesta de reforma del Art. 1o., inciso 3o., del Decreto 964 de 1986, en el sentido de permitir la inscripción en la carrera administrativa o la actualización en el escalafón en el cargo de carrera de que sea titular el empleado en la fecha en que entre en vigencia el decreto, se explica en que se trata de "evitar que entre la fecha de promulgación del decreto y la del vencimiento del plazo para la presentación de las solicitudes (31 de diciembre de 1987), los empleados puedan ser inscritos en la carrera o actualizar su escalafón en los cargos en que sean nombrados, sin el cumplimiento de las normas que sobre el proceso de selección que contempló los decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973".

La Sala Considera:

1o.— Según el Art. 41 del Decreto-ley 2400 de 1968, los decretos referentes a la ejecución de las disposiciones legales que prescriben y regulan la carrera administrativa deben ser expedidos por el Gobierno "previo concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

2o.— El Consejo Superior del Servicio Civil conceptuó favorablemente sobre el proyecto de decreto.

3o.— La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado considera que los decretos reglamentarios 583 de 1984 y 964 de 1986 tienen por finalidad realizar la carrera administrativa; prescrita por la Constitución

como factor de idoneidad y de convivencia nacional, y regulada por la ley desde hace ya algunos años, sólo ha tenido tímida o limitada realización. Los decretos mencionados se propusieron acelerar el proceso para cumplirla dentro de los plazos que al efecto señalaron: paradójicamente los decretos reglamentarios determinaron los plazos de ejecución de la ley.

Sin embargo ellos no fueron suficientes, por los motivos que expone el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, lo que hace que se proponga prorrogarlos hasta el 31 de diciembre de 1987.

La Sala estima que el proyecto de decreto tiene por objeto hacer posible la pronta ejecución de la ley. Pero, además, considera que todas las personas que ingresen a la carrera administrativa o que actualicen su inscripción en el escalafón deben reunir los requisitos prescritos por la ley —particularmente por los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968—, como también los que dispongan los decretos reglamentarios; que los plazos que señalan los decretos reglamentarios no implican vigencia temporal de la ley —que es permanente mientras subsista—, sino un método para cumplirla ordenadamente; que, por consiguiente, estima que se debe modificar el Art. 1o., inciso 3o., del proyecto de decreto en cuanto dispone que el Departamento Administrativo del Servicio Civil, mediante acto motivado, “negará la solicitud de inscripción o actualización en la carrera administrativa si en el momento de su presentación el funcionario desempeña un empleo distinto del cual era titular a la vigencia de este decreto”: la denegación de la solicitud de inscripción en la carrera o de actualización de la inscripción en el escalafón *sólo puede disponerse por motivos de fondo prescritos por la ley*; en este caso se trata, *no de denegar el derecho, sino de no dar curso a la petición porque no reuna la condición de orden o procedimental que determina el decreto reglamentario*: que el empleado desempeñe, en la fecha en que haga la petición, el mismo cargo de carrera que ejerza en la fecha en que entre en vigencia el decreto: un nuevo decreto reglamentario bien podría regular la manera de ingresar a la carrera administrativa o de actualizar el escalafón de las personas que se encuentren en la hipótesis que contempla el Art. 1o., inciso 3o., del proyecto de decreto. De donde se concluye que es menester modificar este precepto para prescribir, en lugar que se deniegue la petición, que no se le de curso, si el empleado se encuentra comprendido dentro de sus previsiones.

Por lo expuesto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptúa favorablemente sobre el proyecto de decreto que el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil ha sometido a su examen, con la modificación que propone sobre el Art. 1o., inciso 3o., del mismo.

Transcribábase al señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo*,
Jaime Paredes Tamayo, *Gonzálo Suárez Castañeda*.

Elizabeth Castro R., Secretaria.

Levantada la Reserva según Artículo 110 del C.C.A.

PRIMA DE SERVICIOS—Liquidación/EMPLEADO PUBLICO— Régimen Prestacional/COMPETENCIA/ACTO ADMINISTRATIVO/PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No es el Establecimiento Público, al que compete por medio de la Resolución de la Junta Directiva determinar la forma de liquidación de la prima de servicios de sus funcionarios sino a la ley, y fue así como el decreto-ley 1042 de 1978 procedió a reglamentar la materia. Si por razón de una Resolución de la Junta Directiva, nacen situaciones jurídicas concretas, estas deben respetarse porque como actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y su revocatoria directa requiere el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., agosto diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y siete.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Radicación No. 144.

Liquidación proporcional de la prima de servicios a que tienen derecho los funcionarios del Instituto Nacional del Transporte.

El Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte Luis Fernando Jaramillo Correa, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que ha continuación se exponen:

La Junta Directiva del INTRA, mediante Acuerdo No. 192 de junio 12 de 1972 "Por el cual se adopta el Estatuto de Personal del Instituto Nacional del Transporte", en el artículo 74 estableció el derecho a una prima de servicios.

Mediante Resolución No. 1023 de agosto 23 de 1973, el INTRA reglamentó el pago de la prima de servicios, la cual en su artículo primero estableció que dicha prima se pagaría a los funcionarios que estuvieran prestando sus servicios en 30 de junio de cada año, proporcional *al tiempo servido en el semestre* (subrayado nuestro).

Esta norma fue modificada por la Resolución No. 539 de julio 4 de 1975, la cual en su artículo 2o., indica que "los funcionarios que no hubieran trabajado el semestre civil completo, tendrán derecho a la mencionada prima *en proporción al tiempo servido*". (subrayado nuestro).

Este Instituto ha venido liquidando la prima de servicios, de conformidad con lo dispuesto en las normas antes citadas y en concordancia con lo estatuido en el numeral segundo del artículo 3o. del Decreto 1045 de junio 7 de 1978; es decir dando aplicación a la disposición interna del Instituto, Resolución No. 539 de julio 4 de 1975, artículo 2o., en el sentido de reconocer dicha prima a los funcionarios, proporcionalmente a los días laborados.

Teniendo en cuenta que la Auditoría Especial ante el INTRA, ha objetado dichos pagos por considerarlos violatorios del Decreto 1042 de junio 7 de 1978, este Instituto consulta a ese Honorable Consejo lo siguiente:

Que se debe entender por proporcionalidad del tiempo de servicio, esto con el fin de determinar la base y factor para liquidar la prima de servicios.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o.— De conformidad con el artículo 76, numeral 9o., de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso Nacional, por medio de ley, determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

2o.— El decreto-ley 1042 de 1978 establece en su artículo 58 que los funcionarios a quienes se aplica "tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año. Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre".

El artículo 59 expresa que: "la prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación":

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

“Para liquidar la prima de servicios, se tendrá en cuenta la Cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año”.

Y en el artículo 60 prescribe que “cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, a razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.

“No obstante lo dispuesto en el presente artículo, cuando un funcionario pase del servicio de una entidad a otra, el tiempo laborado en la primera se computará para efectos de la liquidación de esta prima, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio”.

“Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles entre el retiro de una entidad y el ingreso a otra”.

3o.— Por su parte, el decreto-ley 1045 de 1978, artículo 3o., en relación con el personal vinculado a la Administración, dispone que se le “reconocerán y pagarán a sus empleados públicos únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que fijen los pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

“Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos”.

4o.— No es pues el Establecimiento Público, Instituto Nacional del Transporte —INTRA— al que compete por medio de Resolución de la Junta Directiva determinar la forma de liquidación de la prima de servicios de sus funcionarios sino a la ley, y fue así como el Decreto-Ley 1042 de 1978

procedió a reglamentar la materia según acaba de transcribirse. Al entrar en vigencia este decreto-ley quedó subrogada la Resolución 539 de julio 4 de 1975, al ser de inferior categoría perdió su vigencia. Hay pues que observarse en relación con la consulta lo precisado en el decreto y no en la resolución.

Además las Juntas o Consejos Directivos carecen de competencia para decisión al respecto, tal como se definió por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de diciembre de 1972, que declaró inconstitucional el artículo 38 del decreto-ley 3130 de 1968, que concedió a los Consejos o Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos la facultad de expedir estatutos de personal, específicamente, entre otras materias, lo referente a primas.

5o.— Respecto del artículo 3o. del decreto-ley 1045 de 1978, en relación sólo con prestaciones sociales, esta Sala en concepto unánime de junio cuatro (4) de año en curso, interpretó así:

“La norma transcrita es clara en señalar que los empleados públicos únicamente pueden percibir las prestaciones creadas por la ley. Así las cosas, lo dispuesto en el inciso tercero ha de interpretarse en el sentido de reconocer a los empleados públicos todas aquellas “prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida por la ley” se les hubiere otorgado con anterioridad *siempre y cuando dicho otorgamiento provenga de norma que a la luz de la Constitución no adolezca de vicio violatorio de la misma*. Si como ya se dejó expresado, solo el Congreso o el Presidente de la República con base en facultades extraordinarias puede señalar el régimen prestacional de los empleados públicos, obvio es suponer que sólo puede serle reconocida a tales empleados las prestaciones que bajo cualquier denominación y cuantía hayan sido creadas por norma de tal categoría”.

6o.— Finalmente, si por razón de la Resolución de la Junta Directiva número 539 de julio 4 de 1975, a que se refiere la consulta, nacieron situaciones jurídicas concretas, estas deben respetarse porque como actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, y su revocatoria directa requiere el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (art. 69 decreto 01 de 1984-Código Contencioso Administrativo).

En los anteriores términos se absuelve la consulta planteada por el Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Transcribese en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EDU/ESTATUTOS—Reforma/SOCIO/CESIONARIOS/CONTROL DE TUTELA

La reforma estatutaria debe efectuarse tomando en consideración que todos los municipios del departamento deben convertirse en socios de la Empresa de Desarrollo Urbano como cesionarios, en igual proporción, del interés social que en ella tiene el Instituto de Crédito Territorial. Además, debe tenerse en cuenta, que los municipios cesionarios deben ejercer la tutela de la EDU.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo.

Referencia: Consulta Radicación No. 138.

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

“1o.— En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 12 de 1986 el Gobierno Nacional expidió el Decreto Extraordinario 077 de 1987.

“En el artículo 67 del citado Decreto se dispone:

“Las entidades del orden nacional socias de las Empresas de Desarrollo Urbano cederán a título gratuito, a los municipios correspondientes, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la vigencia de este decreto, las partes de interés social que actualmente poseen en esas empresas. Como con-

secuencia de lo anterior, se introducirán las reformas estatutarias correspondientes que excluirán de sus Juntas Directivas los representantes de la Nación y eliminarán la designación de su representante legal por el Presidente de la República. Los municipios ejercerán la tutela sobre estas entidades”.

“2o.— El Decreto 676 de 1975 autorizó al Instituto “para participar en la constitución de sociedades que tengan por objeto la urbanización, construcción y suministro de vivienda y demás servicios comunitarios en las ciudades de Bogotá, Bucaramanga y en el Departamento del Atlántico...”.

“El Decreto 2649 de 1975, concedió autorización al Instituto en los mismos términos para las ciudades de Pereira, Armenia, Neiva y Cúcuta.

“El Decreto 1392 de 1977, lo dispuso para el Departamento de Antioquia.

“El Decreto 1058 de 1976, se refirió a las ciudades de Ibagué, Popayán y Pasto.

“En todos los casos, los Decretos prevén que podrán asociarse únicamente la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos de los órdenes nacional, departamental y municipal y las empresas industriales y comerciales del Estado de los mismos órdenes.

“3o.— Por escritura pública No. 2069 del 24 de diciembre de 1981 de la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena se constituyó la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar, con participación del Instituto de Crédito Territorial, las Empresas Públicas de Cartagena y el Departamento de Bolívar.

“En el Capítulo 2o., Artículo 4o., de los Estatutos contenidos en la mencionada Escritura se establece que el *objeto* de la Empresa es “impulsar desarrollo urbano de los municipios del Departamento de Bolívar, a través de estudio, financiación y ejecución de obras de infraestructura e implementos de mejoramiento de los servicios públicos, e igualmente para que adelante obras de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, regulación de fuentes de agua de defensa contra inundaciones o contra la degradación de la calidad de las aguas y su contaminación, obras de canalización y dragados de caños, arroyos, ríos y similares...”.

“Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 07 de 1984 por el cual ordenó “la ejecución de la recuperación sanitaria de los caños, lagunas y cienagas de Cartagena”, con base en la Ley 62 de 1937. Y dispuso en su artículo 2o. que “la entidad competente y responsable de la ejecución de las obras referidas” sería EDURBE.

“4o.— Las Empresas de Desarrollo Urbano actualmente en vigencia y en las cuales el Instituto de Crédito Territorial posee cuotas de interés social

son: Ciudadela Real de Minas-Bucaramanga; EDU Armenia; EDU Manizales; EDU Neiva; EDU Pereira; EDU Popayán; EDU Cúcuta; EDU Ibagué; y EDU Bolívar.

SE CONSULTA:

“¿Cuál es el alcance de la expresión “municipios correspondientes”, para efectos de la cesión ordenada en el artículo 67 del Decreto Extraordinario 07 de 1987, especialmente en el caso de la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar – EDURBE?”.

La Sala considera:

1o.— Según la copia de la escritura número 2069 del 24 de diciembre de 1981, otorgada en la notaría segunda de Cartagena, el Instituto de Crédito Territorial, las Empresas Públicas Municipales de Cartagena y el Departamento de Bolívar constituyeron una sociedad comercial de responsabilidad limitada, con el carácter de empresa industrial y comercial del estado, denominada Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar y domiciliada en Cartagena. El objeto de la sociedad consiste, según la cláusula segunda, en “impulsar el desarrollo urbano de los municipios del Departamento de Bolívar a través del estudio, financiación y ejecución de las obras de infraestructura e implementos o mejoramiento de los servicios públicos, e igualmente para que adelante obras de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, regulación de fuentes de agua, defensa contra inundaciones o contra la degradación de la calidad de las aguas y su contaminación, obras de canalización y dragados de caños, arroyos, ríos y similares”.

El capital social, según la cláusula quinta, es de ciento cincuenta millones (\$150.000.000) de pesos, dividido en mil quinientas (1.500) cuotas en partes de interés social, cada una con un valor de cien mil (\$100.000) pesos, el capital pertenece a los socios por iguales partes.

2o.— El artículo 67 del Decreto-ley 077 de 1987 dispone que “las entidades del orden nacional, socios de las empresas de desarrollo urbano, cederán, a título gratuito, a los municipios correspondientes, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la vigencia de este decreto, las partes de interés social que actualmente poseen en esas empresas”. La disposición agrega que “como consecuencia de lo anterior, se introducirán las reformas estatutarias correspondientes que excluirán de sus juntas directivas los representantes de la Nación y eliminarán la designación de su representante legal por el Presidente de la República. Los municipios ejercerán la tutela sobre estas entidades”.

3o.— El señor Ministro de Desarrollo Económico pregunta el sentido que deba darse a la expresión “municipios correspondientes” del precepto antes transcrito.

La Sala considera, en primer término, que la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar Limitada, según la cláusula cuarta de la escritura de constitución de la sociedad, tiene por objeto "impulsar el desarrollo urbano de los municipios del Departamento de Bolívar", como también adelantar otras obras de interés público general en los mismos municipios. Además, estima que el sentido del artículo 67 del Decreto-ley 77 de 1987, en perfecta armonía con su contexto y con la ley 12 de 1986, consiste en que las entidades del orden nacional cedan en favor de los municipios beneficiados las partes de interés social que tengan en las empresas de desarrollo urbano. En el caso que ocupa la atención de la Sala, puesto que la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar Limitada tiene por objeto "impulsar el desarrollo urbano de los municipios del Departamento de Bolívar", es claro que todos y cada uno de ellos deben ser cesionarios del aporte que corresponde al Instituto de Crédito Territorial.

Por consiguiente, la reforma estatutaria debe efectuarse tomando en consideración que todos los municipios del Departamento de Bolívar deben convertirse en socios de la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar Limitada como cesionarios, en igual proporción, del interés social que en ella tiene el Instituto de Crédito Territorial. Además, debe tenerse en cuenta, como dispone la parte final del artículo 67 del Decreto-ley 77 de 1987, que los municipios cesionarios deben ejercer la tutela de la Empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar Limitada.

Transcribese, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Desarrollo Económico y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro R., Secretaria.

TRANSITO DE LEGISLACION/INSTALACIONES DEPORTIVAS—Construcción/COMPETENCIA

El Decreto 864 de mayo 15 de 1987, reglamentario del 077 de 1987, de manera previsiva hizo el tránsito de la legislación anterior a la nueva, dado que se presenta un cambio en los sujetos titulares de la competencia para construcción de instalaciones deportivas, de educación física y recreación. Están definidas dos situaciones de excepción para que una obra iniciada por entidad cuya competencia se suprimió por la nueva legislación, con el fin deportivo indicado, deba ser continuada por la misma, seguramente por razones de conveniencia y también de respeto a las relaciones contractuales originadas.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., septiembre dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Radicación No. 143.

Los albergues o villas son instalaciones deportivas? Aplicación del Decreto 864 del 15 de mayo de 1987.

El Señor Ministro de Educación Nacional Antonio Yepes Parra, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación se exponen:

Las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, según la Ley 49 de 1983 son unidades administrativas especiales, dotadas de personería jurídica, con patrimonio propio.

Antes de la vigencia de la Ley 12 de 1986 y de su Decreto 77 de 1987, la Junta Administradora Seccional de Deportes de Antioquia, se propuso construir en predios de la unidad deportiva Atanasio Girardot, el albergue del deporte, o Villa Olímpica, nombres de los cuales la comunidad ya conoce este proyecto que es casi una realidad. El municipio de Medellín, mediante contrato de comodato, cedió los terrenos para construir en ellos el edificio de alojamiento para los deportistas de Antioquia y del País.

En 1986 y de conformidad con el Decreto 222 de 1983, se realizaron y legalizaron los respectivos contratos de consultoría con una firma de Ingenieros antioqueños, lo que significó la elaboración y entrega total de planos, diseños arquitectónicos y estructurales, contratos que, ante la vigencia de las normas citadas, daban carta abierta a la Junta para contratar lo que queda faltando, vale decir la obra física del edificio, con capacidad futura para 150 personas cómodamente alojadas, parqueaderos, salas de prensa, de primeros auxilios y medicina deportiva, zonas para juegos de mesa, comedores, cocinas, lavaderos de ropa, zonas de descanso, parque de banderas, recepciones, salones de conferencias y capacitación, televisión, haciendo un todo de lo que a nivel de alojamiento puede tener una delegación deportiva, para obtener un buen rendimiento en competencia.

Surge entonces, en la primera quincena de enero de 1987 el Decreto 77 originado en la Ley 12 de 1986, para enfrentarla a los artículos 23 y 31 del precitado Decreto, que a la letra dice:

“Artículo 23: *La construcción y mantenimiento de planteles escolares e instalaciones deportivas*, de educación física y de recreación que adelanten entidades descentralizadas del orden nacional, estarán en lo sucesivo, a cargo de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá”. (El subrayado es nuestro).

“Artículo 31: *Suprímese la función constructora* que a las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes atribuye el numeral 4o. del artículo 5o. de la Ley 49 de 1983”. (El subrayado es nuestro).

A su vez el artículo 5o., numeral 4o. de la Ley 49 de 1983 dice: “Las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes tendrán como funciones principales: ... Proyectar y realizar con la aprobación del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, *la construcción de instalaciones deportivas*, de educación física y recreación, en sus correspondientes jurisdicciones”. (El subrayado es nuestro).

De otra parte el Decreto 864 del 15 de mayo de 1987 reglamentario del Decreto-ley 77, consagra en su artículo 1o.: “La construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, que a la fecha de publicación del Decreto Ley No. 77 de 1987 se encontraren en ejecución directa

por parte de las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte, o en virtud de contratos suscritos para tal fin, se concluirán de conformidad a las apropiaciones presupuestales y a los compromisos contractuales”.

Y, en su artículo 2o. dice: “El Instituto Colombiano de la Juventud y el deporte —Coldeportes— y las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes únicamente podrán seguir realizando el mantenimiento de los escenarios deportivos, de educación física y de recreación, *que a la fecha de publicación del Decreto Ley No. 77 de 1987 eran de su dominio o posesión*”. (El subrayado es nuestro).

Siendo el albergue un edificio con destinación específica para el alojamiento de los deportistas, el cual tendrá esta finalidad no sólo en tiempos de eventos deportivos, sino también cuando se requiera alojar personal técnico que asista a congresos o conferencias de capacitación técnica, medicina deportiva, periodismo deportivo, foros de recreación, educación física, y habiendo consagrado el Decreto 864 que las instalaciones deportivas en general que se encontraren en ejecución directa por parte de las Juntas Administradoras se concluirán así como también que el mantenimiento se podrá seguir realizando en escenarios que a la fecha de publicación del Decreto 77, se consulta si el albergue o villa puede entenderse al tenor de las normas citadas, como una instalación deportiva, semejante a una cancha de fútbol, un diamante de beisbol, una piscina o cualquier otro similar.

De otra parte, que se conceptúe sobre la aplicación del Decreto 864 del 15 de mayo de 1987 en el caso consultado.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o.— El ponente inicial en esta consulta fue el Consejero Jaime Paredes Tamayo. Pero no habiendo sido aceptado su proyecto de respuesta y ante su insistencia en el mismo, corresponde por orden alfabético al Consejero Jaime Betancur Cuartas expresar el criterio de la mayoría como ponente, y así se procede.

2o.— La ley 49 de 1983 constituyó Juntas Administradoras Seccionales de Deportes en cada uno de los departamentos, Intendencias, Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá, todas ellas como unidades administrativas especiales del orden nacional, dotadas de personería jurídica y con patrimonio propio, subordinadas a los planes y controles del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte. (artículos 1 y 2). A las Juntas se les dio el manejo e inversión de los recursos provenientes de los gravámenes establecidos por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968, 30 de 1971, así como otros ingresos públicos y privados. Entre las funciones de la Junta está la de “Proyectar, con aprobación del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, la construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, en sus correspondientes jurisdicciones”. (artículo 4 y 5).

3o.— Bajo la vigencia de la indicada Ley 49 de 1983 el Municipio de Medellín le entregó, en julio 26 de 1985, a Coldeportes de Antioquia en comodato un lote de terreno con el objeto específico de que el comodatario construya “una Villa Deportiva para los deportistas, dirigentes deportivos o delegaciones deportivas que vengan a la ciudad de Medellín a competir, prepararse técnicamente o a cumplir actividades recreativas, culturales, de capacitación o deportivas”. (Cláusula Primera y Segunda del Contrato). La duración del comodato será de veinte (20) años, contados a partir de la entrega del inmueble y prorrogables. (Cláusula Tercera). Coldeportes Antioquia se compromete a hacer las construcciones de la Villa Deportiva, en un término no mayor de tres (30) años, contados a partir de la fecha de entrega del inmueble. En caso de no cumplirse lo anterior revertirá el bien al Municipio y se declara extinguido el contrato. (Cláusula Cuarta).

La construcción de la Villa Deportiva se adelantará con recursos del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte y de Coldeportes de Antioquia (Cláusula séptima).

De otra parte Coldeportes de Antioquia celebró con la firma Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A., el 23 de septiembre de 1986, un contrato de consultoría para la elaboración del proyecto arquitectónico para la futura construcción de la Villa Deportiva de la ciudad de Medellín. Está convenido el pago quedando la satisfacción del 100% para ser pagado “durante la ejecución de la obra como correspondiente a la dirección arquitectónica”. (Cláusulas Primera y Segunda).

4o.— Con posterioridad el Gobierno Nacional, con base en la Ley 12 de 1986, dictó el decreto-ley 077 de enero 15 de 1987, Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios, que en el artículo 23 dispuso: “La construcción, dotación y mantenimiento de planteles escolares e instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, que adelantan entidades descentralizadas del orden nacional estarán, en lo sucesivo, a cargo de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá. Los Departamentos, Intendencias y Comisarias podrán concurrir a la construcción, dotación y mantenimiento de los planteles e instalaciones de que trata este artículo”. Este Decreto se publicó en el Diario Oficial 37757 de Enero 15 de 1987.

5o.— Por su parte, el Decreto 864 de mayo 15 de 1987, reglamentario del 077 citado, de manera previsiva hizo el tránsito de la legislación anterior a la nueva, dado que se presenta un cambio en los sujetos titulares de la competencia para la construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, y así preceptúa el artículo 1o.: “La construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, que a la fecha de publicación del decreto-ley No. 77 de 1987 se encontraren en ejecución directa de parte de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, o en virtud de contratos suscritos para tal fin, se concluirán de conformidad

a las apropiaciones presupuestales y a los compromisos contractuales". Es decir, que están definidas dos situaciones de excepción para que una obra iniciada por entidad cuya competencia se suprimió por la nueva legislación, con el fin deportivo indicado, deba ser continuada por la misma, seguramente por razones de conveniencia y también de respeto a las relaciones contractuales originadas.

60.— Considerada la situación planteada en la consulta, la Sala encuentra que encaja en las excepciones del decreto reglamentario y que Coldeportes de Antioquia debe continuar y concluir la obra conocida como Villa Deportiva. Existe un contrato de comodato consistente en la cesión del Municipio de Medellín de un terreno a Coldeportes de Antioquia, con el objeto específico, determinado, de la construcción, con término fijo y con clara obligación de ejecución en tres años contados a partir de haberse entregado el inmueble. De otra parte, está celebrado el contrato de consultoría también tendiente a la elaboración del proyecto arquitectónico para la construcción de la obra en mención, con la particularidad de un diez por ciento (10%) para ser satisfecho por la dirección arquitectónica en la construcción de la obra.

Hay pues contratos celebrados que hacen parte de un proceso para la ejecución de una obra, que se complementan, que indican que existe obra iniciada, y que confluyen hacia la realización física de la misma, asegurada como está también su financiación por Coldeportes de Antioquia. Las obligaciones contractuales referidas no son desligadas, ajenas entre sí, sino que hacen parte de un todo cuya culminación es la construcción de la Villa Deportiva, y como esas relaciones jurídicas nacieron antes de la supresión de competencia a las Juntas Seccionales de Deportes de los Departamentos, aparece aplicable el régimen de excepción del Decreto Reglamentario 864 de 1987.

Por lo demás, decir ya que la competencia es del Municipio de Medellín en el caso, no sólo contraría el régimen de excepciones que hace imperativa la competencia de acción que existía antes del decreto 77 de 1987, sino que introduciría confusión en el tránsito de legislaciones con posible perjuicio de la ejecución de una obra de conveniencia para el desarrollo deportivo y de importancia para el bienestar de la población del Estado. EN CONSECUENCIA, la realización de la obra materia de la consulta es de competencia de Coldeportes Antioquia.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Señor Ministro de Educación Nacional.

Transcribese en copia auténtica.

SALA DE CONSULTA

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Levantada la reserva según artículo 110 del Código Contencioso Administrativo. Once (11) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

**COLDEPORTES/RECURSOS— Destinación/COMPETENCIA/NULIDAD
DEL CONTRATO/(Salvamento de Voto)**

La Junta Administradora de Deportes de Antioquia carece de competencia para construir directamente o en virtud de contratos el edificio a que se refiere la consulta, vale decir, no puede destinar recursos a un fin que legalmente ya no le compete. Un contrato celebrado contra prohibición legal, por funcionario que carece de competencia resulta absolutamente nulo, y tales causales de nulidad no se sanean por ratificación de las partes.

Salvamento de Voto.

Radicación: No. 143.

Consulta del Ministro de Educación Nacional.

El suscrito Consejero consigna como salvamento de voto el proyecto de ponencia que no fue acogido por decisión mayoritaria de la Sala:

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con las normas contenidas en la Ley 49 de 1983, estuvo atribuída a las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, unidades administrativas del orden nacional, la función principal de “proyectar y realizar con la aprobación del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, la construcción de instalaciones deportivas de educación física y de recreación, en sus correspondientes jurisdicciones” (artículo 5o., ordinal 4). Y a los Directores Ejecutivos de dichas Juntas correspondía dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Junta. (Artículo 12, aparte e).

El objeto de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes fue el manejo e inversión de los recursos provenientes de los gravámenes establecidos por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, así como los derivados de nuevos gravámenes y los auxilios del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y privado que les fueran asignados, o se destinaren a los fines para los cuales han sido creadas y todos los demás ingresos que por cualquier motivo recibieren (artículos 4o. ibídem).

En consecuencia, el patrimonio de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes estaba constituido por:

1. Los aportes y auxilios del presupuesto nacional, los departamentos, distrito Especial de Bogotá, Intendencias, Comisarías y Municipios, con destino a ellos.

2. Los ingresos provenientes de los gravámenes de las Leyes 49 de 1967; 47 de 1968; 30 de 1971 y las demás que se les asignaran.

3. Los ingresos que adquirieran por la prestación de servicios.

4. Los aportes y donaciones de personas públicas o privadas nacionales o extranjeras.

5. Los que por cualquier otro concepto adquirieran como personas jurídicas. (Artículo 25).

También las Juntas Municipales de Deportes, que se organizan por virtud del derecho de asociación o iniciativa municipal en cualquier municipio del país, tenían señaladas en su respectivo territorio las funciones de "proyectar y realizar, con la aprobación de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, la construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, en sus correspondientes jurisdicciones y de administrar deportiva y económicamente los centros y escenarios de deportes, educación física y recreación que construyeran, que fueran de su propiedad o cuya administración les hubiere sido confiada por las entidades propietarias y recibir los ingresos provenientes del manejo de dichos escenarios. (Artículos 14 y 20 de la Ley 48 de 1983).

La Ley 12 de 1986, sobre participación de las entidades territoriales en el impuesto a las ventas, dispuso en su artículo 7o., aparte k) que la proporción de tal participación, condicionada por el artículo 6o. a gastos de inversión, puede destinarse a "construcción, remodelación y mantenimiento de campos e instalaciones deportivas y parques".

El Gobierno Nacional, facultado por el artículo 13, aparte a) de la Ley citada para "reformular, fusionar o liquidar entidades descentralizadas y

suprimir sus funciones o asignarlas a las entidades que se beneficien con la cesión de que trata esta Ley”, atribuyó a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, mediante Decreto 0077 de 15 de enero de 1987, la construcción, dotación y mantenimiento de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación (artículo 23) y autorizó a los departamentos, Intendencias y Comisarías para concurrir con los Municipios en el ejercicio de dicha función.

Concretamente, el decreto en cita suprimió la función constructora atribuída a las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes por el numeral 4o. del artículo 5o. de la Ley 49 de 1983 y prescribió a las mismas Juntas prestar asistencia técnica y financiera a los Municipios para la construcción, dotación y mantenimiento de las instalaciones deportivas y recreativas en sus respectivas jurisdicciones (artículos 30 y 33).

El Decreto 0077 de 1987 que rige a partir del 15 de enero, fecha de su publicación, (Diario Oficial No. 37757), fue reglamentado parcialmente por el Decreto 0864 de 1987, el cual prevé la conclusión de construcciones en proceso de ejecución directa, por parte de las Juntas Administradoras, o en virtud de contratos celebrados al efecto, de conformidad con las apropiaciones presupuestales y compromisos contractuales; reitera la atribución de los Municipios y el Distrito Especial sobre dotación y mantenimiento de los escenarios deportivos de educación física y de recreación, cuya construcción se realice con posterioridad a la vigencia del Decreto y la de Coldeportes y las Juntas Administradoras Seccionales sobre mantenimiento de los escenarios que a la fecha de publicación del Decreto 77 eran de su dominio o posesión.

Suprimida por los artículos 23 y 30 del decreto 77 de 1987 la competencia de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes para realizar la construcción de instalaciones deportivas, de educación física y de recreación, en sus correspondientes jurisdicciones y subsistiendo sólo la posibilidad de concluir construcciones ya iniciadas por parte de tales Juntas, la de Antioquia carece de competencia para iniciar la obra que se propuso construir en predios de la unidad deportiva “Atanasio Girardot”, propiedad del Municipio de Medellín, pues, “lo que queda faltando, vale decir, la obra física del edificio”, compete ahora contratarla al Municipio, sin perjuicio de los contratos accesorios sobre planos y diseños celebrados por la Junta Administradora antes de la vigencia de la Ley 12 de 1986 (enero 12), y del decreto-ley 77 de 1987 (enero 15).

El objeto del contrato de comodato celebrado por la misma Junta con el Municipio de Medellín quedó sin efecto, al entrar en vigencia el citado Decreto pues la construcción en él prevista no puede ejecutarse directamente o contratarse por la Junta Administradora en razón de prohibición legal.

Como norma sobre competencia, la aplicación inmediata del Decreto-ley 77 de 1987 por parte de las entidades públicas prevalece sobre la ejecución de un contrato cuyo objeto, además, ya dejó de ser lícito, como que ahora involucra la usurpación de competencia de una de las partes en perjuicio de la otra, que la tiene asignada y no puede cederla o transferirla a su solo arbitrio.

Situaciones jurídicas que se derivan de normas de derecho público son susceptibles de modificaciones en el futuro y aún de ser extinguidas por obra de la voluntad legislativa, en aras del interés supremo de la colectividad.

La administración no puede hacer sino lo que la autorice o mande la ley y entre *sus facultades no figura la de convenir contractualmente* la permanencia de una norma legal o la de restar efecto general a la ley futura.

Ninguna facultad legal o contractual del Municipio de Medellín ni de la Junta Administradora de Deportes de Antioquia puede liberarlas de su obligación de aplicar en forma general, e inmediata la ley nueva.

No porque pueda asimilarse a instalación deportiva el albergue o edificio como tal proyectado, sino porque resulta imposible asimilarla a obra ya iniciada o en proceso de ejecución, deduzco la incompetencia de la Junta de Antioquia frente a la competencia del Municipio de Medellín y la inaplicabilidad del Decreto 0864 de 1987 respecto de una obra que está por iniciarse. La que ahora corresponda desarrollar, por razón del objeto, destinación de recursos y discriminación de éstos por concepto de la participación en el impuesto a las ventas, queda sujeta al programa de inversión que apruebe el Concejo Municipal. Dicho programa, anexo al proyecto de presupuesto municipal, ha de incluir la obra que se proyecta ejecutar con recursos provenientes de la participación en el impuesto a las ventas y la destinación de los recursos condicionados a gastos de inversión, ha de satisfacer la exigencia contenida en los artículos 7o. de la Ley 12 de 1986 y 251 del Código de Régimen Municipal, vale decir, que la destinación corresponda a "construcción, remodelación y mantenimiento de campos e instalaciones deportivas y parques".

El cumplimiento de dicho requisito lo verifica en definitiva la Oficina de Planeación Departamental y el Concejo Municipal no puede eliminar, reducir o cambiar las partidas de gastos propuestas por el Alcalde que se vayan a sufragar con recursos provenientes de la participación en el impuesto a las ventas, sobre los que verse el concepto de la correspondiente Oficina de Planeación.

El traslado o destinación de dichos recursos a fines diferentes de aquellos para los cuales han sido parcialmente asignados, lo prohíbe expresamente el artículo 97 del Decreto 77 de 1987, y las personas o funcionarios que lo

autoricen o permitan están sometidas a las mismas sanciones prescritas en la ley penal para los empleados oficiales que den a los bienes del Estado aplicación oficial diferente a quella a que están destinados. (Artículo 100 ibidem).

En conclusión de las consideraciones expuestas, estimo que la Junta Administradora de Deportes de Antioquia carece de competencia para construir directamente o en virtud de contratos el edificio a que se refiere la consulta de Coldeportes, vale decir, no puede destinar recursos a un fin que legalmente ya no le compete. Un contrato celebrado contra prohibición legal, por funcionario que carece de competencia resulta absolutamente nulo, y tales causales de nulidad no se sanean por ratificación de las partes.

Jaime Paredes Tamayo.

Bogotá, 21 de septiembre de 1987.

RIFAS ESPECIALES/IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS/PAGO/SUJETO PASIVO/IMPUESTO SOBRE RIFAS

La fuente del impuesto del 15 sobre el valor de todo premio de lotería o rifa es la ley (Leyes 69 de 1946 y 4a. de 1963), y el sujeto pasivo del impuesto es el ganador del premio. Solamente la ley podría exonerar al ganador del premio de lotería o rifa, del pago del impuesto respectivo. Por lo tanto, el decreto reglamentario de la ley creadora del impuesto, tampoco puede modificar el sujeto pasivo del mismo.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D.E., septiembre veintidos (22) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: CONSULTA sobre el pago de impuesto de ganadores de Rifas Especiales (Decreto 592 de 1976, artículos 8o. y 9o.). Radicado No. 153.

El señor Ministro de Salud, luego de hacer algunas consideraciones generales sobre el tema, formula a la Sala la siguiente consulta:

Se ajusta a los términos de los artículos 8o. y 9o. del decreto 592 de 1976, su interpretación en el sentido de permitir que las rifas o las entidades organizadoras de las rifas a que se refiere el decreto, paguen directamente el impuesto a ganadores de que trata el artículo 9o. del mismo decreto?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El decreto 592 de 1976, expedido por el gobierno nacional, tiene este título: "Por el cual se reglamentan algunas disposiciones sobre Rifas", y en sus artículos 8o. y 9o. dispone lo siguiente:

Artículo 8o.— Todo ganador, en cualquiera de las rifas de que trata el presente decreto, deberá pagar un impuesto equivalente al 150/o del valor de adquisición del premio obtenido, con destino al municipio donde se vendió la boleta ganadora.

Para los efectos del inciso anterior, cada entidad que haga alguna de dichas rifas deberá hacer sellar, en la respectiva alcaldía municipal, las boletas que serán ofrecidas en venta en el municipio. La omisión de este requisito dará lugar al decomiso de las boletas por la autoridad de policía.

Artículo 9o.— Las entidades a que se refiere este decreto, antes de entregar cada premio, deberán exigir al ganador una certificación en que conste que el municipio recibió el pago del impuesto. En caso de que el premio se entregue sin este requisito, la entidad de la cual dependa la rifa deberá pagar el impuesto directamente, dentro del mes siguiente a la entrega del premio.

El decreto comprende específicamente las rifas que se realicen por una cualquiera de las tres entidades siguientes: la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, la Asociación de Loteros Inválidos de Hansen y la Fundación de Hogares Juveniles Campesinos.

2. La autorización otorgada por la ley a cada una de las entidades mencionadas, para establecer una lotería o hacer una rifa anual, corresponde a los antecedentes que se enuncian a continuación:

a) La ley 2a. de 1964 autorizó a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja para establecer una lotería con premios en dinero.

b) La ley 2a. de 1970 autorizó para hacer una rifa anual a la Asociación Nacional de Loteros Inválidos de Hansen. Y,

c) La ley 2a. de 1975 autorizó a la Fundación Hogares Juveniles Campesinos para hacer una rifa anual.

3. Respecto de las *loterías*, la ley que se considera como la fuente de la moderna reglamentación sobre la materia, es la ley 64 de 1923, según la cual el establecimiento de loterías con premios en dinero es función de los Departamentos, los cuales deberán destinar su producto a la asistencia pública.

En tal sentido, las loterías constituyen una actividad comercial organizada con carácter de monopolio en favor de los Departamentos y con el objeto de que éstos puedan recaudar "arbitrios rentísticos". Su fundamento jurídico se encuentra entonces en el artículo 31 de la Constitución Política, de conformidad con el cual "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley".

4. Respecto de las *rifas*, la ley 19 de 1932, artículo 3o., dispuso que ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender billetes fraccionados, ni repartir ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente.

La prohibición de rifas con premios en dinero fue reiterada por el decreto 537 de 1974 (reglamentario de las leyes 12 y 19 de 1932, 58 de 1945, 69 de 1946, 33 de 1948 y 4a. de 1963), precisando que se exceptúan los sorteos de premios en dinero realizados por las loterías oficiales, los juegos, las apuestas y los sorteos de documentos autorizados por la ley. Al mismo tiempo, definió de la manera siguiente el vocablo rifa:

Toda oferta para sortear uno o varios bienes o premios entre varias personas que compren o adquieren el derecho de participar en el resultado del sorteo o sorteos, al azar, en una o varias oportunidades.

El artículo 4o. del mencionado decreto (el 537 de 1974) reiteró asimismo que toda rifa deberá pagar al municipio que otorgue el permiso los siguientes impuestos establecidos por leyes anteriores:

1. Un 15% sobre la totalidad del Plan de Premios cuyo valor sea superior a \$1.000.00 de conformidad con el artículo 5o. de la ley 4a. de 1963.
2. Un 10% sobre el valor total de la emisión a precio de venta para el público, de conformidad con el artículo 7o. de la ley 69 de 1946.

Al mismo municipio y para la correspondiente Sociedad de Mejoras Públicas —agregó el citado artículo 4o. en el párrafo—, deberá pagarse un 10% adicional sobre el valor del porcentaje autorizado como utilidad para quien realizará la rifa, de conformidad con el artículo 5o. de la ley 33 de 1948.

5. El origen del denominado impuesto de ganadores es la ley 69 de 1946, en cuyo artículo 13 se dispuso en relación tanto con loterías como rifas:

Todo premio de rifa o lotería cuya cuantía total exceda de un mil (\$1.000.00) pesos, tendrá un impuesto adicional de un diez por ciento (10%) sobre su valor.

El indicado porcentaje fue aumentado al quince por ciento (15%) por el artículo 5o. de la ley 4a. de 1963.

6. Por diversas leyes, tal como se dejó indicado en el párrafo 2, la Cruz Roja Colombiana, la Asociación Nacional de Loteros Inválidos de Hansen y

la Fundación de Hogares Juveniles Campesinos, fueron autorizadas, la primera para establecer una lotería, y las dos últimas para hacer sendas rifas anuales “sin sujeción a las disposiciones nacionales sobre rifas”

De conformidad con el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala Plena de fecha 16 de noviembre de 1978 (Magistrado Ponente: Doctor Hernando Tapias Rocha), el Congreso no procedió en los casos excepcionales indicados con fundamento en el artículo 31 de la Constitución Política, que para favorecer a personas particulares de manera exclusiva y excluyente alude al privilegio, “forma de monopolio” limitado en su concesión a inventos útiles y vías de comunicación, sino que el órgano legislativo obró con el propósito de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, es decir, con base en los artículos 76, numeral 20, y 78 numeral 5o., de la Carta Fundamental.

7. El decreto 592 de 1976 reglamenta precisamente las disposiciones relacionadas con las rifas que efectúan la Cruz Roja Colombiana, la Asociación de Loteros Inválidos de Hansen y la Fundación Hogares Juveniles Campesinos, cuyos planes de premios y presupuestos de las rifas autorizadas a tales entidades, somete a la aprobación del Ministerio de Salud, previamente a su publicidad y realización.

Cuando el artículo 8o. alude al impuesto equivalente al 150/o del valor de adquisición del premio obtenido, está refiriéndose al mismo impuesto creado por el artículo 13 de la ley 69 de 1946 sobre el 100/o del valor de “todo premio” (aumentado al 150/o por el artículo 5o. de la ley 4a. de 1963 y que el artículo 4o. del decreto 537 de 1974 hace recaer sobre “la totalidad del Plan de Premios”). Se trata, por tanto, del denominado impuesto de ganadores.

8. El Impuesto del 150/o en las rifas que realizan la Cruz Roja Colombiana, la Asociación de Loteros de Hansen y los Hogares Juveniles Campesinos, deberá ser pagado por *todo ganador* de dichas rifas y con destino “al municipio donde se vendió la boleta ganadora”.

Para el efecto indicado, corresponde a la respectiva entidad hacer sellar, en la alcaldía correspondiente, las boletas que serán ofrecidas en venta en el municipio, pues de lo contrario las autoridades locales de policía podrán proceder a su decomiso.

9. Como consecuencia de lo expuesto en el numeral anterior, antes de entregarse cada premio la entidad que organizó la rifa deberá exigir al ganador una certificación en que conste que el municipio recibió el pago del impuesto.

El sujeto pasivo del impuesto es el ganador del premio y por eso se exige que, antes de la entrega de éste, sea presentada por el ganador la

certificación en que conste que el municipio recibió el valor correspondiente al 15% del valor del premio obtenido.

De no existir esta obligación perentoria, la persona ganadora podría aludir el pago del impuesto.

10. La intención del legislador es la de convertir al ganador de la rifa en la persona directamente obligada al pago del gravamen. Pero en defensa de los derechos fiscales del municipio establece una obligación subsidiaria para la entidad organizadora y responsable del sorteo, consistente en que si el premio se entrega sin dicho requisito, deberá pagar el impuesto municipal dentro del mes inmediatamente siguiente.

11. El artículo 8o. del decreto 592 de 1976 no admite dudas en cuanto a la persona obligada de manera principal y directa al pago del gravamen: es *todo ganador* de una cualquiera de las rifas que el mismo decreto reglamenta. De ahí la denominación de impuesto de ganadores que le han dado estudiosos de la materia.

El artículo 9o. del decreto 592 de 1976, por su parte, no hace sino completar la obligación respecto del pago del impuesto y precaver los derechos que por tal concepto le corresponden al municipio donde se vendió la boleta ganadora. Por eso, tras expresar que la entidad que hace la rifa *deberá exigir al ganador* la certificación correspondiente sobre el pago del impuesto al municipio, procede a llenar un eventual vacío en el cumplimiento de la obligación fiscal: en caso de que el premio se entregue sin este requisito..., entonces entrará a responder frente al municipio la entidad que hizo la rifa, procediendo a pagar el impuesto directamente, dentro del mes siguiente a la entrega del premio.

Permitir, pues, a las entidades organizadoras de las rifas a que se refiere el decreto 592 de 1976 que ofrezcan premios libres de impuesto y por este medio procurar aumentar la venta y aceptación por el público de la respectiva rifa —so pretexto de cancelación directa por las mismas del respectivo impuesto—, equivaldría a invertir los términos de la obligación tributaria y, en la práctica, a exonerar al ganador del pago del impuesto.

12. Se reitera finalmente por la Sala, que la fuente del impuesto del 15% sobre el valor de todo premio de lotería o rifa, es la ley (Leyes 69 de 1946 y 4a. de 1963), y el sujeto pasivo del impuesto es el ganador del premio.

Solamente la ley podría exonerar al ganador del premio de lotería o rifa, del pago del impuesto respectivo.

Por tanto, el decreto reglamentario de la ley creadora del impuesto, tampoco puede modificar el sujeto pasivo del mismo.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

EMPLEADO OFICIAL/CALZADO Y VESTIDO DE LABOR— Improcedencia/ACTO GENERAL/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO

Si mediante Resolución No. 1736 de 17 de junio de 1986, se reconoció a los Trabajadores del Instituto Nacional de Transporte —INTRA— que, según la consulta en consideración, tienen el carácter de empleados públicos, la prestación prevista por el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984 y mediante Resolución No. 2110 de 8 de septiembre del mismo año, se aclaró "... en el sentido de que no se concediese dicha prestación sino a quienes realizan determinadas actividades relacionadas con aseo, celaduría, mensajería y conducción", es decir, a trabajadores oficiales, resulta manifiesta la oposición a la ley de una y otra de tales resoluciones y la revocación de éstas puede cumplirse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, por el mismo funcionario que las haya expedido, ya que ni a los empleados ni a los trabajadores oficiales del INTRA es aplicable el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984 sino exclusivamente a los trabajadores particulares. Además no es competencia del Director del INTRA la expedición de actos de contenido prestacional. Como se trata de actos de carácter general, pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito que requiere el artículo 73 del C.C.A., cuando se trate de situaciones jurídicas de carácter particular.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Obras Públicas y Transporte.
Radicación: No. 159.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte envió a la Sala la siguiente consulta:

“Si el Artículo 7o. de la Ley 11 de 1984, modificatorio del Artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo, es aplicable a los Trabajadores del Instituto Nacional del Transporte —INTRA—, los cuales son empleados públicos; la referida norma establece: “Suministro de calzado y vestido de labor. Todo Patrono que habitualmente ocupe uno (1) o más Trabajadores permanentes, deberá suministrar cada cuatro (4) meses en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor al Trabajador, cuya remuneración mensual sea hasta de dos (2) veces el salario mínimo más alto vigente. Tiene prestación el Trabajador que en las fechas de entrega de calzado y vestido, haya cumplido más de tres (3) meses al servicio del empleador.

En una Administración anterior, a través de la Resolución No. 1736 del 17 de julio de 1986, se reconoció a los Empleados del INTRA dicha dotación, de que trata el Artículo 7o. de la ley 11 de 1984, para todos los que devengasen hasta dos (2) salarios mínimos, pero a su vez la Resolución No. 2110 del 8 de septiembre del mismo año, aclara la misma en el sentido de que no se concediese dicha prestación sino a quienes realizaran determinadas actividades relacionadas con aseo, celaduría, mensajería y conducción; por lo cual se pregunta en igual forma: Si dichas resoluciones son legales, peor en el evento de que no lo fueran si se pueden revocar por la Administración, ambas en forma directa, a pesar de que se haya propuesto un recurso de revocatoria directa contra la Resolución aclaratoria de la número 1736 de 1986”.

CONSIDERACIONES:

El suministro de calzado y overoles para los trabajadores figuraba como prestación en el Capítulo IV, del Título VIII, Prestaciones Patronales Comunes del Código Sustantivo del Trabajo, y lo imponían al patrono los artículos 230, 232 y 233 los cuales modificó el Decreto 147 de 1958 y derogó el artículo 4o. de la Ley 3a. de 1969 previo establecimiento de la misma prestación en sus tres primeros artículos. Estos los sustituye la Ley 11 de 1984, por la cual se reforman algunas normas de los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo y se deroga expresamente el artículo 231 del primero de tales códigos. Sigue vigente el artículo 234 que prohíbe a los patronos pagar en dinero la prestación en referencia.

Determinante exclusiva de tales reformas ha sido la coordinación de los factores cuantitativos de la prestación con el valor de los salarios mínimos de los trabajadores que a ella tienen derecho.

De conformidad con el artículo 4o. del Código Sustantivo del Trabajo, “las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración

pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten”.

Con ninguno de estos estatutos especiales tiene relación la ley que prevé el suministro de calzado y vestido de labor, sino, según queda dicho, con los artículos 230, 232 y 233 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto regulan una de las materias por él contempladas, relativas todas, por lo demás, a los derechos individual y colectivo del trabajo que rigen la relación entre patronos y trabajadores particulares.

“Las disposiciones de este Código, contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores”. (Artículo 34 *ibidem*).

Las prestaciones sociales de los empleados públicos del sector nacional, que comprende el INTRA, como establecimiento público de tal orden, son exclusivamente los establecidos por el Decreto-ley 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985. Las mismas prestaciones corresponden a los trabajadores oficiales y las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia (Artículos 3o. y 5o. D.L. 1045 de 1978).

Las disposiciones del Decreto-ley 3133 de 1968, de las normas que la adicionan y reforman y las del Decreto-ley 1045 de 1978 constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores oficiales (artículo 4o. *ibidem*).

Y la regla general sobre el carácter de empleados públicos que tienen los servidores del INTRA la determinan sus estatutos en el artículo 34, a cuyo tenor “las personas que presten sus servicios al INTRA tendrán el carácter de empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas dedicadas a labores de aseo, vigilancia, celaduría y choferes”. (Acuerdo de la Junta Directiva No. 35 de 1985, aprobado por Decreto 2623 de 1985).

“La adopción de la planta de personal y el señalamiento de las primas técnicas corresponden a la Junta Directiva; el ejercicio de tales funciones requiere para su validez aprobación del Gobierno Nacional” (artículo 14 *ibidem*).

Si mediante Resolución No. 1736 de 17 de junio de 1986, se reconoció a los Trabajadores del Instituto Nacional del Transporte –INTRA– que, según la consulta en consideración, tienen el carácter de empleados públicos, la prestación prevista por el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984 y mediante

Resolución No. 2110 de 8 de septiembre del mismo año, se aclaró "... en el sentido de que no se concediese dicha prestación sino a quienes realizaran determinadas actividades relacionadas con aseo, celaduría, mensajería y conducción", es decir, a trabajadores oficiales, resulta manifiesta la oposición a la ley de una y otra de tales resoluciones y la revocación de éstas puede cumplirse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, por el mismo funcionario que las haya expedido, ya que ni a los empleados ni a los trabajadores oficiales del INTRA es aplicable el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984 sino exclusivamente a los trabajadores particulares. Además no es competencia del Director del INTRA la expedición de actos de contenido prestacional.

Como se trata de actos de carácter general, pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito que requiere el artículo 73 del Código citado, cuando se trate de situaciones jurídicas de carácter particular. Y no es óbice alguno para revocarlos en cualquier tiempo la solicitud de revocación ya formulada, sea o no coincidente su fundamento con el que este caso presupone: la manifiesta oposición a la ley de las resoluciones expedidas y la incompetencia del Director del INTRA para proferirlas.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION/ENTIDAD PUBLICA/ CAUCION

La caución (artículo 200 y 201 del C.C.A.) tiene una doble finalidad: a) Sirve como condición, requisito o presupuesto para formular el recurso de anulación. Pero con ese alcance no tendrá que presentarla sino el particular y eso para garantizar las costas y perjuicios que cause a la otra parte con el recurso. b) Sirve para impedir el cumplimiento de las sentencias porque el recurso no suspende de los efectos de ésta. En este caso tanto la entidad como el particular tendrían que otorgar caución. En otros términos, si la administración formula el recurso y no quiere oponerse, o no está interesada en evitar el cumplimiento del fallo, no tendría que otorgar caución.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D.E., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Hacienda y Crédito Público.
Radicación: No. 155.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en Oficio No. 0557, envió a la Sala la siguiente consulta:

“En mi calidad de Ministro de Hacienda y Crédito Público, de manera muy comedida me permito solicitar emitir concepto acerca de si la Administración debe prestar caución para obtener la suspensión de los efectos de una sentencia cuando ha interpuesto recurso extraordinario de anulación contra ésta; o si, por el contrario, la sola interposición del recurso, determina la suspensión de tales efectos por no ser un particular el recurrente.

Motivan la presente consulta, los siguientes elementos de juicio:

El artículo 200 del Código Contencioso Administrativo establece la necesidad de otorgar caución solo para los particulares. El artículo 201 de la misma obra, al remitir expresamente el "artículo anterior", supedita la suspensión del cumplimiento del fallo, al otorgamiento de esa garantía.

De lo anterior, se derivaría que no hay norma que imponga a las entidades públicas, la condición de prestar caución para obtener la suspensión de los efectos de la sentencia que se impugna en forma extraordinaria.

La caución se estableció "para garantizar los perjuicios y las costas que se causen" según lo dispuso el citado artículo 200, pero es bien sabido que los entes administrativos no pueden ser condenados en costas y, en cuanto a los perjuicios, su resarcimiento se halla de sobra garantizado; pues según el último inciso del artículo 177 del mismo código, a partir de la ejecutoria del fallo se pagarán intereses que a los seis meses empiezan a ser moratorios; y si se trata de materia laboral, el pago de sueldos se entenderá hasta cuando se produzca el reintegro, si fuere el caso, de tal modo que si este opera después de que un recurso de anulación es decidido desfavorablemente a la Administración, el interesado recibirá todos sus salarios y ningún perjuicio.

Teniendo en cuenta que es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien tiene a su cargo el pago de sentencias a cargo de la Nación, reitero la importancia de conocer la opinión de la Sala".

CONSIDERACIONES:

El efecto inicial de la sentencia cuya anulación se solicita es su ejecución, ya que una vez en firme debe comunicarse, con copia íntegra de su texto, a las autoridades correspondientes para que puedan cumplir en forma completa la condena. (Artículos 173, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo).

Y el efecto del recurso de anulación no es incompatible con el de la sentencia impugnada en cuanto no suspende el cumplimiento de la misma, como prevé el artículo 201 del Código citado, "salvo que se haya prestado la caución de que trata el artículo anterior".

La excepción aquí establecida tiene pues referidos su alcance y extensión a los términos del artículo 200, que obliga a prestar la caución que el ponente señale, para garantizar perjuicios y costas que se causen sólo cuando sea un particular quien solicite la anulación de la sentencia.

Cumpliendo esta obligación garantiza el recurrente particular los perjuicios y costas que se causen con el recurso, si aquél no prospera y queda así

remitido el efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia en los términos restrictivos en que se funda la excepción.

En cambio, cuando el recurrente es la entidad pública el efecto inicial de la sentencia no se altera con su solicitud de anulación por cuanto la interposición del recurso no implica la suspensión de los efectos de la sentencia a menos, que el ente público quiera suspenderlos, caso en el cual deberá otorgar caución, pero solo para este efecto.

La caución (artículos 200 y 201 del C.C.A.) tiene una doble finalidad:

a) Sirve como condición, requisito o presupuesto para formular el recurso de anulación. Pero con ese alcance no tendrá que prestarla sino el particular y eso para garantizar las costas y perjuicios que cause a la otra parte con el recurso.

b) Sirve para impedir el cumplimiento de las sentencias (artículo 201) porque el recurso no suspende los efectos de ésta. En este caso tanto la entidad como el particular tendrían que otorgar caución.

En otros términos, si la administración formula el recurso y no quiere oponerse, o no está interesada en evitar el cumplimiento del fallo, no tendría que otorgar caución.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION SUPERIOR/FUNCION SOCIAL/
Facultades/DELEGACION DE FUNCIONES/PRESIDENTE DE LA REPUB-
BLICA—Facultades**

La Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social. Su prestación está a cargo del Estado y de los particulares que reciban autorización de éste (artículo 2o. del Decreto 80 de 1980). Corresponde al ICFES, por atribución expresa, la suprema inspección y vigilancia de las personas jurídicas de educación superior que prestan dichos servicios, públicas o privadas, que tengan existencia legal. Dicha entidad como todas las de derecho público solo pueden ejercer las funciones que el orden jurídico le haya asignado, es decir que su competencia debe ser determinada, directa y no implícita, analógica o indirecta. Así entonces, no le corresponde directamente la intervención, por competencia legal, porque las personas naturales o jurídicas de la consulta no son de la Educación Superior, no están comprendidas en su ámbito legal. En tales circunstancias, como es el Presidente de la República a quien corresponde como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, es de su atribución que podrá delegar conforme al artículo 135 de la Carta, en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores, inspeccionar y sancionar a aquellas personas naturales o jurídicas que sin ser de educación superior, invadan la órbita de acciones del ICFES al estar ofreciendo y desarrollando programas de naturaleza post-secundaria sin contar con las autorizaciones legales. Existen al respecto normas atribuidas al Ministerio de Educación Nacional y a las Secretarías de Educación Departamentales, Municipales y del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Facultad del ICFES para inspeccionar y sancionar a personas naturales o jurídicas dedicadas a la educación superior sin autorización legal.

Radicación No. 168.

El Señor Ministro de Educación Nacional Antonio Yepes Parra formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación expone:

El artículo 41 de la Constitución Política de Colombia garantizó la libertad de enseñanza, teniendo el Estado la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos o privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

A través de la Ley 8 de 1979 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, entre otros propósitos, con el fin de definir la naturaleza del sistema de Educación Post-Secundaria tanto pública como privada en orden a lograr unificar el régimen y los programas para que exista armonía entre todos los centros educativos del Sistema y las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia del funcionamiento de los mismos.

El Decreto-Ley 80 de 1980, expedido en ejercicio de las facultades constitucionales conferidas por la Ley 8 de 1979, define en su artículo 12 qué se entiende por Educación Superior. El artículo 17 denomina como establecimiento, entidad o institución de educación superior aquéllos que, cumpliendo con las exigencias legales, adelanten programas en las modalidades técnica profesional, Tecnológica, Universitaria y Avanzada o de Post-grado. A su vez el artículo 22 *ibídem* señala claramente cuáles son los objetivos del Sistema de Educación Superior.

El Título Sexto del mencionado Decreto-Ley 80 de 1980 trata el aspecto relativo a la inspección y vigilancia de la educación superior, desarrollo del principio constitucional contenido en el artículo 41, determinado en el artículo 183 que la inspección y vigilancia tiene por objeto procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

A través de este título se restringió el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia, a las instituciones oficiales y no oficiales de educación superior, tal como reza el artículo 182.

Tanto el artículo 186 del Decreto-Ley 80 de 1980 como los artículos 2, letra e) y 7 del Decreto 2724 del mismo año previenen la posibilidad de

sancionar a las personas naturales, por violación de las normas sobre educación superior, es decir, deja de lado el concepto de institución pública o privada de educación superior como sujeto activo de la posible infracción legal.

Como colorario de lo anteriormente expresado permite la ley, a través de la letra b. del artículo 15 del Decreto 2799 de 1980, inhabilitar como fundadores de entes jurídicos de educación superior, a aquéllas personas que hubiesen ofrecido u ofrezcan, sin la correspondiente autorización del Estado, programas en las modalidades educativas del Decreto-Ley 80 de 1980, retomado además en la letra a) del mismo artículo 15, la inhabilidad plasmada en el artículo 186 del Decreto citado atrás.

Sobre el sentido y alcance de las comentadas disposiciones han surgido serias dudas que pueden resumirse en dos corrientes de opinión así:

La primera que considera que el ICFES, como inmediato colaborador del Gobierno Nacional en el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia sólo puede desarrollar su acción en torno a las personas jurídicas constituidas como entidades de educación superior públicas u oficiales, porque expresamente así lo dispone el artículo 182 del Decreto-Ley 80 de 1980.

La otra corriente de opinión considera que en consideración al fin que se busca con el ejercicio de la inspección y vigilancia, es viable ejercitar la misma sobre aquéllas personas naturales que directamente o a través de persona jurídica que sin ser de educación superior invaden este campo, al estar ofreciendo y desarrollando actividades del nivel post-secundarios, sin contar con las autorizaciones previas del caso por parte del Estado, tal como se colige de los artículos 186 del Decreto Ley 80 de 1980, en concordancia con el artículo 15, literales a. y b. del Decreto 2799 y 7 del Decreto 2724 ambos de 1980.

Se pregunta:

¿Puede el ICFES, como colaborador del Gobierno Nacional en el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia, inspeccionar y sancionar de acuerdo con sus facultades, a aquéllas personas naturales o jurídicas que sin ser de educación superior, invadan su campo de acción al estar ofreciendo y desarrollando programas de naturaleza post-secundaria sin contar con las autorizaciones legales?

En caso negativo, ¿quién sería el competente para inspeccionar y sancionar ese tipo de personas o entidades?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o.— El artículo 41 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de enseñanza. Pero el Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

2o.— Para cumplir los anteriores objetivos, en cuanto a Educación Post-Secundaria o Superior tanto pública como privada, el Gobierno Nacional, con base en la Ley de facultades 8 de 1979, expidió el decreto-ley 80 de 1980, reglamentado por los decretos 2724 y 2799 también de 1980.

El citado decreto-ley denomina como establecimientos, entidades o instituciones de educación superior aquellos que, cumpliendo con las exigencias legales, adelantan programas en las modalidades educativas de Formación Intermedia Profesional, Formación Tecnológica, Formación Universitaria y Formación Avanzada o de Postgrado. (artículos 16 - 17). Están, igualmente, definidos los objetivos del Sistema de Educación Superior. (artículo 22).

3o.— Sin perjuicio de la facultad que para dirimir, reglamentar o inspeccionar la instrucción pública nacional corresponde al Presidente de la República, la suprema inspección y vigilancia de las instituciones de educación superior, oficiales y no oficiales, que al Estado le asigne el artículo 41 de la Constitución Política, será ejercida por el Gobierno Nacional, con la inmediata colaboración del ICFES. (artículo 182).

4o.— Respecto de las instituciones que violen las normas de educación superior, se establecen sanciones aplicadas según la naturaleza y gravedad de la falta: la amonestación, por el Director del ICFES; las multas, por la Junta Directiva del ICFES, y la suspensión y cancelación de personería jurídica, por el Ministerio de Educación Nacional. (artículo 184)

Las personas naturales son sancionables con amonestación y multas (art. 184). Cuando fueren sancionadas con multas y persistan en la infracción de las normas de educación superior, quedarán inhabilitadas para ejercer cualquier empleo oficial y para participar en la creación o constitución de instituciones educativas. El periodo de inhabilidad se extenderá hasta los dos (2) años subsiguientes a la fecha de cancelación de la última multa impuesta. (artículo 186)

5o.— El decreto reglamentario 2724 de octubre 10 de 1980 dispone que la inhabilidad de que trata el artículo 186 del decreto-ley 80 de 1980, será declarada por la Junta Directiva del ICFES cuando una persona natural haya sido sancionada con dos o más multas y persista en la infracción de las

normas de educación superior. La persistencia en la infracción puede no recaer sobre la misma norma. (artículo 7)

6o.— También el decreto reglamentario 2799 de octubre 21 de 1980, sobre régimen de las instituciones no oficiales de educación superior, preceptúa que no se podrá reconocer personería jurídica a entidades de las cuales forman parte como fundadores personas que se encuentran inhabilitadas de acuerdo con el artículo 186 del decreto-ley 80 de 1980 o que hayan ofrecido u ofrezcan sin la correspondiente autorización del Estado, programas en las modalidades ejecutivas a que se refiere el precitado decreto. (artículo 15)

7o.— En la situación planteada hay que tener de presente que la Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social. Su prestación está a cargo del Estado y de los particulares que reciban autorización de éste. (artículo 2 decreto 80 de 1980) Corresponde al ICFES, por atribución expresa, la suprema inspección y vigilancia de las personas jurídicas de educación superior que prestan dichos servicios, públicas o privadas, que tengan existencia legal. Dicha entidad, como todas las de derecho público sólo puede ejercer las funciones que el orden jurídico le haya asignado, es decir que su competencia debe ser determinada, directa, y no implícita, analógica o indirecta. Así entonces, no le corresponde directamente la intervención, por competencia legal, porque las personas naturales o jurídicas de la consulta no son de la Educación Superior, no están comprendidas en su ámbito legal.

8o.— En tales circunstancias, como es al Presidente de la República a quien corresponde como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional (C. Nal. artículo 120, numeral 12), es de su atribución, que podrá delegar conforme al artículo 135 de la citada Carta, en los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores, inspeccionar y sancionar a aquellas personas naturales o jurídicas que *sin ser de educación superior*, invadan la órbita de acción del ICFES al estar ofreciendo y desarrollando programas de naturaleza post-secundaria sin contar con las autorizaciones legales. Existen al respecto normas atribuidas al Ministerio de Educación Nacional y a las Secretarías de Educación Departamentos, Municipales y del Distrito Especial de Bogotá.

En los términos anteriores se absuelve así, la consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón*, *Humberto Mora Osejo*, (Ausente con excusa); *Jaime Paredes Tamayo*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

FONDO NACIONAL DE AHORRO/SEGURO DE VIDA/SEGURO DE INCAPACIDAD/CONTRATO DE MUTUO/RESPONSABILIDAD POR RIESGO/EXTINCION DE LA OBLIGACION

En la primera hipótesis, es obligación del Fondo Nacional de Ahorro de contratar un seguro que asuma los riesgos que pudiera llegar a afectar el beneficiario del crédito o al inmueble objeto de garantía, si por cualquier motivo esa entidad omitió cumplir su obligación contractual, debe responder al mutuario de los perjuicios que su omisión le irroge, salvo si existiere, un motivo que lo exonere de responsabilidad. Pero esto no implica que el Fondo Nacional de Ahorro deba asumir los riesgos que debieron ser asegurados: Si se obligó a contratar el seguro e incumplió su obligación, debe responder por los perjuicios, a menos que existiere causal exonerativa de la responsabilidad contractual. Esta se funda en que se estipuló que el mutuante tome a nombre del mutuario un seguro y en que aquél incumplió su obligación y le causó perjuicio. Pero el crédito otorgado por el Fondo Nacional de Ahorro, en sí mismo considerado, en esta hipótesis subsiste. En la segunda hipótesis, de una cláusula contractual que estipula que el Fondo Nacional de Ahorro "asumirá directamente" o contratará, por cuenta del mutuario, el seguro que cubra los indicados riesgos, si la mencionada entidad no toma éste, su omisión implica que asume directamente esos riesgos, por ejemplo, la muerte o la incapacidad total y permanente del deudor, en la hipótesis que se contempla, se extingue la obligación.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., veintiseis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta.

Radicación No. 064.

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

“1. El Fondo Nacional de Ahorro, Establecimiento Público adscrito a este Ministerio en cumplimiento de uno de los objetivos señalados en su norma de creación (Decreto No. 3118 de diciembre 26 de 1968), adelanta programas que contribuyen a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado otorgando créditos garantizados con hipoteca en primer grado a favor de la entidad.

“2. Los créditos así otorgados se encuentran amparados por riesgos que pudieren llegar a afectar al beneficiario del crédito o al inmueble objeto de garantía, los cuales son trasladados a una compañía de seguros legalmente autorizada.

“3. Sin embargo, durante el período comprendido entre el 16 de abril y el 22 de noviembre de 1985, el Fondo Nacional de Ahorro no contrató con compañía alguna los seguros de vida e incapacidad total del deudor, asumiendo directamente estos riesgos sin estar legalmente autorizada para ello.

“La anterior determinación tuvo su fundamento en el texto mismo de los contratos de mutuo suscritos en ese entonces entre la entidad y los beneficiarios de crédito los que establecían que el Fondo Nacional de Ahorro podía “trasladar total o parcialmente a su criterio los riesgos implícitos en el contrato, a una compañía de Seguros”.

“4. Es de anotar que en la cuota mensual que paga el deudor a la entidad, se encuentra involucrada la parte proporcional correspondiente a la prima de seguros.

“5. Durante el lapso citado en el numeral tercero (3o.) se presentaron varios decesos de afiliados, dando origen a las consiguientes reclamaciones; estando algunos de ellos al día en el pago de sus cuotas mensuales y presentándose mora en relación con otros.

“Como quiera que el ilustrado concepto de la Honorable Sala, se hace necesario con el fin de dilucidar el procedimiento a seguir en este caso, me permito formular la siguiente:

CONSULTA

“¿Debe el Fondo Nacional de Ahorro cancelar las obligaciones de los beneficiarios de crédito fallecidos durante el período comprendido entre el 17 de abril y el 22 de noviembre de 1985, toda vez que durante ese mismo lapso asumió directamente el riesgo?”.

La Sala considera y responde:

1o.) Con el objeto de absolver la consulta que hace a la Sala el señor Ministro de Desarrollo Económico, el consejero ponente solicitó al Fondo Nacional de Ahorro el envío, para conocimiento de la Sala, de los formularios de los contratos a que se refiere, los cuales se remitieron oportunamente. De ellos se infiere que el Fondo Nacional de Ahorro ha celebrado con los afiliados contratos de mutuo mediante los cuales les presta sumas de dinero con el objeto de que construyan o adquieran su vivienda, con la obligación recíproca de reintegrar esas sumas en cuotas mensuales, dentro de los plazos estipulados. Los mutuarios, para garantizar sus obligaciones, pignoran sus cesantías y constituyen hipotecas de primer grado sobre los correspondientes inmuebles. En la mayoría de los formularios enviados, seis en total, se contempla la cláusula mediante la cual se estipula que “el Fondo Nacional de Ahorro contratará con una compañía de seguros, legalmente autorizada para el efecto, seguros que cubran la existencia del presente crédito, los riesgos de muerte, incapacidad total y permanente del deudor y de incendio, rayo o terremoto que afecten al inmueble determinado en este instrumento. Es entendido que para el pago de las primas correspondientes, el Fondo Nacional de Ahorro cobrará a sus deudores hipotecarios, en la forma prevista en la cláusula anterior, un dos punto cuatro por ciento (2.40/o) anual sobre los saldos de sus deudas”. En cambio en uno sólo de los formularios obra la cláusula conforme a la cual “El Fondo Nacional de Ahorro asumirá directamente o contratará con una compañía de seguros, legalmente autorizada para el efecto, seguros que cubran durante la existencia del presente crédito los riesgos de muerte o incapacidad total y permanente del deudor, y el incendio y o rayo del inmueble determinado en este instrumento. Es entendido que para el pago de las primas correspondientes el Fondo Nacional de Ahorro cobrará a sus deudores hipotecarios, en la forma prevista en la cláusula anterior, un dos por ciento (2/o) anual sobre los saldos de sus deudas”.

2o.) Lo expuesto significa que la cláusula que motiva la consulta del señor Ministro de Desarrollo Económico estipula, por una parte, que el Fondo Nacional de Ahorro contrate un seguro, que cubra los indicados riesgos, a nombre y por cuenta del mutuario y, por otra, que la mencionada entidad puede asumir directamente esos riesgos, en ambos casos mediante el pago de un porcentaje del valor correspondiente a los saldos de la deuda.

3o.) En la primera hipótesis, obligación del Fondo Nacional de Ahorro de contratar un seguro que asuma los indicados riesgos, si por cualquier motivo esa entidad omitió cumplir su obligación contractual, debe responder al mutuario de los perjuicios que su omisión le irroge, salvo, si existiere, un motivo que lo exonere de responsabilidad. Pero esto no implica que el Fondo Nacional de Ahorro deba asumir los riesgos que debieron ser asegurados: si se obligó a contratar el seguro e incumplió su obligación, debe responder por los perjuicios, a menos que existiere causal exonerativa de la responsabilidad

contractual. Esta se funda en que se estipuló que el mutuante tome a nombre del mutuario un seguro y en que aquél incumplió su obligación y le causó perjuicio. Pero el crédito otorgado por el Fondo Nacional de Ahorro, en sí mismo considerado, en esta hipótesis subsiste.

En la segunda hipótesis, de una cláusula contractual que estipula que el Fondo Nacional de Ahorro "asumirá directamente" o contratará, por cuenta del mutuario, el seguro que cubra los indicados riesgos, si la mencionada entidad no toma éste, su omisión implica que asume directamente esos riesgos, con todas sus consecuencias jurídicas; es decir, que si sobreviene, por ejemplo, la muerte o la incapacidad total y permanente del deudor, en la hipótesis que se contempla, se extingue la obligación.

Transcribese al señor Ministro de Desarrollo Económico y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia en sendas copias auténticas.

Gonzálo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas*, Ausente con excusa legal; *Humberto Mora Osejo*, *Jaime Paredes Tamayo*.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Once (11) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992). Levantada la reserva según artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

CORPORACION NACIONAL DE TURISMO/Naturaleza Jurídica/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO—Procedencia

La Corporación Nacional de Turismo es una empresa industrial y comercial del Estado que desarrolla actividades de tal naturaleza y, además operaciones propias de las Corporaciones Financieras. No existe prohibición legal para que las actividades que cumple sean gravadas con el impuesto de industria y comercio sobre las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerza o realice en las respectivas jurisdicciones municipales y el 5 por 100 sobre los ingresos operacionales anuales liquidados el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al del pago, en su carácter de Corporación Financiera.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., agosto catorce (14) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: CONSULTA acerca de si la Corporación Nacional de Turismo, como empresa industrial y comercial del Estado, es sujeto del impuesto de industria y comercio.

Radicación No. 129.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, luego de hacer algunas explicaciones pertinentes, formula a la Sala la siguiente consulta:

¿La Corporación Nacional de Turismo, como empresa industrial y comercial del Estado, es sujeto del impuesto municipal de Industria y Comercio, en los términos de la ley 14 de 1983?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

De conformidad con el decreto 3018 de 1977, mediante el cual el gobierno nacional impartió su aprobación a los estatutos de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia (adoptados por medio del acuerdo No. 025 de 1977, de la Junta Directiva), la Corporación es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico; como tal dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley (artículo 1o.).

Sus *funciones*, enumeradas en el artículo 6o. del precitado decreto, son básicamente las siguientes:

- Promover el desarrollo turístico del país.
- Estudiar e identificar las necesidades de capacitación turística del país.
- Solicitar del gobierno la declaración acerca de recursos turísticos nacionales.
- Expropiar zonas u obras declaradas como recursos turísticos nacionales, previa aprobación del gobierno, impartida mediante resolución ejecutiva.
- Emitir y colocar Bonos según la autorización conferida por la ley 60 de 1968 y, de conformidad con la facultad que le otorga esta misma ley, realizar todas las actividades propias de las Corporaciones Financieras.
- Promover y otorgar créditos para fomento turístico.
- Construir directamente obras de interés turístico y administrarlas por sí o por medio de concesionarios.
- Participar en sociedades destinadas a la promoción del turismo colombiano. Y,
- Clasificar, reglamentar y vigilar los establecimientos que prestan servicios al turismo.

Respecto de su *patrimonio*, éste se encuentra constituido, entre otros rubros, por “el rendimiento de las operaciones que realice como empresa industrial y comercial y Corporación Financiera”. (Ibídem, artículo 25, numeral 4).

Ahora bien:

El legislador del año 1983, atendiendo recomendaciones formuladas por la Misión para el estudio de las finanzas intergubernamentales (conocida con el nombre de Misión Wiesner-Bird), reorganizó en favor de los municipios el impuesto de industria y comercio, mediante la ley 14 y sobre las siguientes bases:

1a. *Son gravables todas las actividades comerciales, industriales y de servicio* que se ejerzan o realicen por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos (ibídem, artículo 32).

2a. La *liquidación* del impuesto corresponde al promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas o sociedades a que se refiere el numeral anterior (Ibídem, artículo 33).

3a. *Del Promedio mensual de ingresos brutos se excluyen:* Devoluciones —ingresos provenientes de ventas de activos fijos y de exportaciones—, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios (Ibídem, artículo 33).

4a. Sobre la base gravable se aplicará la *tarifa* que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:

a) Del 2 al 7 por 1000 mensual para actividades industriales, y

b) Del 2 por 10 por 1000 mensual para actividades comerciales y de servicios. Y,

5a. Es también sujeto del impuesto de industria y comercio el *sector financiero*, constituido por los bancos, corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras, almacenes generales de depósito, compañías reaseguradoras, compañías de financiamiento comercial, sociedades de capitalización y los demás establecimientos de crédito que definan como tales la Superintendencia Bancaria e instituciones financieras reconocidas por la ley (artículo 41), de conformidad con la base impositiva de ingresos operacionales anuales que determinan los artículos 42 y siguientes de la ley 14 de 1983.

La norma general según la cual el impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre *todas* las actividades comerciales, industriales y de servicio, así como sobre las actividades del sector financiero (artículos 31 y 41), encuentra su excepción en dos materias, que son:

A. Las exenciones, y

B. Las prohibiciones.

A. *EXENCIONES*.— Los Concejos, mediante acuerdos aprobados en tres debates y sancionados por el alcalde respectivo, podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez (10) años y siempre que se obre en conformidad con los planes de desarrollo municipal. Esta atribución de los municipios se entiende sin perjuicio de que continúen vigentes las obligaciones contraídas por el Gobierno en virtud de tratados o convenios internacionales que haya celebrado o celebre en el futuro, y las contraídas por la Nación, los Departamentos o los Municipios, mediante contratos celebrados en desarrollo de la legislación anterior. (Ley 14 de 1983, artículos 38 y 39, numeral 1).

B. *PROHIBICIONES GENERALES*.— Además de subsistir la proveniente de la ley 26 de 1904, (prohibición a los departamentos y municipios de establecer con ningún nombre gravámenes sobre los artículos de cualquier género que transiten por su territorio, procedentes de otro departamento), se determinan en la ley 14 de 1983 las siguientes:

a) La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera o avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que éste sea.

b) La de gravar los artículos de producción nacional destinados a la exportación.

c) La de gravar con el impuesto de industria y comercio la explotación de canteras y minas diferentes de sal, esmeraldas y metales preciosos, cuando las regalías o participaciones para el municipio sean iguales o superiores a lo que corresponderá pagar por concepto del impuesto de industria y comercio. Y,

d) La de gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trate de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación por elemental que ésta sea.

B.1. PROHIBICIONES CON RESPECTO A DETERMINADAS ENTIDADES O ASOCIACIONES.— Igualmente la ley 14 de 1983 prohíbe gravar con el impuesto de industria y comercio a las siguientes entidades, establecimientos o asociaciones:

- Establecimientos educativos públicos
- Entidades de beneficencia, culturales y deportivas
- Sindicatos
- Asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro
- Partidos Políticos
- Hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud. (Todo según el artículo 39, numeral 2, literal d.)
- El Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA (Ibídem, artículo 39, literal f.).
- La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la Financiera Eléctrica Nacional (Ibídem, artículo 43, parágrafo).

CONCLUSIONES

La Corporación Nacional de Turismo es una empresa industrial y comercial del Estado que desarrolla actividades de tal naturaleza y, además, operaciones propias de las Corporaciones Financieras.

No existe *prohibición* legal para que las actividades que cumple sean gravadas con el impuesto de industria y comercio.

En consecuencia, deberá pagar el correspondiente impuesto de industria y comercio sobre las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerza o realice en las respectivas jurisdicciones municipales (artículo 32 y concordantes de la ley 14 de 1983) y el 5 por 1000 sobre los ingresos operacionales anuales liquidados el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al del pago, en su carácter de Corporación Financiera (artículo 43 de la ley 14 de 1983), ingresos representados por los siguientes rubros:

- A. Cambios – Posición y certificados de cambio
- B. Comisiones de operaciones en moneda nacional
de operaciones en moneda extranjera
- C. Intereses de operaciones en moneda nacional
de operaciones en moneda extranjera
de operaciones con entidades públicas
- D. Ingresos varios (Ley 14 de 1983, artículo 42, numeral 2).

Los ingresos operacionales generados por los servicios prestados a personas naturales o jurídicas se entenderán realizados en el Distrito Especial de Bogotá o en el municipio según el caso, donde opere la principal, sucursal, agencia u oficinas abiertas al público. Para estos efectos, la Corporación deberá comunicar a la Superintendencia Bancaria el movimiento de sus operaciones discriminadas por principales, sucursales, agencias, u oficinas abiertas al público que operen en municipios, o en el Distrito Especial de Bogotá (Ibídem, artículo 46), con el fin de que la Superintendencia informe a cada municipio y al Distrito Especial el monto de la base impositiva, para proceder al recaudo (Ibídem, artículo 47).

Remítase en copia auténtica al señor Ministro de Desarrollo Económico y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/PENSION DE JUBILACION—Compatibilidad

El educador oficial a quien se haga el reconocimiento de su pensión de jubilación y reciba por este concepto el pago respectivo, tiene derecho a continuar en el mismo cargo por el cual adquirió su status de pensionado, hasta los sesenta y cinco (65) años de edad de retiro forzoso, y no antes. La compatibilidad entre el goce de la pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, constituye un nuevo caso de excepción dentro de los contemplados por el artículo 64 de la Constitución, pues de acuerdo con esta norma es prohibido recibir más de una asignación del tesoro público. La incompatibilidad, solo se predica respecto de los cargos docentes a que se refiere el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, por expreso mandato de su artículo 70.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., agosto catorce (14) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: CONSULTA sobre el estado de jubilados de los docentes oficiales. Radicación No. 133.

El señor Ministro de Educación Nacional formula a la Sala la consulta concebida en los siguientes términos:

El docente oficial que se encuentre recibiendo mesadas por pensión de jubilación, tiene derecho a continuar en el mismo cargo por el cual adquirió su status de pensionado?

Previamente, y con miras a una mayor precisión en el asunto materia de la consulta, el señor Ministro transcribe las siguientes disposiciones legales:

El artículo 31 del decreto-ley 2277 de 1979, según el cual el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.

El artículo 124 del decreto 1950 de 1973, sobre el retiro del empleado social que reúna las condiciones legales para tener derecho a una pensión de jubilación o de vejez. Y,

El artículo 29 del decreto 2400 de 1968, de conformidad con el cual cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna las condiciones legales, el empleado con derecho a disfrutar de una pensión de jubilación.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

Una vez nacionalizada la enseñanza oficial, primaria y secundaria (ley 43 de 1975), el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante la ley 8a. de 1979, expidió el denominado *Estatuto Docente*.

El Estatuto Docente (decreto-ley 2277 de 1979), establece el régimen jurídico que regula las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente (excepto en el nivel superior) y que integran el Sistema Educativo Nacional.

En tres disposiciones que guardan coherencia entre sí (los artículos distinguidos con los números 31, 68 y 70), el Estatuto Docente define lo relacionado con la permanencia del educador en el servicio, el retiro del mismo y el goce de la pensión de jubilación.

La *permanencia* en el servicio está garantizada en los siguientes términos:

El Educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso. (artículo 31).

El *retiro* del servicio, que implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente, se produce por las siguientes causas, de conformidad con el artículo 68:

- a) Renuncia
- b) Invalidez absoluta

c) Edad (65 años)

d) Destitución, Y,

e) Insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón o de nombramientos ilegales.

Respecto de *pensiones*, el decreto 2277 de 1979 advierte que su reconocimiento y pago continuará sujeto al régimen especial vigente para los educadores oficiales (artículo 70). Y enseguida trae el siguiente principio fundamental:

El goce de la jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes.

Del anterior enunciado se exceptúan —es decir, existirá dicha incompatibilidad los siguientes cargos directivos (o que tengan funciones equivalentes) a que se refiere el artículo 32 del decreto 2277, salvo que se trate de educadores que en su fecha de expedición (14 de septiembre de 1979) estén disfrutando de la pensión de jubilación:

a) Director de escuela o concentración escolar;

b) Coordinador o prefecto de establecimiento;

c) Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media;

d) Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos; y,

e) Supervisor o inspector de educación.

El Estatuto en referencia denomina genéricamente *educadores* a las personas que ejercen la profesión docente (artículo 2o.) y dispone que los educadores oficiales, o sea aquellos que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son *empleados oficiales de régimen especial*. (Artículo 3o.).

El régimen especial para los educadores se justifica plenamente. A ellos corresponde una tarea nobilísima: la de transmitir cultura y educar a las nuevas generaciones. Su trabajo exige preparación, sacrificio y una verdadera vocación. Sin embargo, en países como el nuestro es mal remunerado, no siempre recibe su salario con puntualidad y se ve precisado a soportar las deficiencias de la organización estatal.

Conviene, pues, que al menos en las postrimerías de su ejercicio profesional, el educador reciba una justa compensación a sus esfuerzos. Que se

le involucre en un régimen jurídico no solamente especial sino también privilegiado, en relación con los demás empleados públicos.

El Estatuto Docente expedido en 1979 logra parcialmente ese objetivo. Garantiza a los educadores una estabilidad que les asegura la necesaria continuidad en el servicio, con sólo dos excepciones: la exclusión por causas graves del Escalafón Docente en el cual han sido clasificados de acuerdo con su preparación académica, experiencia docente y méritos reconocidos; y la circunstancia de llegar a la edad de retiro forzoso, fijada a los sesenta y cinco (65) años. De ahí las causales de retiro del servicio que enumera el artículo 68 ya mencionado, entre las cuales no se encuentra el adquirir el educador el estado de pensionado, precisamente en razón de la compatibilidad que establece el artículo 70 entre la jubilación y el ejercicio del empleo docente.

Por norma general, los *empleados oficiales* (es decir, los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social), tienen derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, cuando sirvan o hayan servido durante veinte (20) años continuos y lleguen a la edad de cincuenta y cinco (55) años, de conformidad con la reglamentación establecida en la ley 33 de 1985.

Por consiguiente, el educador oficial a quien se haga el reconocimiento de su pensión de jubilación y reciba por este concepto el pago respectivo, tiene derecho a continuar en el mismo cargo por el cual adquirió su *status* de pensionado, hasta los sesenta y cinco (65) años o edad de retiro forzoso, y no antes.

La compatibilidad entre el goce de la pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, constituye un nuevo caso de excepción dentro de los contemplados por el artículo 64 de la Constitución; pues de acuerdo con esta norma es prohibido recibir más de una asignación del tesoro público.

La incompatibilidad, como queda dicho, sólo se predica respecto de los cargos docentes a que se refiere el artículo 32 del decreto-ley 2277 de 1979, por expreso mandato de su artículo 70.

Queda claro, además, que las disposiciones mencionadas en la consulta y referentes al retiro de empleados oficiales del servicio (artículos 29 del decreto 2400 de 1968 y 124 del decreto 1950 de 1973), no son aplicables a los educadores oficiales.

SALA DE CONSULTA

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

LOTERIA—Gravamen/SORTEO EXTRAORDINARIO—Gravamen

Recae el gravamen de que trata el artículo 1o. de la Ley 133 de 1936 sobre la venta de los billetes de lotería de otros departamentos, y no sobre los títulos, pólizas o cupones que dan derecho al jugador a participar en los sorteos parciales a lo largo del año, como es el caso de los llamados sorteos extraordinarios. La norma es clara en el sentido de autorizar el gravamen únicamente sobre la venta de billetes de loterías de otros departamentos. El gravamen de que trata dicha norma no recae sobre el sistema que se utilice para la venta de billetes, sino sobre la venta misma. El gravamen a que se viene haciendo mención no puede recaer en forma alguna sobre los títulos, pólizas o cupones que dan derecho al jugador a participar en sorteos parciales y que los Sorteos Extraordinarios están obligados únicamente al pago del gravamen sobre el billete.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: CONSULTA. Los Sorteos Extraordinarios y el pago del diez por ciento (10%) del impuesto de loterías foráneas.

Radicación No. 172.

El Ministro de Salud José Granada Rodríguez, formula a la Sala la siguiente consulta previas las consideraciones que a continuación expone:

La Ley 64 de 1923, artículo 4o. dispuso: “Facúltase a los departamentos para prohibir y reglamentar las loterías en su territorio y para prohibir en

él la circulación y venta de billetes de loterías extranjeras o de las de otros departamentos o para gravarlas hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete. Este gravamen ingresará íntegramente al Fondo de la Beneficencia Pública”.

Posteriormente la Ley 133 de 1936, artículo 1o. faculta “a las Asambleas Departamentales para gravar hasta con un diez por ciento (10%) del valor nominal de cada billete y con destino exclusivo a la asistencia pública, la venta de billetes de loterías de otros departamentos”.

Mediante el Decreto 2000 de 1966 por el cual se dictan unas disposiciones sobre loterías dispuso: Artículo 5o.— “Las pólizas de clubes de loterías no podrán darse a la venta sin el previo pago de los impuestos correspondientes.

PARAGRAFO.— Para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, los servicios seccionales de salud harán conocer, por el medio más eficaz, a los recaudadores de impuestos en todo el territorio de la República, los nombres de los concesionarios vendedores de clubes”.

Artículo 6o. Ibídem: “Los Servicios Seccionales de Salud darán por terminado el contrato de concesión cuando comprueben que se han entregado o vendido billetes de loterías foráneas, sin el pago de los respectivos impuestos”.

Artículo 8o.: “Los contratos que se celebren para la distribución y venta de los billetes de loterías de los sorteos extraordinarios, de acuerdo con el artículo 4o. deberán establecer que el precio de venta al público de los mismos, no podrá exceder el valor nominal en más del veinte por ciento (20%) dentro del respectivo departamento o territorio, ni del treinta por ciento (30%) del mismo valor nominal, en el resto del país”.

El Decreto 2819 de 1966 aclara el Decreto 2000 del mismo año y reforma el artículo 8o. del mismo, en el sentido de que, donde quiera que se diga: Servicios Seccionales de Salud, se entenderá beneficencias o entidades similares e igualmente dispuso que: “Los contratos que se establecen para la distribución y venta de los billetes de lotería de Sorteos Extraordinarios por el sistema de clubes deben establecer que el precio de venta al público, por tal sistema, no podrá exceder del valor de venta al contado en más del treinta y cinco por ciento (35%) en el Distrito Especial de Bogotá, ni del cuarenta por ciento (40%) del mismo valor de contado, en el resto del país.

PARAGRAFO.— Los contratos a que se refiere este artículo se celebran entre los clubes concesionarios y las respectivas Beneficencias o Sociedades constituidas para celebrar los sorteos extraordinarios”.

Teniendo en cuenta los textos legales anteriormente transcritos, se deduce la obligación del pago del impuesto de loterías foráneas, en el porcentaje que cada asamblea fije sin que dicho valor sobrepase en ningún caso el diez por ciento (10%) del valor nominal del billete, trátese de loterías ordinarias o extraordinarias, sea su venta de contado o por el sistema de clubes, pólizas etc.

Sin embargo algunos representantes de los Sorteos Extraordinarios consideran que la interpretación anteriormente señalada, desborda el contexto de la regulación legal que rige la materia consultada, por lo cual para concretar a la Sala los términos de consulta, se puede sintetizar así:

“¿Deben los Sorteos Extraordinarios pagar el diez por ciento (10%) del impuesto de loterías foráneas en relación con los títulos, pólizas o cupones que dan derecho al jugador a participar en los sorteos parciales a lo largo del año?”

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El artículo 4o. de la ley 64 de 1923 facultó a los Departamentos para prohibir y reglamentar las loterías en su territorio, y para prohibir en él la circulación y venta de billetes de loterías extranjeras o de las de otros Departamentos o para gravarlas hasta con un diez por ciento (10 por 100) del valor nominal de cada billete. Este gravamen ingresará íntegramente al Fondo de la Beneficencia Pública.

2. La norma legal anterior fue expresamente modificada por el artículo 1o. de la ley 133 de 1936 al disponer que “Es libre, en todo el territorio de la República, la circulación y venta de loterías Departamentales o Municipales. En consecuencia, en ningún Departamento o Municipio se podrá impedir o estorbar la circulación y venta de loterías de otros Departamentos o Municipios.

Facúltase a las Asambleas Departamentales para gravar hasta con un diez por ciento (10 por 100) del valor nominal de cada billete, y con destino exclusivo a la Asistencia Pública, la venta de billetes de loterías de otros Departamentos.

3. En pasada oportunidad la Sala en concepto de marzo 2 de 1987, Radicación No. 094, expresó: “... del tenor literal del artículo 1o. de la ley 133 de 1936 se infiere sin dudas que fue la venta de billetes de lotería de otros Departamentos la señalada como objeto de gravamen que las Asambleas Departamentales podrían imponer, hasta en un diez por ciento (10 por 100) del valor nominal de cada billete, con destino exclusivo a la Asistencia Pública...”.

Recae el gravamen de que trata la norma en mención sobre venta de los billetes de lotería de otros departamentos, y no sobre los títulos, pólizas o cupones que dan derecho al jugador a participar en los sorteos parciales a lo largo del año, como es el caso de los llamados sorteos extraordinarios. La norma es clara en el sentido de autorizar el gravamen únicamente sobre la venta de billetes de loterías de otros departamentos.

4. Reafirman el criterio expuesto, los artículos 5o. y 6o. del decreto 2000 de 1966 al disponer que las pólizas de clubes de loterías no podrán darse a la venta sin el previo pago de los impuestos correspondientes y que los Servicios Seccionales de Salud (hoy entidades de beneficencia o similares) darán por terminado el contrato de concesión cuando comprueben que se han entregado o vendido billetes de loterías foráneas, sin el pago de los impuestos respectivos.

El gravamen de que trata el artículo 1o. de la ley 133 de 1936 no recae sobre el sistema que se utilice para la venta de billetes, sino sobre la venta misma.

5. Se tiene en conclusión, que el gravamen a que se viene haciendo mención no puede recaer en forma alguna sobre los títulos, pólizas o cupones que dan derecho al jugador a participar en sorteos parciales y que los Sorteos Extraordinarios están obligados únicamente al pago del gravamen sobre el billete.

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

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

MUNICIPIO—Creación

Las ordenanzas que formalizaron la creación de municipios están vigentes porque no fueron anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bien porque no se demandaron, o bien, porque habiendo sido demandadas, no se profirió sentencia definitiva que hubiera quedado en firme, antes de la promulgación de la Constitución nueva.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Validez de los Actos Creadores de Municipios (artículo 40 Transitorio de la Constitución Política).

Radicación No. 423.

El Ministro de Gobierno formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo siguiente,

“La Constitución Política, en su artículo 40 Transitorio establece:

“ARTICULO TRANSITORIO 40. Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990”.

De conformidad con el artículo transitorio se consulta:

a) ¿La norma transitoria cobija todos los actos creadores de municipios, con la única condición de que ellos hayan sido expedidos por las respectivas

Asambleas, con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, sin lugar a distinguir si las ordenanzas fueron anuladas o nó? ¿En estas condiciones, un municipio que dejó de existir por varios años, en razón a que la ordenanza que lo creó fue declarada nula, en aplicación del artículo 40 citado, recobra su vida jurídica y debe ser organizado y entrar en pleno funcionamiento?

b) ¿La norma transitoria contenida en el artículo 40 de la Constitución se puede aplicar también a los actos creadores de municipios que, habiendo sido demandados, la providencia que declara su nulidad, aún no se encuentra debidamente ejecutoriada, como ocurrió en el fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 14 de agosto de 1991?

c) ¿El artículo 40 Transitorio, se puede aplicar también, a las ordenanzas creadoras de municipios cuya nulidad se declaró mediante sentencia debidamente ejecutoriada, pero aún se encuentra pendiente algún recurso como el de anulación, que anteriormente existía, o el de súplica, o cualquiera otro que esté pendiente de decisión y que pudiera incidir en la validez del acto de creación del municipio, como ocurrió con el fallo del 4 de octubre de 1991, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE,

1. Uno de los elementos fundamentales para la existencia y la permanencia, de un estado de derecho, es la seguridad jurídica, estrechamente relacionada con las actividades legislativas y judicial, que deben permitir claridad, precisión y armonía respecto de las normas que rigen una sociedad para conseguir la convivencia pacífica de sus miembros.

En busca de esta finalidad, nuestro régimen normativo ha consagrado la firmeza de las decisiones judiciales. Esta se predica de las sentencias inimpugnables porque son el resultado final de un proceso, cuando ninguna otra decisión puede cambiarlas, siendo así procedente dar cumplimiento a lo decidido por el juez, sin posibilidad de continuar la controversia, para no hacer interminable la revisión de las sentencias y nugatoria la aplicación de la justicia.

2. Este principio de la firmeza de las sentencias judiciales se aplica a las decisiones definitivas de los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, cuando se decide sobre la legalidad de un acto administrativo, mediante una sentencia que declara su nulidad, basta que esta providencia quede ejecutoriada, para que el acto administrativo desaparezca de la vida jurídica.

3. De otra parte, surgen de manera excepcional los recursos extraordinarios de anulación y de revisión, el primero suprimido por el decreto-ley

597 de 1988, que se instauran contra sentencias ejecutoriadas. Con ellos se busca dejar sin efecto las sentencias en firme, mediante causales específicas previstas por la ley, pero no a través de un nuevo examen del asunto debatido en el proceso, sino con la confrontación de que la sentencia se profirió legalmente. De manera que la sentencia ejecutoriada conserva su firmeza,, a pesar de que se haya interpuesto contra ella recurso extraordinario de anulación o de revisión.

Sólo en el evento, de que la decisión acepte los cargos, y que el fallo invalide la sentencia impugnada y dicte la que corresponda, la firmeza de dicha sentencia dejaría de producir efectos jurídicos.

4. De conformidad con el artículo 130 del Decreto Ley 01 de 1984, el recurso extraordinario de súplica se podrá instaurar contra las sentencias proferidas por las seccionales del Consejo de Estado, "cuando sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación", dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia.

En este evento se está frente a sentencias no ejecutoriadas, sometidas a la decisión de la Sala Plena, que por lo mismo, no surte efectos hasta cuando se resuelva el mencionado recurso extraordinario.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes formulados por el Señor Ministro de Gobierno:

1. Cuando el artículo 40 Transitorio de la Nueva Constitución dispone que "son válidas las creaciones de municipios hechas por las asambleas departamentales antes del 31 de diciembre de 1990", se refiere a aquellas creaciones que están vigentes, es decir, que aunque adolecían de algún vicio, no fue declarada la nulidad por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo antes de la promulgación de la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada.

Significa lo anterior que, ordenanzas que formalizaron la creación de municipios están vigentes porque no fueron anuladas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, bien, porque no se demandaron, o bien, porque habiendo sido demandadas, no se profirió sentencia definitiva que hubiera quedado en firme, antes de la promulgación de la Constitución nueva.

Y es que, tal como se expresó, no puede interpretarse el artículo 40 Transitorio, como una convalidación de actos declarados nulos por los jueces contencioso-administrativos, mediante sentencia ejecutoriada, porque con ello atentaría contra la firmeza de las sentencias judiciales, y por ende, contra la seguridad jurídica, principio estructural de nuestro estado de derecho.

La Sala considera que no fue la intención de la Asamblea Constituyente, con ésta ni con ninguna otra disposición de la Constitución, generar una desintegración del orden jurídico. Por lo mismo, es claro que en el asunto estudiado, la Carta Política, se refiere a los municipios que existen, esto es, a aquellos respecto de los cuales las ordenanzas que los crearon mantienen su vigencia porque no fueron anulados definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es deducible de lo anterior que, los municipios que dejaron de existir porque las ordenanzas que los crearon fueron anuladas antes del 31 de diciembre de 1990, mediante sentencia ejecutoriada, no recobran su vida jurídica y no pueden ser reorganizados con base en las ordenanzas anuladas.

2. La norma Transitoria contenida en el artículo 40 de la Constitución, es aplicable a las ordenanzas que crearon municipios antes del 31 de diciembre de 1990 y que, habiendo sido demandadas, fueron declaradas nulas mediante providencias que no alcanzaron a quedar ejecutoriadas antes de la fecha mencionada. Estas decisiones no obtuvieron firmeza y eficacia, por lo mismo, las ordenanzas mantienen su validez por virtud del artículo 40 Transitorio de la Constitución.

3. Las previsiones del artículo 40 Transitorio de la nueva Constitución no pueden aplicarse a las ordenanzas creadoras de municipios cuya nulidad se declaró mediante sentencias debidamente ejecutoriadas, aunque contra ellas se haya interpuesto el recurso extraordinario de revisión, porque este se interpone contra sentencias ejecutoriadas, que conservan su firmeza aunque hayan sido impugnadas por este medio y, sólo, si el recurso prospera mediante sentencias ejecutoriadas, aquellas quedan invalidadas. Lo expuesto significa también que, de conformidad con el artículo 40 Transitorio de la Constitución, las Ordenanzas creadoras de municipios y dictadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1990 no pueden ser invalidadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, desde cuando fue promulgada la nueva Constitución.

En relación con el recurso extraordinario de súplica, este procede contra sentencias no ejecutoriadas de conformidad con el artículo 130 del Decreto-Ley 01 de 1984. Dichas providencias quedan en firme sólo cuando se resuelve el recurso. En consecuencia, las sentencias que declararon la nulidad de ordenanzas creadoras de municipios, respecto de las cuales se interpuso el recurso de súplica, antes del 31 de diciembre de 1990, no quedaron en firme y así las ordenanzas revisadas adquieren eficacia, por convalidación del artículo Transitorio 40 de la nueva Constitución.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el Ministro de Gobierno.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS—Destinación/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS—Participación

La participación de los Departamentos en el impuesto a las ventas, es una cesión que la Nación hace a estas entidades para que atiendan el pago de las prestaciones sociales del personal docente que labora en su jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto por las normas legales vigentes. Los recursos de los Departamentos o de las Cajas de Previsión Social Seccionales, provenientes de la participación en el impuesto a las ventas deben ser girados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el porcentaje que se establezca en los convenios celebrados entre el Gobierno Nacional y las respectivas entidades territoriales; el saldo o el porcentaje restante debe ser girado a las Cajas de Previsión Seccionales y destinarse para pagar las obligaciones asumidas por las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado a cargo de cada entidad territorial, y no para pagar prestaciones de los funcionarios administrativos del departamento o entidad territorial.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Recursos del Iva que se giran a los Departamentos, con destino a las Cajas de Previsión Social.

El Ministro de Gobierno formula a la Sala lasiguiente consulta:

“Antecedentes:

1) La Ley 43 de 1975 por medio de la cual la Nación asumió el pago de la educación primaria y por ende se nacionalizó la misma, en su art. 8o. estableció un porcentaje del 30% de participación en el Impuesto a las Ventas con destino a las Cajas de Previsión Social de los Departamentos, para que éstos atendieran directamente el pago de las prestaciones. Dicho porcentaje mediante Decreto Legislativo 232 de 1983 fue incrementado en el 3.50% con la misma destinación.

2) La Ley 12 de 1986 en su art. 20 determinó asignar un porcentaje de participación del Impuesto a las Ventas con destino a las Cajas Seccionales de Previsión de Departamentos, Intendencias y Comisarías o para los presupuestos de éstos, cuando atienden directamente el pago de las prestaciones sociales.

3) La Ley 91/89 dispuso en su artículo 3o. que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está constituido entre otros recursos por el porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinan para el pago de las prestaciones sociales del magisterio, para lo cual el Gobierno y las entidades territoriales (Departamentos) deberán suscribir convenios en los cuales se pacte el porcentaje del IVA que dichas entidades destinarán al referido Fondo, tal como lo establece el Decreto 2770 de 1990.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta:

¿Los porcentajes del IVA a que nos hemos referido constituyen una cesión de propiedad exclusiva de los departamentos con destino al pago de las prestaciones sociales de los empleados del Departamento?

¿Los recursos del IVA asignados en la ley 12 de 1986 a las Cajas de Previsión Social de los Departamentos, deben ser girados en su totalidad al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio? O, si por el contrario, ¿el Departamento de Caldas puede ceder parcialmente un porcentaje de dicho Fondo y el resto destinarlo al pago de las prestaciones sociales de sus funcionarios?

La Sala considera y responde:

1. El Decreto Ley 3288 de 1963 creó el impuesto a las ventas de artículos terminados, denominado también "impuesto al valor agregado" (IVA), como un tributo del orden nacional. La misma norma determinó que los Departamentos, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital) participarán de este impuesto con la específica destinación de atender el sostenimiento de hospitales y de establecimientos de asistencia pública o de educación (Art. 8o.). Según este decreto la cesión referida debía efectuarse mediante contratos celebrados entre La Nación y las respectivas entidades territoriales.

2. El régimen de este impuesto, como el cálculo del gravamen, las tarifas, las exenciones, ha variado desde su creación según los decretos-leyes 1595 de 1966; 435 de 1971; 1988, 2104 y 2368 de 1974 y 3541 de 1983.

3. La cesión del impuesto a las ventas de que trata el Decreto-Ley 3288 de 1963, se sometió a una redistribución determinada en porcentajes, de conformidad con las leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973, 43 de 1975, 12 de 1986 y el Decreto-Ley 232 de 1983. En todas estas disposiciones se ordenó que el porcentaje que correspondiera a los Departamentos o a las Cajas de Previsión Seccionales se destinaría para atender el pago de las prestaciones sociales del personal docente respectivo.

4. La Sala observa que la participación sobre el impuesto a las ventas que le ha correspondido a las entidades territoriales se destinó, en primer término, al sostenimiento de hospitales y establecimientos de asistencia pública y de educación; posteriormente varió esta asignación con el objeto exclusivo de fortalecer la educación, sobre todo después de la ley 43 de 1975 que la nacionalizó.

De este modo, se concretó que la destinación del porcentaje que recibirían los departamentos tenían que ser destinados únicamente para el pago de las prestaciones sociales del personal docente a su cargo.

5. Finalmente con el objeto de aclarar el asunto relativo al pago de las prestaciones de los servidores docentes, el legislador expidió la ley 91 de 1989, por medio de la cual estableció un régimen laboral único para los docentes, respetando las normas aplicables a quienes se hubieran vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989. De la misma forma, para facilitar el pago de dichas prestaciones, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta" (art. 3o.).

Así las cosas, la ley dispuso en el artículo 8o., numeral 7, que dicho Fondo estará constituido, entre otros recursos, por "el porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio".

6. Para facilitar la aplicación del transcrito numeral 7o., del artículo 8o., de la ley 91 de 1989, el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria expidió el decreto 2770 de 1990, por medio del cual dispuso:

"Artículo 1o. El Gobierno Nacional y las entidades territoriales mediante convenio determinarán el porcentaje del IVA que conforme al numeral 7o., del artículo 8o., de la ley 91 de 1989, debe ingresar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" (Subraya la Sala).

Estas sumas deben ser giradas directamente por el Ministerio de Hacienda al mencionado Fondo según lo dispuesto por el artículo 2o. ibidem.

El porcentaje restante será girado por el Ministerio de Hacienda "a las cajas de previsión seccionales o a las entidades que hagan sus veces o a los departamentos que atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975, para continuar cubriendo las obligaciones asumidas por el pago de pensiones de jubilación y cesantías cuando sea el caso y hasta cuando se realice el cruce de cuentas que le permita a las entidades territoriales asumir en forma directa el pago de estas obligaciones" (Subraya la Sala).

7. De todo lo expuesto se puede concluir:

a) Que la participación en el impuesto a las ventas establecida en favor de los departamentos tiene destinación específica, consistente en pagar las prestaciones sociales del personal docente que labore en la respectiva entidad territorial.

b) Que en la redistribución de los porcentajes de la participación en el impuesto a las ventas, nunca se determinó que se pudiera destinar para pagar prestaciones diferentes de las de los docentes vinculados a la correspondiente entidad territorial, de manera que, los recursos producto de dicha participación, no han podido ni podrán destinarse para pagar las prestaciones de los empleados administrativos de los departamentos.

c) Que en la expedición de la Ley 91 de 1989, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar las prestaciones sociales del personal nacional o nacionalizado que se causen o hayan causado a partir de la vigencia de dicha ley.

d) Que parte de los recursos de este Fondo estará constituida por un porcentaje de la participación que le corresponde a las entidades territoriales sobre el impuesto a las ventas, que será determinado en los respectivos convenios celebrados entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales, de conformidad con el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2770 de 1990.

e) Que el porcentaje restante de dicha participación debe utilizarse por las entidades territoriales para pagar las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado por la Ley 43 de 1975, que sean de cargo suyo, según lo previsto en el artículo 2o. de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde:

1. La participación de los Departamentos en el impuesto a las ventas, es una cesión que la Nación hace a estas entidades para que atiendan el pago

de las prestaciones sociales del personal docente que labora en su jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto por las normas legales vigentes.

2. Los recursos de los Departamentos o de las Cajas de Previsión Social Seccionales, provenientes de la participación en el impuesto a las ventas deben ser girados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el porcentaje que se establezca en los convenios celebrados entre el Gobierno Nacional y las respectivas entidades territoriales; el saldo o el porcentaje restante debe ser girado a las Cajas de Previsión Seccionales y destinarse para pagar las obligaciones asumidas por las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado a cargo de cada entidad territorial, y no para pagar prestaciones de los funcionarios administrativos del Departamento o entidad territorial.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el Ministro de Gobierno.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

**EMPRESA MARITIMA/RETIRO VOLUNTARIO/BONIFICACION/RENDA
DE TRABAJO/IMPUESTO SOBRE LA RENTA/BASE GRAVABLE/EXEN-
CION TRIBUTARIA—Improcedencia**

Las sumas de dinero que las empresas marítimas nacionales de transporte público llegaren a pagar a los reservistas oficiales de primera y segunda clase de la Armada Nacional que trabajen en actividades de navegantes, oficial o tripulante, por concepto de su retiro voluntario de la empresa, no quedan comprendidas en las exenciones previstas en el artículo 22 de la Ley 44 de 1990.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Javier Henao Hidrón*

Referencia: Consulta sobre la posibilidad de incluir en la exención de que trata el artículo 22 de la ley 44 de 1990, las bonificaciones que se llegaren a pagar a los trabajadores de las Empresas Marítimas Nacionales de transporte público.

Radicación número: 428.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Rudolf Hommes Rodríguez, formuló a la Sala por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la siguiente consulta:

En mi calidad de Ministro de Hacienda y Crédito Público, me permito elevar la siguiente consulta con el fin de que esa Corporación se pronuncie sobre la debida interpretación del artículo 22 de la ley 44 de 1990.

El artículo en mención dispone: "Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios de los ciudadanos colombianos que integran las reservas oficiales de primera y segunda clase de la Armada Nacional, mientras ejerzan actividades de navegante, oficial o tripulante en empresas marítimas nacionales de transporte público o de trabajos marítimos especiales, solamente constituye renta gravable, el sueldo que perciban de las respectivas empresas, con exclusión de las primas, bonificaciones, horas extras y demás complementos salariales".

De acuerdo con la disposición anteriormente citada, se consulta:

¿En el caso de las Empresas Marítimas Nacionales de Transporte Público o de trabajos marítimos especiales que en desarrollo de los contratos de trabajo que ésta ha suscrito, pacte con sus trabajadores, el retiro definitivo a cambio de una suma de dinero, dado que esta contraprestación tiene su origen en la cesación del ejercicio de actividades, y que es la única u ocasional, puede entenderse que estas bonificaciones se hallan comprendidas dentro de aquellas que excluye como rentas gravables el artículo 22 citado?

CONSIDERACIONES:

1. El decreto número 2327 de 1991, por el cual se dictan normas sobre transporte marítimo, definió en el artículo 3o. a las empresas nacionales de transporte marítimo, como aquellas personas naturales o jurídicas que se dedican a la prestación del servicio marítimo, tienen el domicilio principal de su actividad en Colombia y cumplen con alguno de los requisitos señalados en ese mismo artículo.

El personal que presta sus servicios a las empresas mencionadas se encuentra vinculado mediante contrato de trabajo.

La celebración de todo contrato de trabajo, supone necesariamente la coincidencia de las voluntades de las partes en los elementos que son esenciales a la relación jurídica laboral. Y así como surgen las obligaciones propias del contrato de trabajo, mediante el acuerdo de voluntades, así también puede darse por terminado, mediante la aceptación de la oferta de desvinculación que una parte le formule a la otra.

La oferta de desvinculación puede llevar consigo el ofrecimiento del pago de una determinada suma de dinero, que el trabajador acepta voluntariamente para dar por terminado el vínculo contractual. El pago de dicha suma de dinero, encuentra su causa en el libre ejercicio de la autonomía de las partes para contratar y supone necesariamente la terminación del contrato de trabajo.

Desde ese punto de vista, no es posible considerar el pago de la suma ofrecida, como la retribución directa que el patrono le hace al trabajador por la prestación del servicio y menos aún como si se tratara de una prestación habitual de aquellas que por mera liberalidad el empleador le concede al trabajador.

2. La ley 44 de 1990, por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, así como otras disposiciones de carácter tributario y se conceden unas facultades extraordinarias, contempla los siguientes supuestos en su artículo 22:

a) Que son gravables para el cómputo del impuesto de renta, los salarios percibidos por los ciudadanos colombianos que integran las reservas oficiales de primera y segunda clase de la Armada Nacional, mientras ejerzan actividades de navegante, oficial o tripulante en empresas marítimas nacionales de transporte público o de trabajos marítimos especiales. Y,

b) Que son rentas exentas para efecto de la constitución de la base gravable sobre la cual se liquida el impuesto de renta, los ingresos que esas mismas personas perciban por concepto de primas, bonificaciones, horas extras y demás complementos salariales.

La disposición mencionada establece que, para efecto del impuesto sobre la renta, son gravables los salarios percibidos por navegantes, oficiales o tripulantes que tengan la calidad de reservistas de primera y segunda clase de la Armada Nacional y, al mismo tiempo, consagra la exención para esas mismas personas con respecto a los ingresos provenientes de los complementos salariales devengados en ejercicio de la actividad que prestan en empresas marítimas nacionales de transporte público.

Tanto la imposición del gravamen de renta y su base de liquidación, como los ingresos que se estiman exentos por tratarse de complementos salariales, tiene como factor común el hecho de que unos y otros, constituyen la remuneración por los servicios prestados por el trabajador a la empresa marítima nacional y retribuyen directamente la prestación personal del servicio.

Corresponde entonces determinar si las sumas de dinero que eventualmente llegaren a pagar las empresas marítimas nacionales de transporte público, como contraprestación por el retiro voluntario del trabajador, tienen o no la calidad de rentas exentas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 44 de 1990.

El pago de dichas sumas de dinero, como ya se indicó, supone necesariamente el rompimiento del vínculo laboral e implica la cesación de las respectivas actividades por parte del trabajador. De ahí que su carácter no

SALA DE CONSULTA

pueda ser el de remuneración por la prestación del servicio ni el de un complemento salarial en los términos del artículo 22 de la ley 44 de 1990. Esta consideración tiene validez, independientemente de la denominación que se le asigne a esa prestación monetaria.

Por consiguiente, las sumas de dinero que las empresas marítimas nacionales de transporte público paguen a los trabajadores por razón de su retiro voluntario, no constituyen remuneración por los servicios prestados, de donde resulta que jurídicamente no es posible hacer extensiva con respecto a ellas la exención tributaria establecida por el artículo 22 de la ley 44 de 1990 para las primas, horas extras, bonificaciones y demás complementos salariales.

Es pertinente expresar también que las exenciones tributarias, por su naturaleza, deben ser aplicadas con fundamento en un criterio restrictivo de interpretación.

LA SALA RESPONDE

Las sumas de dinero que las empresas marítimas nacionales de transporte público llegaren a pagar a los reservistas oficiales de primera y segunda clase de la Armada Nacional que trabajen en actividades de navegantes, oficial o tripulante, por concepto de su retiro voluntario de la empresa, no quedan comprendidas en las exenciones previstas en el artículo 22 de la ley 44 de 1990.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONSEJO DE ESTADO/SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL/ COMPETENCIA

El artículo 98 del Decreto-Ley 01 de 1984 —Código Contencioso Administrativo— preceptúa que a la Sala de Consulta y Servicio Civil corresponde “absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el Gobierno a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República”. Por tratarse la consulta de materia legislativa y no de carácter administrativo, la Sala carece de competencia para pronunciarse.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.E., diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: CONSULTA. Facultades extraordinarias para establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración.
Fadicación No. 163.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público (Encargado) Arturo Ferrer Carrasco, formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación expone:

— El numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política atribuye al Congreso la facultad de revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, *cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.*

— Por su parte, el numeral 13 de la misma disposición constitucional le asigna al legislador la facultad de “Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”.

El Título XIX de la carta constitucional señala las pautas que debe seguir el Congreso Nacional para el ejercicio de la anterior facultad y la oportunidad y términos de la intervención del Gobierno en la formación del del presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones. Su artículo 212 establece que cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible, a juicio del gobierno, estando en receso las cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario por el Consejo de Ministros, previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

— Debido a la conocida escasez de recursos para atender las necesidades del estado, el Gobierno ha pedido en el proyecto de ley de financiamiento actualmente a consideración de las cámaras autorizaciones para celebrar operaciones de crédito interno con el Banco de la República, lo cual, obviamente, solamente podrá hacerse cuando el respectivo proyecto haya sido aprobado, sancionado y publicado. El producto de tales operaciones de crédito se destinará a la apertura de créditos suplementales y extraordinarios al presupuesto nacional de las vigencias fiscales de 1987 y 1988.

Ahora bien, si el proyecto de ley de financiamiento es aprobado en el mes de octubre, es necesario tramitar otra ley de adición al presupuesto para incorporar los recursos provenientes de la operación de crédito autorizada para la actual vigencia fiscal, y mientras ello sucede no se podrán pagar sueldos ni atender otros gastos de funcionamiento del estado.

Pero, la situación será más grave aún si el proyecto primeramente mencionado sólo llega a ser aprobado en los últimos días de la actual legislatura. En efecto, si ello así ocurriere, su sanción presidencial y publicación probablemente se produzcan cuando el Consejo de Estado ya haya suspendido actividades por las vacaciones judiciales, eventos en el cual el Gobierno Nacional se encontraría en imposibilidad de incorporar los recursos provenientes de tal operación de crédito con el Banco de la República.

De otro lado, por haber autorizado el proyecto de ley de financiamiento una operación de crédito destinada a la apertura de créditos suplementales y extraordinarios al presupuesto de 1987, si la adición no se produce en el presente año, los recursos de la citada operación de crédito tampoco podrían incorporarse para la vigencia fiscal de 1988.

Se consulta específicamente sobre los siguientes interrogantes:

1. ¿Cuando la necesidad lo exija y las conveniencias públicas lo aconsejen, como en el caso expuesto, puede el Congreso otorgar facultades extraordinarias al Presidente para el ejercicio de la atribución del numeral 13 del artículo 76 de la Constitución Política?

O, por el contrario, ¿al haber previsto la Constitución expresamente el procedimiento para la apertura de los créditos suplementales o extraordinarios cuando el Congreso no está reunido, la atribución del numeral 13 del artículo 76 no puede ser materia de facultades extraordinarias al Ejecutivo?

2. ¿En el evento de que la respuesta al primer interrogante sea negativa, qué otro mecanismo puede utilizar el Gobierno Nacional para utilizar plenamente los recursos de que trata el proyecto de ley de financiamiento durante la vigencia fiscal en curso?

La Sala considera y responde:

1. Estudiados con detenimiento los términos de la consulta, se encuentra con claridad que revestir, pro tempore, al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, de conformidad con el artículo 76, numeral 12 de la Constitución Nacional, es atribución que compete al Congreso Nacional.

El legislador, y no autoridad distinta, es quien debe calificar la exigencia de la necesidad o de las conveniencias públicas, para conceder las facultades extraordinarias. Como titular de la competencia habrá de transferirla sólo al Presidente de la República, con nítida determinación de la temporalidad y precisión en el ejercicio. Es pues la materia de las facultades en referencia de carácter estrictamente discrecional del legislador, de contenido y alcance puramente legislativo.

2. El artículo 141 de la misma Constitución Nacional señala las atribuciones del Consejo de Estado, y en la primera preceptúa que le compete "Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno *en asuntos de administración...*" (Subraya la Sala).

De la misma manera, el artículo 98 del Decreto-ley 01 de 1984 —Código Contencioso Administrativo— preceptúa que a la Sala de Consulta y Servicio Civil corresponde "absolver las consultas jurídicas, de *orden administrativo*, generales o particulares, que le someta el Gobierno a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República" (Subraya la Sala).

SALA DE CONSULTA

3. Indica lo anterior que, por tratarse en la consulta de materia legislativa y no de carácter administrativo, la Sala carece de competencia para pronunciarse, y consecuentemente, es su decisión **DECLARARSE INHIBIDA** para responder.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

**ESTATUTO ORGANICO DEL PRESUPUESTO/ADICION PRESUPUES-
TAL/CONSEJO DE ESTADO—Facultades/(Salvamento de Voto)**

La ley de presupuesto es única; las de adiciones pueden ser múltiples, y mientras está reunido el Congreso sólo existe previsión de que expida una y otras, de que rija el Proyecto del Gobierno oportunamente presentado, o en su defecto, la ley de presupuesto del año anterior. Así también es única la previsión constitucional sobre la intervención del Consejo de Estado, restringida a la etapa en que el Congreso se encuentra en receso, luego previsión de tal jerarquía escapa a la competencia del legislador y a la improvisación de mecanismos diferentes de la declaración de urgencia de un proyecto de ley sobre financiamiento, o de adición presupuestal para incorporar un recurso. Todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, único instrumento de origen constitucional, para desarrollar las propias normas constitucionales, afianzar las competencias por ellas atribuidas y asegurar el ejercicio válido de las mismas por el Congreso, el Gobierno y el Consejo de Estado, cuando se trata de expedir el presupuesto general, de ejecutarlo o de adicionarlo, cuando no esté reunido el Congreso. Así mismo el Congreso puede ser convocado por el Gobierno en sesiones extraordinarias, lo puede ser el Consejo de Estado en época de vacaciones, cuando sea necesario su dictamen, por disposición de la Constitución Política. En ejercicio de tal facultad por parte del Gobierno y de la competencia respectiva por parte del Consejo, lo autoriza el artículo 117 del C.C.A.

Salvamento de Voto.

Radicación No. 163.

Cuando se consulta específicamente sobre el mecanismo que pueda utilizar el Gobierno Nacional para disponer de los recursos de que trata el proyecto de ley de financiamiento durante la vigencia fiscal en curso, el suscrito Consejero, entendiendo como asunto de administración el contenido de la consulta, presentó a la Sala la respectiva ponencia, aduciendo razón fundada en las competencias constitucionales del Congreso y del Consejo de Estado y en la supremacía de la ley orgánica del Presupuesto, para descartar el mecanismo de las facultades extraordinarias.

Como dicha ponencia no obtuvo aprobación de la mayoría que prefirió inhibirse de absolver la consulta, la aduzco ahora, como salvamento de voto, y en sus consideraciones sostengo respetuosamente mi discrepancia:

Materia esencial de las regulaciones constitucionales (artículos 76, ordinales 3o. y 13o.; 118, ordinal 4o.; 120, ordinal 11, y 208 a 213 inclusive), el cálculo anual de rentas y apropiaciones corresponde proyectarlo al ejecutivo, por disposición del artículo 208, para presentarlo al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias y obtener su autorización para percibir las rentas y hacer los gastos en el año siguiente. Si el Gobierno no cumple esta prescripción constitucional, rige el presupuesto del año anterior y si el Congreso deja de cumplirla, habiéndola cumplido el Gobierno, rige el presupuesto por él presentado. No hay alternativa diferente dentro de las regulaciones citadas, normas con efecto inmediato, cuya validez y eficacia deriva de la aplicación prevalente e integral de las mismas, como mecanismos de un solo esquema de contenido y fuerza autosuficiente que le garantiza su predominio.

La unidad del sistema presupuestario se mantiene, pues, en términos sin alternativa válida, por la separación orgánica entre constituyente y legislador, entre Congreso y Gobierno y por la actuación de cada órgano en su respectiva órbita. Allí donde concurren constitución y ley, siempre prima la primera, que escuetamente ordena que el Congreso establezca las rentas nacionales y fije los gastos de la administración, con este ítem: "en cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa se expedirá el presupuesto general de renta y ley de apropiaciones" (artículo 210). Porque ya en el artículo 76 se ordena al mismo Congreso la expedición de las normas orgánicas del presupuesto nacional (3a.), el establecimiento de las rentas y la fijación de los gastos (ordinal 13).

Está de por medio, exclusivamente, en la expedición del presupuesto, la aplicación de la ley orgánica y ésta condiciona con sus normas no sólo la actuación administrativa sino también la expedición de otras leyes, es decir, la potestad legislativa del Congreso, restringida, además, con la iniciativa del Gobierno.

Como materia señalada por la constitución, la presupuestaria es objeto de regulación exclusiva y completa en la ley orgánica y a tal regulación queda subordinada toda ley ordinaria de tal forma que solo otra regulación de igual jerarquía puede modificarla con efecto válido.

No altera el principio constitucional la práctica legislativa tradicional de conceder autorizaciones al Gobierno para actualizar y reformar las normas orgánicas del presupuesto, como las concedidas por la Ley 21 de 1963 y la Ley 17 de 1972, desarrolladas por los Decretos-leyes 1675 de 1964 y 294 de 1973 y aún más remotamente las que tuvieron desarrollo mediante los Decretos 164 de 1950, 1124 de 1960 y 1016 de 1960.

De todos modos las normas orgánicas informadas en los principios constitucionales sobre presupuesto, condicionan la expedición de otra ley sobre la materia, que no sea también orgánica, de grado superior a cualquier ley ordinaria.

Y como ley ordinaria, que interferiría la sujeción a las normas constitucionales, de aplicación directa e inmediata y a las normas orgánicas del presupuesto ahora vigentes, apreciaría esta Sala la que expidiera el Congreso con invocación del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, para el ejercicio de la atribución del numeral 13 del mismo artículo, por parte del Gobierno.

Cuando se acusó de inexecutable ante la Corte Suprema de Justicia el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, se argumentó la naturaleza administrativa de la ejecución presupuestaria, función asignada por la Constitución en forma privativa al Presidente de la República, y la asignación de la misma función al Congreso, quedando en un solo titular las funciones de elaboración, expedición y ejecución de la ley anual de presupuesto.

La Corte, estimó, entonces, que "... en un régimen clásico de separación de poderes y de sistema unitario, como el nuestro, el administrador nato de los asuntos nacionales es el ejecutivo y, en concreto, su jefe, el Presidente de la República. Por eso, el encabezamiento del artículo 120 de la Constitución atribuye a dicho funcionario a más de la de jefe del Estado la calidad de "suprema autoridad administrativa"".

"Dentro del concepto de función administrativa está comprendida también la ejecución presupuestaria, lo cual es bien claro si se advierte que el presupuesto mismo —la ley anual de presupuesto— es materialmente un acto administrativo y por igual razón tienen tal naturaleza administrativa las operaciones tendientes a cumplirlas".

"Pero además, y este es el núcleo del problema y por eso debe reiterarse que lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 120 cuando impone al

Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa la obligación de “cuidar de la exacta recaudación de las rentas y caudales públicos”, por una parte, y por la otra, le atribuye globalmente, sin restricciones y sin que se trate de una competencia compartida con otros organismos la de “decretar su inversión (la de aquellas rentas y caudales) con arreglo a las leyes”, le está confiando la totalidad de la ejecución presupuestal, con todas las operaciones anejas a ella, como la ordenación de gastos, la contratación, etc., sin excepción alguna, pues la Constitución no las establece ni faculta para establecerlas”.

“Si lo anterior es correcto, el artículo 146 acusado es ostensiblemente inconstitucional ... pues atribuye funciones constitucionales del Presidente de la República al Congreso Nacional, con violación de los artículos invocados por el demandante como infringidos (2, 55, 76, ordinales 11 y 16, 78, ordinal 2o. y 120, ordinales 11 y 13) a los que deben agregarse el artículo 120 ordinal 2o. y el inciso 1o. del párrafo del artículo 208”. (Sala Plena -sentencia de 22 de junio de 1982, Ref. Expediente No. 951. Demandante Juan Manuel Charry Urueña - Magistrados ponentes: Drs. Luis Carlos Sáchica y Ricardo Medina Moyano).

También esta Sala hizo distinción nítida de funciones de orden presupuestario al absolver el 2 de agosto de 1972 la consulta del Ministro de Hacienda y Crédito Público, bajo la vigencia del Decreto-ley 1675 de 1964, orgánico del presupuesto nacional.

“De acuerdo con la mencionada separación de funciones (con las tres Ramas u Organos del Poder Público), de las tres fases o etapas que cabe distinguir dentro del proceso presupuestario, a saber: preparación, expedición y ejecución, la segunda está asignada por el constituyente al Congreso y la primera y la última al órgano ejecutivo del poder (...). De conformidad con esta orientación al Congreso le corresponden las decisiones políticas, decretar las contribuciones y gastos y autorizar cada año su recaudo y erogación, y al Gobierno la gestión administrativa de preparar el proyecto de presupuesto y atender a su ejecución. En este sistema de distribución de funciones, tanto las competencias financieras del Congreso como las del Ejecutivo tienen contenido jurídico propio y su propia significación política, como parte de un sistema institucional que busca en el ejercicio del poder público soluciones de equilibrio entre las Ramas del Estado, que además consultan la necesidad de satisfacer ciertas exigencias técnicas en el manejo de los negocios públicos ...”.

Retomando de nuevo la cuestión consultada, frente al acervo doctrinal transcrito y a las disposiciones del Decreto 294 de 1973, orgánico del Presupuesto General de la Nación a que se refiere el inciso 1o. del artículo 210 de la Constitución, mal podría aceptar la Sala, que dicho Presupuesto pudiera ser expedido, que no votado, por el Gobierno, previa autorización del Congreso, “pro tempore” y precisa.

La investidura legislativa extraordinaria que el Congreso le otorga al Gobierno corresponde a funciones que según la propia Carta son de la competencia legislativa ordinaria de aquél, luego no resulta válido reconocer al Congreso facultad para que delegue la que respecto de materias atinentes al presupuesto general de la Nación, sea de competencia de la Constitución. En otras palabras, el contenido de las facultades que el Congreso puede otorgar al Gobierno, de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 versa sobre ejercicio de competencias propias del Congreso en el campo legislativo ordinario atribuidas por la propia Carta y el límite natural de tales facultades, en cuanto a su concesión respecta, lo imponen los términos que la Constitución establece, por razón de una materia específica, por razón de la necesidad y por razón de la conveniencia.

Es claro que también la necesidad exige y las conveniencias públicas aconsejan el establecimiento de las rentas nacionales y la fijación de los gastos de la administración, luego no serían estas las razones determinantes de concesión de facultades extraordinarias, así resultaren ser las más precisas por sus fines y el término de su ejercicio, el más exacto por coincidir con el ejercicio fiscal.

También objetivo señalado por el constituyente no puede ser ni más preciso ni más concreto que el de la ley de facultades extraordinarias y si los decretos-leyes que las desarrollen tienen que ceñirse estrictamente a la Constitución, la ley de facultades no puede contener las que la contradigan.

Noción elemental de hermenéutica indica que la norma constitucional ha de entenderse en armonía con las otras normas y así como la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Presupuesto por asignar parcialmente al Congreso la ejecución del suyo, procede deducir que no sería executable la norma que asignara al Gobierno la expedición del presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones, cuando la Constitución Política y la ley orgánica del Presupuesto, a las cuales dicho acto está sujeto por el artículo 209, lo asignan al Congreso, en cada legislatura y sólo, por excepción, quedó prescrito que si no lo cumple rija el presupuesto presentado por el Gobierno y en defecto de este, el del año anterior. Este régimen o tratamiento de excepción, ninguna ley puede superarlo, por la jerarquía de su normatividad, que en manera alguna llega a ser supletoria, o quedar librada a la voluntad del legislador, siempre sujeta a la del constituyente.

Tampoco el régimen de excepción que prevé el artículo 212 de la Carta y, de acuerdo con esta, los artículos 112 y 113 del Decreto 294 de 1973, puede quedar supeditado a delegación del legislador al Gobierno, en cuanto los créditos adicionales al Presupuesto de Gastos no pueden ser abiertos por el Congreso sino a solicitud del Gobierno y los traslados o apertura de apropiaciones sólo pueden tramitarse, en defecto del Congreso, como un

crédito adicional sujeto al concepto favorable del Consejo de Estado y al cumplimiento de los demás requisitos consignados en el estatuto orgánico.

Lo que declara expresamente la Constitución que puede hacer el Congreso, estando reunido, y, el Consejo de Estado, en receso de aquél, son competencias supralegales, estrictamente sujetas en su ejercicio a las circunstancias de tiempo y formas propias de su atribución, pero no a la posibilidad de modificación, extensión o subrogación por una ley de facultades extraordinarias.

La ley de presupuesto es única; las de adiciones pueden ser múltiples, y mientras está reunido el Congreso sólo existe previsión de que expida una y otras, de que rija el proyecto del Gobierno oportunamente presentado, o en su defecto, la ley de presupuesto del año anterior. Así también es única la previsión constitucional sobre la intervención del Consejo de Estado, restringida a la etapa en que el Congreso se encuentra en receso, luego previsión de tal jerarquía escapa a la competencia del legislador y a la improvisación de mecanismos diferentes de la declaración de urgencia de un proyecto de ley sobre financiamiento, o de adición presupuestal para incorporar un recurso. (Artículo 191).

Todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a las prescripciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, único instrumento de origen constitucional, para desarrollar las propias normas constitucionales, afianzar las competencias por ellas atribuidas y asegurar el ejercicio válido de las mismas por el Congreso, el Gobierno y el Consejo de Estado, cuando se trata de expedir el presupuesto general, de ejecutarlo o de adicionarlo, cuando no está reunido el Congreso.

Así mismo el Congreso puede ser convocado por el Gobierno en sesiones extraordinarias (artículo 68) lo puede ser el Consejo de Estado en época de vacaciones, cuando sea necesario su dictamen, por disposición de la Constitución Política.

En ejercicio de tal facultad por parte del Gobierno y de la competencia respectiva por parte del Consejo, lo autoriza el artículo 117 del Código Contencioso Administrativo.

Jaime Paredes Tamayo.

Bogotá, D.E., 10 de noviembre de 1987.

EMPLEADOS DEL CONGRESO—Estabilidad

El artículo 3o. de la Ley 52 de 1978 se encuentra vigente. En consecuencia, los empleados del Congreso tienen derecho a permanecer en sus cargos hasta el 19 de julio de 1994 inclusive, cuando termina el actual período constitucional de la misma Corporación; pero pueden ser removidos antes por justa causa o mala conducta comprobada.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.C. diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con la aplicación del artículo transitorio 3. de la Constitución Política.

Radicación No. 421.

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

“De manera comedida el Ministerio de Gobierno solicita a esa Honorable Sala su concepto en cuanto a la aplicación que debe darse al Artículo Transitorio 3. de la Constitución Política, en relación con los Empleados del Congreso.

“El Artículo 3o. de la Ley 52 de 1978, establece:

“ Artículo 3o. Los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren

sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas.”

“El Artículo Transitorio 3. de la Constitución Política determina:

“ ‘ARTICULO TRANSITORIO 3.

“ ‘Mientras se instala, el 1o. de diciembre de 1991, el nuevo congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República’.

“De conformidad con las normas transcritas se consulta a esa Honorable Sala, si ¿los empleados del Congreso pueden continuar en sus cargos hasta cuando terminen los cuatro años correspondientes al período constitucional de la Cámara en que fueron nombrados? O, ¿se debe entender que también para ellos se disminuyó el período hasta el 30 de noviembre del año en curso?”

La Sala considera:

1o.) Según el artículo 132 de la Constitución, “los senadores y los representantes serán elegidos para un período de cuatro años, que se iniciará el 20 de julio siguiente a la elección”. Además, el artículo 138 del mismo estatuto dispone que “el Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura”. La disposición agrega que “el primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio”.

2o.) Sin embargo, el artículo transitorio No. 1 de la Constitución convocó a elecciones para elegir Congreso de la República el 27 de octubre de 1991 cuyo período debe terminar el 19 de julio de 1994. Además, el artículo transitorio No. 3 de la Constitución dispuso que “mientras se instala, el 1o. de diciembre de 1991, el nuevo Congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República”.

3o.) La Sala, en concepto de 26 de julio de 1991, consideró que el transcrito precepto transitorio de la Constitución significa que, mientras las atribuciones constituyente, legislativa, de control político, judicial y electoral del Congreso entraron en receso desde el 7 de julio de 1991, cuando fue promulgada la nueva Constitución, las facultades administrativas del Congreso no entraron en receso porque tienen carácter permanente, ya que “es necesario tomar decisiones en materia de manejo de personal, cumpli-

miento de obligaciones contractuales y ordenación de gastos". De ahí que la Sala en el mismo concepto concluyera: "Durante el receso del Congreso y sus comisiones, el personal a su servicio no ha sido desvinculado, ni los congresistas han perdido, en sentido estricto, su investidura, ni las Mesas Directivas, automáticamente, sus atribuciones...".

Por consiguiente, el personal administrativo del Congreso no entró en receso a consecuencia del artículo transitorio número 3 de la Constitución; además, según la misma disposición, los miembros del Congreso elegidos el 27 de octubre de 1991, que se posesionaron el 1o. de diciembre siguiente, reemplazaron a los anteriores, que se encontraban en receso, según el artículo transitorio 1o., inciso 2o., de la Constitución, para el resto del período "que termina el 19 de julio de 1994". De manera que los miembros del Congreso, elegidos el 27 de octubre de 1991, deben completar el período constitucional, correspondiente a la mencionada corporación, comprendido entre el 20 de julio de 1990 y el 19 de julio de 1994.

4o.) Las personas vinculadas a la actividad de las entidades públicas, según el artículo 123 de la Constitución, genéricamente se denominan "servidores públicos". En ellos están comprendidos, específicamente, "los miembros de las corporaciones públicas".

5o.) Según el artículo 125 de la Constitución, en principio, "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera". Pero, de acuerdo con el mismo precepto, "se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". Además, si ni la Constitución ni la ley determinan la manera de proveerlos, "serán nombrados por concurso público". De manera que la Constitución distingue entre "los servidores públicos" de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción. Además agrega que también están excluidos de ella los trabajadores oficiales y los servidores públicos que determine la ley. La Sala observa, a este respecto, que los trabajadores oficiales están vinculados por contrato de trabajo y que el legislador puede agregar, mediante ley, a los cargos excluidos de la carrera por la Constitución, otros de período que, por ser de confianza, estén servidos por agentes: se trata, por consiguiente, de una facultad discrecional pero limitada por la finalidad del artículo 125 de la Constitución.

6o.) La Sala considera que, a este respecto, la finalidad de la Constitución consiste en instituir, definitivamente, la carrera de los "servidores públicos" como condición esencial de idoneidad y eficacia del servicio.

Un largo proceso legislativo, iniciado con la Ley 165 de 1938, reiterado y consolidado por la reforma constitucional plebiscitaria que la prescribió como institución esencial del estado de Derecho y de la convivencia social, no fue suficiente para establecer y consolidar la carrera administrativa. La

nueva Constitución prescribe la carrera para todos los “servidores públicos”, con carácter general o especial, según las reglas y principios que prescriba la ley. El artículo transitorio No. 21 que atribuye al Congreso expedir, en el plazo de un año, los principios de la carrera; que dispone que al vencimiento de ese lapso, sin que le hubiera hecho la ley, esa facultad se traslada al gobierno durante tres meses; que impone a los nominadores la obligación de ejecutarlos en el término de seis meses y que define el incumplimiento de los términos como causal de mala conducta, es índice claro de la finalidad esencial de la nueva Constitución: el legislador y los funcionarios nominadores deben regular y aplicar los principios de la carrera de los “servidores públicos” dentro de los términos perentorios prescritos por la misma Constitución.

7o.) Las excepciones, que están contempladas por el artículo 125 de la Constitución, consisten en los cargos de elección popular que la misma Constitución determina; en los de libre nombramiento y remoción servidos por agentes y en los de período, conforme a la Constitución y a la ley.

De manera que la Constitución prescribe, como principio general, la carrera de los “servidores públicos”, con las excepciones indicadas que, como todas las de su naturaleza, son de restrictiva interpretación y aplicación.

8o.) En este orden de ideas, el artículo 3o. de la Ley 52 de 1978 dispone que “los empleados del Congreso permanecerán en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero podrán ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta demostrada”. Como el período constitucional del Congreso, según lo expuesto, se inició el 20 de julio de 1990 y termina el 19 de julio de 1994, conforme al artículo 3o. de la Ley 52 de 1978, los empleados de la mencionada Corporación son inamovibles hasta su terminación, pero pueden “ser removidos en cualquier tiempo —según la misma disposición— por justa causa o mala conducta comprobada”. Con fundamento en el artículo transitorio No. 21 de la Constitución el Congreso —o en su defecto, según la misma disposición, el gobierno— podría mantener el artículo 3o. de la Ley 52 de 1978 o expedir un estatuto de carrera para los empleados del Congreso.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

El artículo 3o. de la ley 52 de 1978 se encuentra vigente. En consecuencia, los empleados del Congreso tienen derecho a permanecer en sus cargos hasta el 19 de julio de 1994 inclusive, cuando termina el actual período constitucional de la misma corporación; pero pueden ser removidos antes “por justa causa o mala conducta comprobada”.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministros de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

BIEN DE USO PUBLICO—Restitución/PODER DE POLICIA/CONTROL JURISDICCIONAL/ACTO ADMINISTRATIVO

El artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 aclaró que los actos dictados con fundamento en el artículo 66 de la misma ley y en el Código Nacional de Policía para ordenar la suspensión de obras y la restitución de vías públicas son administrativos y, por lo mismo pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Los actos que se expidan con fundamento en los artículos 215 y 216 del Código Nacional de Policía también son administrativos y pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D.C., veintiseis (26) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con el procedimiento aplicable a los procesos de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989 art. 67).

Radicación No. 425.

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

“Por petición del Secretario de Gobierno del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, solicito el concepto de esa H. Sala en relación con el procedimiento aplicable a los procesos de restitución de bienes de uso público.

“El Consejo de Justicia de Santafé de Bogotá, D.C., es el cuerpo encargado de dirimir en segunda instancia los procesos de carácter policivo que ocurren en la ciudad. Agotadas varias discusiones con relación a la naturaleza y competencia de los procesos de restitución de bienes de uso público, resultaron evidentes dos posiciones: una que sostiene la naturaleza civil de dichos procesos y otras en virtud de la cual por mandato del Artículo 67 de la ley 9a. de 1989, tendrían la naturaleza administrativa y conllevaría las particularidades propias de estos procesos como lo atinente a términos, revocatoria directa etc..

“En la capital del país es considerable el número de procesos de restitución de bienes de uso público y de bienes fiscales, razón por la cual se consulta a esa H. Sala en los siguientes términos:

“1.— El Artículo 132 del Decreto Ley 1355 de 1970, establece: *“Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los Alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederá a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de 30 días ...”*. (el subrayado es nuestro).’

“El trámite dado a estas diligencias policivas se ha considerado como de carácter civil y en consecuencia los traslados y términos se rigen por las normas procedimentales civiles.

“2.— La Ley 9a. de 1989 en su Artículo 67 estableció: *“Los actos de los Alcaldes y del Intendente a los cuales se refiere el Artículo anterior, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obras y la restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso-administrativas previstas en el respectivo Código, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de la suspensión provisional”*.’

“Con fundamento en lo anterior se pregunta:

“1.— ¿El Artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 cambió la naturaleza civil de las diligencias policivas de restitución de bienes de uso público a actos administrativos para los cuales debe aplicarse el procedimiento consagrado en el Código Contencioso Administrativo?

“2.— Los procesos contravencionales de obra que contempla la demolición, suspensión, adecuación, parcelación, urbanización y construcción que el Código Nacional de Policía en sus Artículos 215 y 216 lo con-

templa como procesos contravencionales comunes de única instancia, según el Artículo 228 del mismo; ¿de acuerdo a lo consagrado en el Artículo 67 de la Ley 9a. de 1989, adquieren el trámite de carácter administrativo sujetos a las disposiciones procedimentales del C.C.A.?"

La Sala considera:

1o.) Las disposiciones relativas a la Policía, en principio, son de carácter administrativo. La especie pertenece al género que la identifica y define. Los medios y fines de policía consisten en las medidas jurídicas tendientes a preservar el orden, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y las condiciones económicas de convivencia social. Las prescripciones de policía que son preventivas, con las prestaciones, provenientes de los servicios públicos a cargo de entidades oficiales, concurren en la finalidad de utilidad pública del Derecho Administrativo.

2o.) De manera que no es dable distinguir y definir, como dos aspectos antitéticos, el Derecho Público, específicamente, el Derecho Administrativo, y las medidas de policía. Por el contrario, entre ellos existe el nexo indicado y la necesaria armonía propia del estado de derecho que implica que los poderes de policía, con las finalidades indicadas, deben ejercerse con fundamento en reglas y principios de Derecho Público.

Lo expuesto explica que las decisiones que se profieran en ejercicio de los poderes de policía, o bajo el supuesto de ejercerlos, necesariamente están sujetas a control jurisdiccional, como todos los actos administrativos, con la sola excepción de los de mero trámite que no pongan término al procedimiento administrativo.

3o.) Sólo excepcionalmente se ha admitido, desde la Ley 99 de 1919 hasta la actualidad (art. 82 del C.C.A.), que las decisiones proferidas en juicios civiles y penales de policía no pueden ser objeto de control jurisdiccional, siempre que estos procesos sean regulados directa y exclusivamente por la ley y tengan un carácter paralelo o semejante a las sentencias, denominado por el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de agosto de 1976, "parajurisdiccional".

Los procesos civiles de policía tienen partes contrapuestas, se adelantan mediante un procedimiento que se asemeja a los de carácter jurisdiccional y la sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, así la decisión definitiva de la controversia, eminentemente civil, deba deferirse a los jueces competentes de la jurisdicción ordinaria. Un claro ejemplo de estos procesos es el contemplado por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, sobre ocupación de hecho.

Los juicios penales de policía, que también deben ser regulados por la ley, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en la mencio-

nada sentencia, consisten en los procesos penales adelantados por las autoridades policivas y, sobre todo, en las contravenciones especiales de policía, prescritas por el Decreto-ley 522 de 1971, que tienen carácter “parajurisdiccional”: el mismo decreto prescribe el procedimiento, excluye la posibilidad de ulterior acción jurisdiccional y sólo contempla que la sentencia condenatoria puede ser revisada, por los motivos que señala, “ante el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial”. Tras señalar las características de estos procesos, el Consejo de Estado, en la mencionada sentencia de 20 de agosto de 1976, expresó: “todo lo expuesto permite concluir que *estas contravenciones especiales, sin dejar de ser policivas, tienen un tratamiento legal parajurisdiccional* y que, por expresa y específica prescripción de la ley, los actos por los cuales se sancionan no son susceptibles de las acciones contencioso administrativas sino únicamente de la de revisión ante el correspondiente Tribunal Superior ...” (El subrayado es de la sentencia transcrita). (Anales, Tomo XCI, pág. 282).

4o.) Lo expuesto permite concluir que las decisiones de carácter policivo, a que se refieren los artículos 132, 215 y 216 del Decreto-ley 1355 de 1970, o Código Nacional de Policía —que están vigentes—, son administrativos y no se asimilan a las sentencias proferidas en los juicios civiles de policía tanto porque la ley no les da ese carácter como porque, por el contrario, el artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 no deja ninguna duda sobre el particular. En efecto:

El artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 dispone que “Los actos de los Alcaldes y del Intendente a los cuales se refiere el artículo anterior, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obra, y la restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso-administrativas previstas en el respectivo código, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de suspensión provisional”

El artículo 66 de la misma Ley faculta a los Alcaldes y al Gobernador de San Andrés y Providencia para imponer sanciones por infracción a los reglamentos de urbanismo. Según el artículo 67 de la mencionada Ley, todas las decisiones que se profieran sobre esa materia, como también las que ordenen la suspensión de obras y la restitución de vías públicas, pueden ser objeto de acción.

Además, el artículo 215 del Código Nacional de Policía autoriza a los Alcaldes para disponer la suspensión de la obra que sin permiso construya una persona, no obstante necesitar permiso para realizarla, o que “la haya adelantado con violación o desconocimiento de las condiciones fijadas en el permiso”. La facultad que la transcrita disposición otorga a los alcaldes, de

ordenar la suspensión de las mencionadas obras, está comprendida dentro de las previsiones del transcrito artículo 67 de la Ley 9a. de 1989.

El artículo 216 del Código Nacional de Policía faculta a los alcaldes para ordenar la demolición de edificios o construcciones que amenacen ruina, "siempre que esté de por medio la seguridad y la tranquilidad pública", como también para "contener incendio o cualquier calamidad pública o para evitar mayores daños en estos casos". Las decisiones que profieran los alcaldes, con fundamento en la transcrita disposición, son administrativas y, como tales, pueden ser objeto de acción jurisdiccional; además, aunque las facultades del artículo 216 del Código Nacional de Policía son diferentes de las que el artículo 215 les otorga a los alcaldes, las decisiones que profieran con fundamento en ellas son sustancialmente idénticas: tienen el carácter de medidas de policía que, por ser actos administrativos, pueden demandarse ante los órganos competentes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1o.) El artículo 67 de la Ley 9a. de 1989 aclaró que los actos dictados con fundamento en el artículo 66 de la misma Ley y en el Código Nacional de Policía para ordenar la suspensión de obras y la restitución de vías públicas son administrativos y, por lo mismo, pueden ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2o.) Los actos que se expidan con fundamento en los artículos 215 y 216 del Código Nacional de Policía también son administrativos y pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Transcribese, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONCILIACION—Improcedencia/CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Los actos administrativos mediante los cuales se decreta la caducidad administrativa, se impongan multas a los contratistas o modifiquen unilateralmente los contratos, según el artículo 60. del Decreto 2651 de 1991, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con la mencionada disposición sólo es posible conciliar controversias de responsabilidad contractual y extracontractual que no se refieren a actos administrativos.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Gobierno relacionada con el tema de la transacción.

Radicación No. 422.

En oficio No. 961 el Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

“De conformidad con el artículo 60. del Decreto 2651 de noviembre 25 de 1991, en virtud del cual se modifica la ley 23 de 1991, artículo 60 y siguientes, en los procesos contencioso administrativos en los cuales se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, podrán ser conciliadas las diferencias” ... si fueren susceptibles de transacción ...”

Frente a tal disposición, ¿puede entenderse que los actos administrativos unilaterales que eventualmente puedan dar lugar a estos tipos de respon-

sabilidad estatal, como los que decretan la caducidad administrativa de los contratos y los que impongan multas al contratista, como ejercicio de la facultad sancionadora del Estado; los que ordenen la modificación unilateral de los contratos, como expresión de los poderes exorbitantes del mismo, etc. ..., pueden ser objeto de conciliación dentro del proceso administrativo que se instaure contra ellos: o, dicho de otra manera, son materia susceptible de transacción?

Además, si la respuesta a la anterior interrogante fuera afirmativa, ¿cómo debe proceder la entidad pública respectiva a fin de eliminar dichos actos administrativos del mundo jurídico, pues el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo, prohíbe su revocación cuando la demanda contencioso administrativa instaurada contra ellos hubiere sido admitida?”.

LA SALA CONSIDERA:

1o.— Por el artículo 1o. del Decreto 2651 de 1991 se adoptaron métodos legislativos “encaminados a descongestionar los despachos judiciales” por el término de 42 meses.

Entre las medidas que adoptó el mencionado Decreto se cuenta la prescrita por el artículo 6o., que ordena que en los procesos “en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, en primera instancia, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación que tendrá lugar, a más tardar, al concluir la etapa probatoria del respectivo proceso”.

Los incisos y el párrafo siguientes de la citada disposición, como el artículo 7o. ibídem, regulan el procedimiento de conciliación.

2o.— La transcrita disposición a que se refiere la consulta, regula la conciliación en los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. A diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, el artículo 6o. de éste sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias para excluir así, de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y de restablecimiento de derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción. Posiblemente el Gobierno, al expedir el Decreto 2651 de 1991, tuvo en consideración las objeciones que oportunamente hizo el Consejo de Estado al artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y, por ello, dispuso que la conciliación sólo puede efectuarse en controversias relativas a responsabilidad contractual y extracontractual que no versen sobre actos administrativos. La diferencia

que existe, a este respecto, entre la ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 de 1991, precisamente consiste en que éste no contempla la conciliación sino en los dos casos indicados de responsabilidad contractual y extracontractual.

3o.— Lo expuesto se corrobora inequívocamente por el artículo 17 del Decreto-ley 2304 de 1989, sustitutivo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto define que las controversias contractuales, de que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sólo son las que versan sobre el contrato mismo, como la que tenga por objeto que se declare su existencia, su nulidad, que se ordene su revisión o que se declare el incumplimiento de una de las partes para que se la condene a indemnizar los correspondientes perjuicios. Además, según el artículo 15 del Decreto-ley 2304 de 1989, sustitutivo del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la “acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, que tiene por objeto, como reza su propio enunciado, que se declare la nulidad de un acto creador de situación jurídica particular por infracción o desconocimiento de normas superiores, para que en consecuencia, se ordene el restablecimiento del derecho desconocido o infringido, es completamente diferente “de las controversias contractuales”, reguladas, según se expuso, por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Lo expuesto significa que los artículos 15 y 17 del Decreto-ley 2304 de 1989, correspondientes a los artículos 85 y 87 del Código Contencioso Administrativo, regularon en forma independiente la “acción de nulidad y restablecimiento del derecho” y las “controversias contractuales”, éstas para controvertir todos los aspectos directa y exclusivamente relacionados con un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad y aquella para demandar la nulidad de los actos administrativos que desconozcan o lesionen derechos particulares y solicitar, en consecuencia, su restitución o restablecimiento. Según el artículo 6o. del Decreto 2651 de 1991, sólo las controversias contractuales a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, pueden ser objeto de conciliación o transacción.

4o.— El artículo 16 del Decreto-ley 2304 de 1989, que reemplazó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, prescribe la denominada “acción de reparación directa” que permite a la persona interesada “demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos”. Esta disposición contempla la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas por cualquiera de los motivos indicados que son, en el fondo, hechos de acción o de abstención.

Las referidas controversias, actualmente reguladas por el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, según el artículo 6o. del Decreto 2651 de 1991, pueden ser objeto de conciliación, porque ninguna de ellas

SALA DE CONSULTA

se funda en la petición de nulidad de un acto administrativo. La acción tendiente a que se declare la nulidad de un acto y se restablezca el derecho particular desconocido o infringido no es "de reparación directa" sino, según el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo de "nulidad y restablecimiento del derecho" que, según el artículo 60. del Decreto 2651 de 1991, no puede ser objeto de conciliación.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

Los actos administrativos mediante los cuales se decreta la caducidad administrativa, se impongan multas a los contratistas o modifiquen unilateralmente los contratos, según el artículo 60. del Decreto 2651 de 1991, no pueden ser objeto de conciliación. De acuerdo con la mencionada disposición sólo es posible conciliar controversias de responsabilidad contractual y extracontractual que no se refieren a actos administrativos.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SERVIDOR PUBLICO/PARTICIPACION EN POLITICA/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo legal

El artículo 127 inciso 3o. de la Constitución Política permite a los empleados a que se refiere tomar parte en actividades políticas como un derecho que les reconoce. Pero su ejercicio está condicionado a la expedición de la ley que lo regule. Esta ley debe determinar la compatibilidad entre el desempeño del cargo correspondiente al empleado y la posibilidad de que él mismo intervenga en actividades políticas.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno, relacionada con la intervención en política a que se refiere el artículo 127 inciso 2 de la Constitución Nacional.

Radicación No. 430.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, consulta a la Sala lo siguiente:

“1. PLEBISCITO DE 1957:

“Artículo 6o.— A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta”.

“Artículo 7o.— En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción”.

La prohibición de participar en política para los empleados oficiales se halla consagrada en Decretos, tales como el 2400 de 1968, el 482 de 1985, el 2241 de 1986, las leyes 85 de 1981, 13 de 1984 y 96 de 1985, entre otras.

2. ARTICULO 127 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991.—

“Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otros, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos y en las controversias políticas sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituyen causal de mala conducta”.

3. SE PREGUNTA:

1o.— ¿Pueden los empleados a los cuales se refiere el inciso tercero del artículo 127 arriba citado participar en actividades y controversias políticas de los partidos y movimientos, a partir de la promulgación de la Constitución actual, sin que los comportamientos de esta índole los haga acreedores a las sanciones disciplinarias y penales fijadas en las leyes expedidas con antelación, o es necesaria la reglamentación legal de la disposición constitucional?

2o.— ¿Las normas legales anteriores a la expedición de la nueva Carta Política que prohibían a los empleados oficiales en general, participar en controversias y actividades de los partidos y movimientos políticos quedaron derogados por el artículo 127 citado, o para que dicha derogatoria ocurra se requiere la expedición de nueva normatividad legal especial al respecto?

3o.— ¿La participación en controversias y actividades de los partidos políticos por parte de los empleados oficiales a que se contrae el inciso tercero del artículo 127 referido, ocurrida antes de la expedición de la actual Constitución, considerada como falta disciplinaria conforme a la normatividad vigente para esa época, dejó de tener esta connotación?

4o.— Cuando el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución Política señala que algunos empleados pueden participar en actividades políticas “en las condiciones” que señale la ley, debe interpretarse esta expresión como si la ley debe limitarse a fijar requisitos para que tal intervención ocurra, o puede la ley establecer qué tipo de actividad política es permitida (ejemplo: asistencia a reuniones, firma de comunicados) y cuál no (ejemplo: ser elegido)?

Puede la ley categorizar a los empleados de los distintos niveles, a fin de señalar qué actividades selectivas son permitidas en cada caso?”.

CONSIDERACIONES:

El artículo 127, incisos 2o. y 3o. de la actual Constitución Política dispuso:

“A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio”.

“Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley”.

La norma citada autoriza la participación de determinados empleados del Estado en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sujetando el ejercicio de tal actividad a las condiciones que señale la ley.

No hay lugar a duda que la nueva norma constituye una verdadera innovación en el campo de nuestro derecho público al concederle a determinada clase de empleados del Estado, —no a todos— el derecho de participar en la actividad política de los partidos.

Desde luego será la ley la que ha de regular la forma de ejercer este derecho y de cubrir el riesgo para evitar que el servidor público se convierta en factor desestabilizador de la administración pública.

Por ello el inciso final de la norma que se comenta expresó que “la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta”.

Pero si bien es cierto que el derecho a participar en actividades políticas fue reconocido directamente por la Constitución, su efectividad quedó condicionada a que el Congreso expida la ley que determina la forma de realizar las actividades políticas.

De manera que la actividad política de los empleados solamente puede cumplirse con fundamento en la nueva ley y mientras esta no se expida, los mismos no pueden realizar ninguna actividad política distinta del sufragio.

Es claro que la disposición reformó para los empleados no comprendidos dentro del inciso 2o., la disposición del artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 que prohíbe al empleado desarrollar actividades partidarias, así como la del artículo 1o. de la Ley 85 de 1981 que sancionaba con pérdida del empleo al funcionario o empleado público que formara parte de comités o directorios políticos, la del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, y la del artículo 201 del Código Electoral respecto del empleado público que forma parte de comités, juntas o directorios políticos.

Con la promulgación de la codificación constitucional de la cual forma parte el artículo 127, con sus incisos 2o., 3o. y 4o., dejaron de regir las anteriores normas, respecto a los empleados no contemplados en el 2o. inciso, como contrarias al mismo y desde luego quedó derogado el artículo 62 de la anterior Constitución, con base en el cual fueron expedidas.

Continúan vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto son compatibles con la disposición constitucional nueva mientras se expiden las normas a que hace referencia el artículo transitorio 21.

La inclusión en el articulado originalmente propuesto a la Comisión 3a. de la Asamblea Constituyente de dos alternativas con relación a la participación de los servidores públicos en actividades políticas se fundamentó así:

“La primera propuesta constituye un significativo avance frente al régimen vigente en el sentido que permite el ejercicio pleno de los derechos políticos de los ciudadanos, no obstante, su vinculación al Estado; conscientes eso sí que la autoridad de la cual pueden estar investidos no puede constituirse en elemento al servicio de una causa o partido. En consecuencia *y con el ánimo de que pueda realizarse un desmonte parcial de la prohibición actual* se ha trasladado al legislador la fijación de condiciones y requisitos para la participación de los servidores públicos en la actividad política.

La segunda propuesta amplía sustancialmente, sin delegar las competencias al legislador, la participación de los servidores públicos en la actividad

política. Eso sí, se excluye de este derecho a aquellos servidores públicos que desempeñan cargos de jurisdicción y mando. Se recoge de esa manera la aspiración expresada en varios de los proyectos y propuestas de reforma constitucional, en el sentido de ampliar los derechos políticos de los servidores públicos". (Exposición de motivos, Gaceta Constitucional No. 68, mayo 6 de 1991).

Ese traslado al legislador de la fijación de condiciones para la participación de los servidores públicos en la actividad política, recogía la propuesta al respecto del Gobierno Nacional (Proyecto No. 2 artículo 188) y la del Constituyente Fernando Carrillo F. concebida en los siguientes términos:

"Artículo.— A los funcionarios y empleados públicos, a excepción de los que desempeñan responsabilidades de dirección y manejo, y a los que expresamente excluye esta Constitución no les está prohibido pertenecer a directorios de los partidos, participar en actividades o intervenir en controversias políticas, *siempre y cuando estas actividades no sean un obstáculo para el adecuado desempeño de las funciones propias de su cargo.*

La ley del servicio público reglamentará esta disposición". (Proyecto No. 125 Gaceta No. 71 de mayo 8 de 1991).

En todo caso, el articulado definitivo que presentó a plenaria la Comisión 3a. incluyó el articulado 14, a cuyo tenor:

"La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades políticas. Con todo, la utilización de las funciones del empleo para inducir o presionar indebidamente a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política será causal de mala conducta e interdicción de derechos y nulidad del cargo obtenido (art. 61, incisos 3, 4 y 5 C.N. Gaceta 83 mayo 27/91).

Del debate sobre dicho artículo, según Acta de sesión plenaria de mayo 22/91 (Gaceta 105 junio 22/91 p. 15) surgió en ponencia para primer debate la proposición sustitutiva No. 23 del Constituyente Carlos Rodado N., como antecedente inmediato del artículo 127, que expresaba:

"Artículo 14.— La ley fijará las condiciones para la participación de los servidores públicos en actividades políticas salvo en los casos de funcionarios que detentan jurisdicción o mando o de dirección administrativa o los de la rama jurisdiccional, la electoral y los organismos de control. Con todo, el servidor público que induzca o presione indebidamente a cualquier persona natural o jurídica para que respalde una causa o campaña política perderá el empleo e incurrirá en interdicción en derechos y funciones públicas por el término de cinco años".

Asumido unívocamente, por demás, el carácter de los servidores públicos a quienes el artículo 127 de la Constitución permite participar en actividades de los partidos y en las controversias políticas y previstos los alcances y restricciones de tal participación, corresponde a la Sala responder el cuestionario propuesto por el señor Ministro de Gobierno:

1.) La participación en actividades partidistas y controversias políticas de los empleados del Estado no contemplados en la prohibición del inciso 2o. del artículo 127 de la Constitución Política *presupone expedición previa de la ley* que señale las condiciones en que pueden participar, porque así lo dispone el inciso 3o. de la norma citada.

2.) La reforma de las normas legales anteriores a la expedición de la Constitución nueva no está condicionada a la expedición de leyes nuevas en materia de prohibición a los empleados del Estado respecto del derecho constitucional a participar en actividades y controversias partidistas. Opera por virtud de la norma constitucional respecto a los empleados no contemplados en la prohibición, pero la participación de estos en dichas actividades está subordinada a las condiciones que la ley señale puesto que así lo prevé el artículo 127, inciso 3o. de la nueva Constitución.

3.) Como el ejercicio del derecho a participar en política que el artículo 127 de la Constitución reconoce a determinado sector de servidores públicos está condicionado a que se expida la ley que regule la manera de desarrollar esa actividad política, quienes participen en ella con antelación a la expedición de la mencionada ley, incurrir en falta disciplinaria.

4.) El artículo 127 Inciso 3o. de la Constitución Política permite a los empleados a que se refiere; tomar parte en actividades políticas como un derecho que les reconoce. Pero su ejercicio está condicionado a la expedición de la ley que lo regula. Esta ley debe determinar la compatibilidad entre el desempeño del cargo correspondiente al empleado y la posibilidad de que el mismo intervenga en actividades políticas.

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

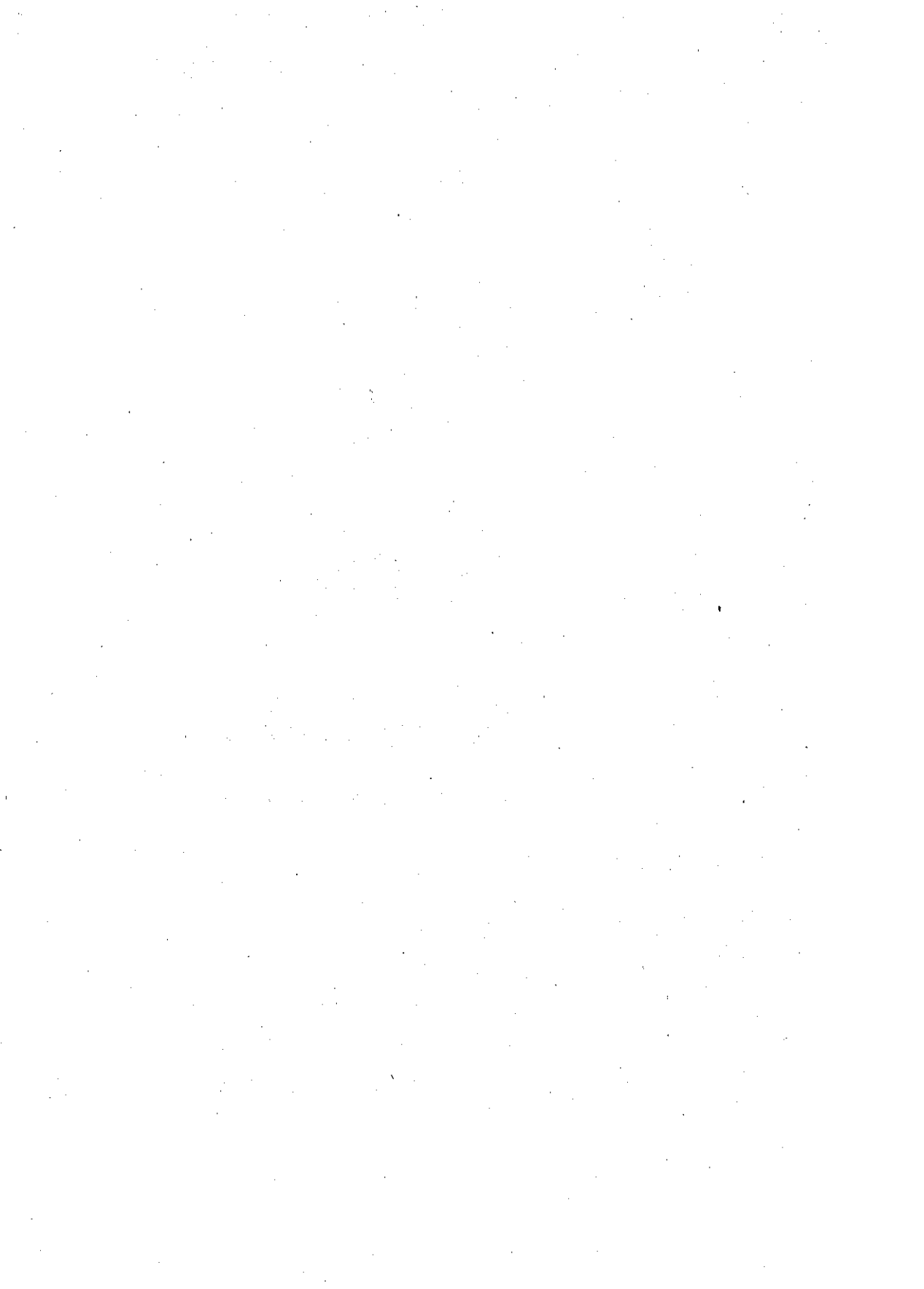
Transcribese en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SECCION

PRIMERA



DERECHOS DE AUTOR/ASOCIACION DE AUTORES

Requerir para el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones de autores que se acompañe un documento, en este caso la partitura musical, no es más que una exigencia obvia que permite en un momento dado determinar la calidad del autor y la explotación o utilización de la obra, requisitos "sine qua non" para la organización y funcionamiento de las asociaciones de autores. En lo que atañe al Literal C. del Decreto 0772 de 1990 encuentra la Sala que al existir el requisito de un contrato de mandato previo en que se confiere la representación para los efectos del inciso final del artículo 47 de la Ley 23 de 1982, se está contraviniendo lo dispuesto en el artículo 229 ibídem.

DECRETA LA NULIDAD del Literal C del artículo 1o. del Decreto 0772 de 16 de abril de 1990 emanado de la Presidencia de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1585. Acción de nulidad contra los literales A, B y C del artículo 1o. del Decreto 0722 de abril 16 de 1990 proferido por el Presidente de la República. *Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo.*

El ciudadano HERNAN ANTONIO BARRERO BRAVO, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo

SECCION PRIMERA

84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del acto administrativo de la referencia en el cual se dispone:

“DECRETO 0772 DE 1990
(abril 16)

“Por el cual se adiciona el Decreto 3116 de 1984 en cuanto al reconocimiento de personerías jurídicas a las asociaciones de titulares de derechos de autor y derechos conexos.

DECRETA:

“...Artículo 1o.— Además de los requisitos a que se refiere el artículo 42 del decreto 3116 de 1984, los interesados en el reconocimiento de una personería jurídica deberán acreditar ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor:

“A. Que todas y cada una de las obras de los afiliados se encuentren debidamente documentadas, para lo cual deberán acompañar la partitura musical, con letra o sin ella, indicando en escrito aparte:

“1. El nombre y dirección del editor musical, si lo tiene.

“2. El nombre y dirección del productor del fonograma.

“3. Año de grabación.

“4. Número de ejemplares editados.

“5. Nombre de los artistas que realizan la interpretación.

“B. Que las obras se encuentren actualmente en explotación, para lo cual deberán:

“1. Entregar a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, copia de las planillas elaboradas por las personas que tengan a su cargo la dirección de la entidad o establecimiento, donde se compruebe la ejecución pública en vivo.

“2. Allegar para la ejecución pública de fonogramas en establecimientos abiertos al público o a través de organismos de radiosifusión, copia de las planillas a que se refiere el artículo 163 de la ley 23 de 1982, que permitan comprobar la utilización de las obras de manera reiterada.

“C. Fotocopia autenticada del contrato de mandato entre el autor y la sociedad”.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS

Considera el actor que con la expedición del acto acusado se han quebrantado los artículos 12, 44 y 120, num. 3o., de la Constitución Nacional de 1886; 3o. inc. 2o., 84 y 158 del C.C.A.; 1502 y 639 del C.C.; Ley 23 de 1982 en sus artículos 9, 72, 76, 158, 165, 172, 216, 217 y 229.

Hace consistir el concepto de la violación así: (f. 18 a 22).

a) El literal A del acto impugnado viola los artículos 9o. y 217 de la ley 23 de 1982, por cuanto en la citada ley, en ninguna de sus disposiciones, aparece la forma de probar o el medio de prueba para acreditar a una persona como autor de una obra musical, por lo tanto con las exigencias requeridas, se está confundiendo la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (partitura, fonograma, etc.), con la creación misma (título originario) que es la obra musical con o sin letra (f. 19).

b) Las exigencias requeridas en el literal B del acto impugnado no tienen fundamento legal para efecto del reconocimiento de la personería jurídica de una asociación autoral, si se tiene en cuenta que los artículos 12 y 44 de la Constitución Política de 1886 consagran el derecho de asociación y le asignan a la ley su regulación. Que, además, el artículo 216 de la ley 23 de 1982 no le da solamente a la asociación autoral la atribución de cobrar los derechos patrimoniales para la ejecución pública de obras musicales, sino otras de mayor importancia que tienden a la defensa de los intereses de los asociados, por lo que el requisito de las planillas desconoce a otros autores que tienen derecho a asociarse en los términos de la ley 23 de 1982 y cuyas obras musicales se utilizan o explotan en otras formas consignadas en el artículo 76 de la citada ley y que no necesariamente tienen que ver con la ejecución pública, lo que significa, entonces, que el literal B está instituyendo un medio de prueba documental para acreditar que una obra musical está en explotación, lo que contraría la ley que dice reglamentar y el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 19 de mayo de 1989, expediente 914.

Que corresponde a la asociación autoral por medio de sus estatutos, mientras una norma con fuerza de ley lo establece, indicar cómo el autor acredita debidamente su calidad de tal y no al Gobierno a través de un Decreto Reglamentario porque en esta forma se excede en la potestad otorgada en el artículo 120, num. 3o. de la Constitución Nacional de 1886.

c) Que al exigir el decreto acusado en el literal C fotocopia autenticada del contrato de mandato entre el autor y la sociedad, se está reconociendo que la asociación autoral en creación ya existe y posee personalidad jurídica que cuenta con representación legal, lo que no es cierto, ni legal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 de la ley 23 de 1982, que establece

SECCION PRIMERA

que solamente podrán tenerse como asociaciones de autores y ejercer las atribuciones que la ley les señala, las constituidas y registradas conforme a las disposiciones de la misma, además que tal requisito permite concluir que quien no tiene capacidad jurídica en los términos del artículo 1502 del C.C. no puede celebrar el contrato de mandato requerido en el literal C.

Y, finalmente que como la ley 23 de 1982 no exige adjuntar a la solicitud fotocopia autenticada del contrato de mandato, el Gobierno por medio de un Decreto reglamentario sin fuerza de ley no puede hacer tal requerimiento.

II.— ACTUACION

Mediante proveído de fecha 6 de noviembre de 1990 visible a folios 28 a 31, se admitió la demanda y se negó el decreto de suspensión provisional por requerirse de un análisis profundo de la cuestión debatida para encontrar la manifiesta oposición del acto acusado frente a las normas citadas como vulneradas.

Del auto admisorio de la demanda se corrió traslado a la Nación —Ministerio de Gobierno—, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones por no vislumbrarse transgresión a las normas citadas por el libelista y sí por el contrario contener el acto acusado la finalidad de ser consecuente con la filosofía del estatuto autorial para otorgar mayores medios de protección al autor, y excepcionó ineptitud sustancial de la demanda por haber omitido la actora el cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A al no explicar el concepto de la violación de las normas presuntamente violadas.

Igualmente se ordenó comunicar el proveído al Director Nacional de Derechos de Autor quien manifestó que el acto acusado desarrolla el principio contenido en la ley 23 de 1982 y en él se plasma el propósito querido por la administración en la expedición de la norma.

III.— CONCEPTO DE LA FISCALIA

La colaboradora Fiscal de la Corporación considera que no precede la excepción propuesta pues la demanda sí cumple con el requisito exigido en el ordinal 4o. del artículo 137 del C.C.A.

Que en cuanto a la nulidad solicitada, no está llamada a prosperar porque en cuanto al literal A, el mismo artículo 9o. de la ley 23 de 1982 prevé formalidades que permitan los controles necesarios para hacer efectivos los derechos de autor y el artículo 217 ibídem exige la demostración de hechos de los que se han de derivar derechos y al no señalarse en la ley los medios probatorios, se impone la reglamentación.

Que en lo tocante al literal B, tampoco asiste razón al actor pues dicha norma no regula sólo una de las formas de explotación de las obras musicales lo que no implica desconocer otras formas de utilización, y en cuanto a la prueba documental, se acudió a los mecanismos previstos en la ley 23 de 1982 art. 163.

Y, en cuanto a la nulidad del literal C, parece tener razón el accionante, pero sólo en lo que atañe a la oportunidad en que debe cumplirse tal formalidad que no debe ser antes sino después del reconocimiento de la personería jurídica para que concuerde con las previsiones del inciso final del artículo 217 de la ley 23 de 1982.

IV. - LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Considera la Sala en primer término el estudio de la excepción de ineptitud sustancial de la demanda planteada por la demandada y que hace consistir en que el actor omitió el alcance del concepto de la violación de las normas presuntamente quebrantadas.

Comparte la Sala el criterio de la Fiscalía en el sentido de que la demanda objeto de este proceso no adolece de dicha irregularidad. En efecto, si bien es cierto que en el libelo se señalan como vulneradas una serie de disposiciones, y para algunas de ellas el actor no explica el alcance de la violación, no lo es menos que para cada literal acusado hace referencia a algunas normas para las cuales sí analiza dicho alcance y es a éstas a las que se circunscribe el examen que debe hacer esta Corporación. Por ello, el medio exceptivo no está llamado a prosperar y se impone un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al cargo por violación de los artículos 9o. y 217 de la ley 23 de 1982 en lo que atañe al literal A del Decreto 0772 de 1990, observa la Sala que no asiste razón al actor en la nulidad solicitada pues de una parte el artículo 9o. de la citada ley preceptúa:

“La protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen” (Subraya la Sala).

Y para desarrollar el principio de protección de los derechos de autor cual es la finalidad de la ley 23 de 1982, se estableció el Registro Nacional

SECCION PRIMERA

de Derechos de Autor cuyos objetivos según reza el artículo 193 son: a) Dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley y b) dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de propiedad intelectual y a los actos y documentos que a ella se refieran.

Para efectuar dicho registro el interesado deberá dirigir una solicitud a la autoridad competente en la que se exprese claramente, entre otros, el nombre, apellido y domicilio del autor, del productor, del editor, del impresor, título de obra o producción, lugar y fecha de aparición etc. (art. 195 Ley 23 de 1982).

Concretamente para el registro de obras musicales, el decreto 3116 de 1984 reglamentario de la ley 23 de 1982, en su artículo 2o. exige:

- a) Título de la obra.
- b) Si es inédita o publicada.
- c) Copia o fotocopia de la partitura con la firma autenticada del autor.

De lo anterior se infiere que las exigencias contenidas en el literal A para el reconocimiento de la personería jurídica a las asociaciones de autores de acompañar la partitura con los datos requeridos, no son más que una reiteración de los documentos y datos que se exigen para el registro de las obras, tendientes a proteger los derechos de autor y por lo mismo mal puede quebrantarse el artículo 9o. que busca precisamente brindar esa protección.

En lo tocante al artículo 217 de la citada ley 23 de 1982, tampoco se observa quebranto alguno, pues esta disposición prevé que para que las asociaciones de autores puedan funcionar, se admitirán como socios a los autores que acrediten debidamente su calidad de tales, además de que se exploten o utilicen las obras conforme a la ley, y que dejarán de formar parte de una asociación, las personas que sean titulares de obras fuera de uso o explotación.

Significa, entonces, que requerir para el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones de autores que se acompaña un documento, en este caso la partitura musical que no es otra cosa que el texto completo de la obra musical o la exteriorización material de la creación intelectual, con unos datos mínimos para establecer quién es su autor, editor musical, productor del fonograma, etc., no es más que una exigencia obvia que permite en un momento dado determinar la calidad del autor y la explotación o utilización de la obra, requisitos sine qua non para la organización y funcionamiento de las asociaciones de autores, según el texto del artículo

217 de la ley 23 de 1982, y, consecuencialmente, para el reconocimiento de su personería jurídica.

En lo que respecta al cargo frente al literal B del Decreto 0772 de 1990 por violación de los artículos 12 y 44 de la Constitución Política de 1886; 216 y 76 de la ley 23 de 1982, y 158 del C.C.A., estima la Sala que tampoco está llamado a prosperar ya que el requisito de las planillas está consagrado en el artículo 163 de la ley 23 de 1982 que obliga a los establecimientos o entidades donde se interpreten o ejecuten obras musicales a anotar en planillas diarias, en riguroso orden, el título de cada obra musical, el nombre del autor o compositor, y, el de los artistas o intérpretes, y, por lo mismo, nada impide que este documento preste mérito probatorio suficiente para demostrar la explotación o utilización de las obras musicales.

La propia ley 23 de 1982 prevé para las obras musicales las planillas; la motivación del Decreto 0772 de 1990 hace referencia únicamente a la ejecución pública de tales obras, lo que significa que no es que se desconozcan en el literal B los autores que se dedican a obras diferentes de las musicales, que son las que señala el art. 76 de la ley 23 de 1982, sino simplemente que no se está legislando respecto de ellas.

Por lo demás, el fallo de 19 de mayo de 1989, exp. 914, en que se fundamenta el actor, declaró la nulidad del artículo 43 literales a., b., c., d y e del decreto 3116 de 1984, censurando no el hecho de que la calidad del autor no se pudiera probar sino la exigencia de un número mínimo de obras por parte de los autores para formar parte de una asociación autoral, por tratarse de una medida meramente cuantitativa, arbitraria, injusta e ilegal. Por esto tampoco se transgrede el artículo 158 del C.C.A.

Finalmente, en lo que atañe al literal C del decreto 0772 de 1990 encuentra la Sala que al existir el requisito de un contrato de mandato previo en que se confiere la representación para los efectos del inciso final del artículo 47 de la ley 23 de 1982, se está contraviniendo lo dispuesto en el artículo 229 *ibídem*, toda vez que se está contratando con una asociación que aún no puede considerarse como tal según los lineamientos del mencionado artículo y por lo tanto el contrato resultaría a la postre ineficaz hasta tanto la asociación tenga la capacidad plena para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo cual sólo es posible justamente cuando obtenga el reconocimiento de su personería jurídica, previo control de legalidad de sus estatutos.

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,

SECCION PRIMERA

FALLA:

1o.— DENIEGASE la nulidad de los literales A y B del artículo 1o. del Decreto 0772 de 16 de abril de 1990 emanado de la Presidencia de la República.

2o.— DECLARASE LA NULIDAD del literal C del artículo 1o. del Decreto 0772 de 1990 por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitres de enero de mil novecientos noventa y dos.

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

**ACTO ADMINISTRATIVO—Validez/ACTO ADMINISTRATIVO—Eficacia/
ACTO ADMINISTRATIVO—Expedición/PUBLICACION**

Una cosa es la validez del acto administrativo, que depende de sus elementos esenciales, entre ellos la competencia y otra muy diferente la eficacia del mismo acto jurídico que solo tiene que ver con su obligatoriedad “para los particulares”, pues bueno es también destacarlo, se ha llegado a aceptar la posibilidad de que el acto jurídico no publicado obligue a la propia autoridad administrativa que lo profirió, y, de otro lado la ley expresamente ha dispuesto que es posible accionar por la vía contencioso administrativa contra aquél desde el momento de su expedición. (Artículo 136, inciso 2o. C.C.A.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1884. Recurso de apelación contra la providencia de 27 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso de nulidad contra el Decreto 571 de 1991, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena.

Actor: JORGE LUIS TORRES CASTRO.

Dentro de la oportunidad señalada en la ley para ello, el actor interpuso recurso de apelación contra la providencia de la referencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, denegó el decreto de suspensión provisional del Decreto No. 571 de julio 25 de 1991, expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, “Por el cual se convoca a los usuarios del

SECCION PRIMERA

servicio que prestan las Empresas Públicas Distritales a que se inscriban como candidatos para escoger delegados ante la Junta Directiva de dicha Empresa”, con fundamento, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

El Consejo Municipal de Cartagena, mediante el Acuerdo No. 32 del 19 de junio de 1991, publicado el 27 de julio (sic) de ese mismo año, autorizó al Alcalde de dicha ciudad “para convocar en un tiempo no mayor de un (1) mes, contado a partir de la fecha de vigencia del presente Acuerdo, para que los usuarios inscriban sus listas de candidatos a participar en las elecciones para el año de 1991”.

En cumplimiento de dicho Acuerdo, se expidió el decreto acusado, que lleva fecha 25 de julio de 1991, en donde se hizo la convocatoria por el término de treinta días, a partir de la publicación del decreto.

Como de acuerdo con la autorización podía ejercerse hasta el 27 de julio de 1991 y la convocatoria se hizo el 25 de dicho mes, es claro que el Alcalde Mayor de Cartagena la ejerció dentro del término que se le concedió. Otra cosa es que la obligatoriedad del acto se produjera con fecha posterior en razón de su publicación, la cual tuvo lugar el 9 de agosto de 1991, según Gaceta Distrital No. 68 de esa fecha.

Por otra parte, la solicitud de suspensión provisional no cita la norma legal que en su parecer viola manifiestamente el acto acusado por la publicación posterior al 27 de julio de 1991, sino que señala como tal la norma constitucional (art. 315, numeral 1, de la C.N.), referente a la atribución de los Alcaldes de cumplir y hacer cumplir, en general, la Constitución, la ley, los Decretos del Gobierno y los Acuerdos del Concejo, y la norma legal (art. 132, numeral 1, del decreto ley 1333 de 1986), en el mismo sentido.

Como no hay manifiesta violación de las normas citadas, no se accederá a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El actor al formular el recurso de apelación, lo fundamenta en las siguientes razones:

Todo acto administrativo, sea de carácter particular o general, requiere de su notificación o publicación, según el caso, para que surja a la vida jurídica, es decir, para que produzca efectos en derecho. Desde el momento mismo de su proferimiento, y hasta antes de su publicación o notificación no pasa de ser un simple documento sin entidad jurídica alguna.

Pues bien, en el presente caso, el párrafo transitorio del artículo 9o. del Acuerdo ordenaba al señor Alcalde convocar a los usuarios del servicio,

en un término no mayor de un (1) mes contado a partir de su vigencia, que como se dijo es el día 27 de junio de 1991, fecha de su publicación en la Gaceta correspondiente. De tal suerte resulta que cuando el Alcalde expide el decreto convocando a los usuarios el 25 de julio de 1991, no estaba cumpliendo legalmente lo ordenado por el acuerdo, pues, en nuestro modesto concepto, no bastaba el simple proferimiento del acto administrativo, sino que era menestar que naciera a la vida jurídica y esto sólo ocurre cuando es publicado en la Gaceta Distrital, lo que tan sólo aconteció el 9 de agosto de 1991, cuando ya se había vencido la oportunidad para convocar.

Ahora bien, no hubo ausencia de norma acusada, pues en el escrito de suspensión provisional consideraba violada la norma que trae el párrafo transitorio del artículo 9o. del Acuerdo, a más de las dispuestas en la Constitución (art. 315) y en la ley (decreto 1333 de 1986 art. 132).

Por ello, solicita la revocatoria de la providencia apelada, para que en su lugar se acceda a la suspensión provisional solicitada.

II. LA DECISION

La jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes y reiteradas en el sentido de sostener que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales depende su validez. Esos elementos son: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En cuanto hace relación al primero, o sea, el relativo a la competencia que debe tener la autoridad que ejerce la función administrativa a través del acto jurídico que es el elemento que interesa para adoptar una decisión en el caso sub lite, se ha dicho que la autoridad que ejerce la precitada función debe actuar dentro de los límites de su competencia. Si ella no existe, porque se encuentra radicada en otro órgano del poder público o de otra rama del mismo, o porque la Constitución impide o prohíbe que cualquiera de las ramas de dicho poder adopte o tome decisiones sobre determinadas materias o aspectos, o si el funcionario, órgano o autoridad, excede esos límites de su competencia, como, por ejemplo, cuando la decisión se profiere por fuera del tiempo que la autorización constitucional o legal le señala, el acto resulta viciado, con mayor o menor intensidad, según la naturaleza del exceso cometido.

Dicho lo anterior, cabe dilucidar si, en casos como el presente en donde la autoridad administrativa municipal expidió el acto jurídico dentro del término que la norma superior le señaló para ejercer la competencia de convocar a los usuarios de un determinado servicio público a inscribir sus candidatos para la elección de sus representantes en la Junta Directiva de la entidad estatal encargada de prestarlo, pero la disposición tan sólo vino a ser publicada, como deber legal y como requisito indispensable para que entrara a regir y fuera obligatoria "para los particulares" (art. 43 C.C.A., en

SECCION PRIMERA

concordancia con la ley 57 de 1985), tiempo después, se incurre en el vicio de nulidad por falta de competencia del órgano que ejerce la respectiva función administrativa, por haberse publicado el acto jurídico de carácter general en fecha posterior a la que le otorgaba la norma superior de derecho a la autoridad para ejercer la facultad concedida.

La Sección, siguiendo en ello la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considera que una cosa es la validez del acto administrativo, que depende de los elementos esenciales antes mencionados, entre ellos la competencia, que observa se ejerció dentro del plazo que le señaló el Concejo Municipal de Cartagena al Alcalde Mayor de esa ciudad, razón por la cual realmente no se encuentra el quebrantamiento del párrafo transitorio del artículo 9o. del Acuerdo, ciertamente invocado por el demandante como lo observa en su escrito sustentatorio del recurso, en concordancia con las normas contenidas en los artículos 315 de la C.N. y 132 del C. de R.M., y otra muy diferente la eficacia del mismo acto jurídico que sólo tiene que ver con su obligatoriedad "para los particulares", pues bueno es también destacarlo, se ha llegado a aceptar la posibilidad de que el acto jurídico no publicado obligue a la propia autoridad administrativa que lo profirió, y, de otro lado, la ley expresamente ha dispuesto que es posible accionar por la vía contencioso administrativa contra aquél desde el momento de su expedición (art. 136, inciso segundo, del C. C. A.).

Por lo dicho, el recurso no está llamado a prosperar y deberá confirmarse la providencia en la parte recurrida en ella.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, RESUELVE: CONFIRMAR la providencia de 27 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto por ella se negó el decreto de suspensión provisional del acto administrativo acusado, dentro del proceso de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitres de enero de mil novecientos noventa y dos.

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

DEMANDA—Corrección/CADUCIDAD/ACTO DEFINITIVO/VIA GUBERNATIVA—Agotamiento

Cuando se hace uso de la facultad que a todo demandante le concede el artículo 208 del C.C.A., para concluir en la solicitud de declaratoria de nulidad otro acto administrativo o una manifestación de voluntad que contribuye a integrarlo, esa facultad está condicionada por el término de caducidad de la acción contenciosa, el cual corre desde el momento de la publicación, notificación o ejecución de ese acto no demandado inicialmente o de esa otra manifestación de voluntad administrativa que integra el denominado acto definitivo, o sea el que agota la vía gubernativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C. veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1292. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con actos administrativos dictados por el señor Presidente de la República. Actor: Eduardo Martínez Romero.

El señor EDUARDO MARTINEZ ROMERO, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A., solicita la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 108 y 113 de agosto 29 y septiembre 6 de 1989, proferidas por el señor Presidente de la República, en cuanto por ellas se concedió la extradición del actor, solicitada por la Embajada de los Estados Unidos de América; y se decide negativamente el recurso de reposición, para que, como conse-

SECCION PRIMERA

cuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare “que el señor Eduardo Martínez Romero tiene derecho a permanecer en el país”, y se “condene al Gobierno Nacional a repatriarlo al territorio de la república, haciendo inclusive uso de la fuerza pública si fuere ello necesario, para que en todo caso se vuelvan las cosas al estado en que se hallaban antes de la expedición de los actos acusados”.

I. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA ACCION

Relata el accionante, en síntesis, que expedido por el Gobierno Nacional el decreto extraordinario 1860 de 18 de agosto de 1989, dictado en ejercicio de las facultades del artículo 121 de la Constitución de 1886, por el cual se estableció la extradición por vía administrativa de nacionales colombianos y extranjeros requeridos por delitos de narcotráfico y conexos, el día 29 de agosto de ese año el Presidente de la República, invocando dichas facultades, expidió la resolución 108 por la cual se resolvió conceder la extradición del ciudadano EDUARDO MARTINEZ ROMERO, solicitada por la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia.

Que el actor, por conducto del mismo apoderado constituido para este juicio, interpuso en forma oportuna recurso de reposición contra dicha providencia el cual fue resuelto mediante la resolución 113 de septiembre 6 de 1989, ejecutada sin que previamente se le hubiere notificado personalmente al apoderado y hubiere sido publicada, pues la precitada resolución decidió negativamente el indicado recurso.

Que el demandante fue trasladado apresuradamente a los Estados Unidos de América, el día 7 de septiembre de 1989, fecha en que el apoderado se enteró del hecho, razón por la cual acudió a la Secretaría General del Ministerio de Justicia, en donde se le confirmó la noticia, y se procedió a hacerle simple entrega de la resolución que había decidido el recurso de reposición.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENCIONES

En este capítulo de su demanda, el apoderado del demandante formula los siguientes cargos:

1. Vicios de forma en la expedición de la Resolución 108 de 1989.

Considera la parte actora que se quebrantó el artículo 35 del C.C.A. y se incurrió por eso en el vicio de nulidad conocido con el nombre de “expedición irregular” del acto administrativo acusado, previsto en el art. 84 ib., por cuanto en la resolución 108 de 1989 no se hace mención de los datos que permiten la identificación de las personas cuya extradición se concede, pues no da “su edad, estado civil, profesión oficio, domicilio,

residencia, rasgos físicos, lugar de nacimiento, nombre de sus padres, ni dato adicional alguno que permita distinguirlo y señalarlo como el sujeto que efectivamente cuya entrega (sic) se solicita en la Nota Verbal No. 632 de agosto 28 de 1989 de la Embajada de los Estados Unidos de América, y la resolución No. 113 de septiembre 6 de 1989 negó abiertamente la necesidad de practicar dichas pruebas, sin mayor apoyo que la propia voluntad de quienes la profirieron, resulta palmario (sic) que las resoluciones recurridas carecen totalmente de motivación, en punto tan trascendental”.

“Es más. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 649 del Código de Procedimiento Penal, al cual remite el artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 1860 de 1989, ha debido establecerse plenamente, en el cuerpo de la resolución, y como uno de los motivos que condujeron a la autoridad que la profirió a disponer la concesión de la extradición del ciudadano Eduardo Martínez Romero, no solamente el respeto del principio de la doble incriminación, en relación con los hechos imputados, sino, además la punibilidad de los mismos”.

“... Tampoco la Resolución No. 108 de agosto 29 de 1989, y la Resolución No. 113 de 1989 que la confirmó, esclarecen los motivos por los cuales se comprobó que el Estado requirente tenía jurisdicción para conocer de los hechos que se imputan a Eduardo Martínez Romero, y el Estado colombiano quedaba habilitado para resignar a la misma, siendo éste uno de los requisitos sustanciales de todo pedido de extradición, confirmando con ello la falta de motivación de las resoluciones recurridas.

“... Otro aspecto relacionado con los vicios de forma que aquejan a las Resoluciones recurridas, es el silencio que en ellas se guarda respecto de los cargos que, en el mismo “Indictmen” que se endilga al ciudadano Eduardo Romero Martínez, fueron *levantados* por la Fiscalía del Distrito Norte de Georgia, División de Atlanta, en fecha tan reciente como el 14 de agosto de 1989.

“... La Resolución No. 113 de septiembre 6 de 1989 está afectada, en particular, del vicio de forma derivado de haber sido cumplida *sin encontrarse ejecutoriada*”, pues no se había notificado al apoderado cuando ya el Gobierno Nacional se había apresurado a darle cumplimiento a lo resuelto en ella, pese a que “una disposición expresa del Derecho Positivo colombiano exige que, para que un acto individual pueda ser ejecutado, debe enterarse primero de su contenido al particular afectado, y a su apoderado. Lo que, por otra parte, disponía expresamente la propia Resolución No. 113 de 1989, en su artículo 3o., el cual exigía, no solamente la notificación personal a dicho apoderado, sino, además su publicación.

“Violándose así, con esta omisión, lo dispuesto en el artículo 44, inciso primero, artículo 48, incisos primero y segundo, y artículo 61, del

SECCION PRIMERA

artículo primero del Decreto No. 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo)".

2. Vicios de fondo de las Resoluciones acusadas.

Partiendo de la premisa de que la República de Colombia es un estado de derecho y que la soberanía reside en la Nación, de la cual emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos de la Constitución (art. 1o. y 2o. de la Constitución de 1886), el sector considera que los actos administrativos están viciados de nulidad por no estar conformes con el ordenamiento jurídico.

Desde ese punto de vista, se considera en la demanda que se han quebrantado las siguientes normas positivas de derecho:

a) Violación del Derecho Internacional y de los artículos 76 (18), 78 (2) y 120 (20) de la Constitución Nacional, pues no obstante la declaratoria de inexecutable de las leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, el Tratado de Extradición celebrado en 1978 entre los Estados Unidos de América y la República de Colombia, se encuentra en pleno vigor, lo que implica que, desde el punto de vista jurídico-internacional, no puede válidamente el Congreso de la República, ni el Presidente (en ejercicio de atribuciones especiales) expedir norma alguna que, entre ambos Estados, regule lo relativo a la extradición de extranjeros o de nacionales, lo que hace abiertamente violatorio del Derecho Internacional el decreto 1860 de 1989. Y si ello es así, entonces las resoluciones acusadas son inválidas, en la medida en que están disponiendo la extradición de un nacional colombiano hacia los Estados Unidos de América sin sujeción a las estipulaciones, trámites y procedimientos del Tratado de Extradición en vigor entre ambos Estados.

Considera, entonces, que hubo violación de las normas constitucionales precitadas.

b) Violación del artículo 11 de la Constitución de 1886.

"No dice el artículo que los extranjeros en Colombia hayan de disfrutar de *más* derechos que los nacionales colombianos. Por el contrario, en tanto que a los primeros se puede subordinar el ejercicio de los derechos civiles a *determinadas condiciones especiales*, o inclusive *negar* dicho ejercicio, a los nacionales colombianos no se les puede subordinar *ni negar* el ejercicio de los derechos civiles".

Al cometer al demandante al procedimiento especial, breve y sumario previsto en el decreto legislativo 1860 de 1989, se lo está colocando en desventaja frente a los procedimientos especiales previstos en las normas del Código Nacional de Policía, cuando de la expulsión de extranjeros se trate (arts. 175, 176 y 177).

Por otra parte, el artículo 1o. del decreto 1860 de 1989 no suspendió la vigencia del inciso primero del artículo 17 del Código Penal colombiano, conforme al cual "La extradición se solicitará u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de éstos, el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal".

De esta suerte, si un extranjero es solicitado en extradición, por un delito de hurto, por ejemplo, por los Estados Unidos de América, su extradición estaría gobernada por el procedimiento general establecido en el Código de Procedimiento Penal, que consagra la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema.

Como la intervención de la Corte Suprema solamente fue suspendida para los delitos de narcotráfico y conexos, se tendría entonces la absurda situación de que la extradición del extranjero, requerido por el delito de hurto simple, exigiría la intervención de la Corte, cuyo concepto desfavorable obligaría al Gobierno, en tanto que la extradición del nacional colombiano no sería revisada por ningún organismo de la Rama Jurisdiccional, y tan sólo quedaría como garantía del afectado con dicho procedimiento, el recurso de reposición. Nuevamente se observa que los extranjeros disfrutaban en Colombia *de más derechos* que los que se conceden a los extranjeros, con violación del art. 11 de la Constitución de 1886.

c) Violación del artículo 121 de la Constitución Política

Considera el demandante, en primer término, que conceder una extradición por el procedimiento breve y sumario establecido en un Decreto de Estado de Sitio, con fundamento en un concepto de la Sala Penal de la Corte Suprema, el cual no tiene el carácter de obligatorio, desconociendo al mismo tiempo reiterados pronunciamientos de la misma Corte, obrando como Tribunal Supremo Constitucional, en los cuales ha dicho que los vicios de forma que aquejaban las leyes 27 de 1980 y 68 de 1986 no afectan la validez del Tratado de Extradición de 1979 como vínculo jurídico internacional y vista la vocación transitoria de las disposiciones del Estado de Sitio, es hacer nugatorio el efecto del control automático establecido por el artículo 214 de la Constitución respecto de dichas normas, pues ¿cómo podría hacerse efectiva la decisión "definitiva" de la Corte Suprema, en el sentido de entender como inexecutable, eventualmente, el art. 1o. del decreto 1860 de 1989, si en el entretanto se ha remitido en extradición al ciudadano Martínez Romero, sin que exista un mecanismo que asegure su repatriación, ante la inconstitucionalidad de la norma en virtud de la cual este Estado, el Estado colombiano, hizo entrega de él?

Desde otro punto de vista, el Estado colombiano no podía invocar razones derivadas de una conmoción interior, o de una perturbación del

SECCION PRIMERA

orden público interno, para conceder la extradición de sus nacionales, que se encuentran dentro de su territorio, hacia otros Estados, sin darle aplicación a las normas, emanadas de Tratados Públicos celebrados con dichos Estados, ya que si la justificación de dicha entrega es la represión de los delitos imputados al ciudadano que es remitido, entonces esto va a aprovechar al Estado requirente, y no al Estado colombiano, y así las medidas así emprendidas no tendrán relación directa e inmediata con el restablecimiento del orden público interno, sino del internacional, a lo cual es ajeno el artículo 121 de la Constitución, cuando el Estado de Sitio fue declarado para la constatación de la existencia de una conmoción interna y no de una guerra exterior.

La concesión de la extradición del actor, sin la intervención de la Corte Suprema, autorizada por un Decreto de Estado de Sitio que eliminó dicha intervención, entonces —concluye el demandante—, desconoce la naturaleza internacional y criminal de la institución de la extradición, y extiende los poderes de los cuales goza el Presidente de la República en virtud del art. 121 de la Carta, más allá inclusive de los que dispone el legislador ordinario.

d) Violación del artículo 61 de la Constitución de 1886. La concesión de la extradición de un nacional colombiano, sin la intervención del organismo jurisdiccional que revise la actuación, quebranta dicha norma ya que ninguna persona o corporación podrá simultáneamente, en tiempo de paz, ejercer la autoridad política o civil y la judicial o la militar.

c) Violación de los principios generales que rigen la extradición como institución criminal de los Estados Unidos de América, por cuanto la petición de extradición del actor, conforme a la legislación penal norteamericana, ha debido formularse con sujeción al Tratado Público que regula la materia entre dicho país y la República de Colombia, instrumento que como ya se vio es el Tratado de Extradición de 1979, que se encuentra en vigor como compromiso internacional, pero que no es aplicable a los coasociados que habiten en el territorio colombiano, por circunstancias relativas a su derecho interno, y ello no se hizo así en la Nota Verbal de solicitud de extradición.

f) “No podemos ser más papistas que el Papa”. Se refiere aquí a la imposibilidad de extradición de nacionales antes del Tratado de 1979, para concluir que con la expedición del decreto 1860 de 1989 y los actos acusados lo que hizo el Gobierno Nacional fue subsanar las dificultades de la legislación criminal norteamericana en materia de extradición por los delitos relacionados con el tráfico y consumo de estupefacientes.

g) Excepción de inconstitucionalidad, en relación con el Decreto 1860 de 1989, por violación de los artículos 26, 76, ordinal 18, 78, ordinal 2o., y 21 de la Constitución de 1886. Considera el actor que al concederse la extra-

dición del demandante sin sujeción a lo dispuesto en un Tratado Público, en vigor entre los dos Estados, que regula íntegramente la materia, dándole efectos retroactivos a los dos primeros artículos del Decreto precitado, se quebrantaron dichos preceptos constitucionales. Alega el principio universal de la preexistencia de la ley y de la pena, legalidad del procedimiento y el principio de la favorabilidad.

h) Necesidad y conveniencia de esperar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad del Decreto 1860 de 1989.

III. LA ACTUACION

Admitida la demanda y notificado el auto admisorio de ella al Ministerio de Justicia, por conducto de apoderado especial procedió a contestar la demanda, sosteniendo que el acto administrativo se ajustó a la realidad de los hechos, que fue proferido conforme a las normas de carácter especial y posterior, y se remite a la sentencia de 3 de octubre de 1989 por la cual la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el decreto 1860 de 1989, que es el sustento legal del acto que se controvierte. Considera, en efecto, que dicho Decreto autoriza la extradición de colombianos mediante decisión administrativa, sin que medie Tratado Internacional y sin requerir el concepto previo de la Corte Suprema de Justicia; que todos los requerimientos previstos en el indicado Decreto se cumplieron; y, que el Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos de América resulta inaplicable por cuanto la ley que lo incorporó a la legislación interna fue declarada inexecutable, etc.

Practicadas las pruebas que fueron solicitadas y decretadas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término del cual ninguna de ellas hizo uso.

Por su parte, la señora Fiscal Primera de la Corporación rindió su concepto de rigor sobre las pretensiones de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Primera del Consejo solicita se acceda a las súplicas de la demanda.

Considera la Agente del Ministerio Público que el examen de la cuestión debatida debe limitarse a los aspectos que hacen relación a temas diferentes al de la inconstitucionalidad del Decreto 1860 de 1989, fundamento o soporte jurídico del acto acusado, pues la Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 3 de octubre de 1989, lo declaró executable, lo que pone término a toda discusión respecto a aquellos cargos del libelo que se fundamentan en la inconstitucionalidad de la indicada norma.

Partiendo de esa premisa, la Fiscalía observa que es evidente que con anterioridad a la decisión administrativa la parte actora no tuvo acceso a las piezas del proceso levantado en contra suya, puesto que se pretermitió la etapa del procedimiento destinada a poner en conocimiento del sindicado el requerimiento recibido con toda la información y anexos recogidos, se omitió oírlo en declaración y darle oportunidad de controvertir los cargos y pruebas, así como de aducir las que estimare conducentes para su defensa, y que ningún procedimiento que se establezca puede ser tan breve y sumario que carezca de esta etapa ineludible que posibilite el ejercicio del derecho fundamental de defensa, pues el inculcado debe conocer el expediente levantado y debe disponer de un espacio racional que lo coloque en posibilidad de presentar útilmente su defensa.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En la demanda inicial, presentada por el apoderado del actor, el día 4 de septiembre de 1989, sólo se solicitaba la nulidad de la Resolución No. 108 de agosto 29 del mismo año, acto principal que concedió la extradición del ciudadano Martínez Romero, el cual se encontraba impugnado en la vía gubernativa mediante el ejercicio del recurso de reposición interpuesto por el apoderado del mismo ciudadano y que solamente fue decidido mediante la Resolución No. 113 de septiembre 6 de 1989. Es decir, que para la Sala, cuando se promovió la demanda inicial, no se había agotado la vía gubernativa por decisión expresa —menos presunta por silencio negativo ya que no había transcurrido el término de dos meses para resolver el recurso— de la Administración sobre el recurso de reposición (art. 63, primitivo e inicial, del C.C.A., en concordancia con el art. 62 ib., que recobró su vigencia por la declaratoria de inexecutable del art. 8o. del decreto ley 2304 de 1989, hecha por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 20 de 1990, pero que se encontraba vigente en el momento de instaurarse la demanda).

La admisión de la demanda, el día 15 de septiembre de 1989, no obstante esa falta de agotamiento de la vía gubernativa, fue posible, por cuanto el apoderado del actor no se refirió en su escrito, para nada, al hecho de haber hecho uso de la vía gubernativa mediante el ejercicio del mencionado recurso de reposición.

Posteriormente, dentro del término de fijación en lista, concretamente el día 25 de enero de 1990, el señor apoderado del actor, en ejercicio de la facultad que le concede a todo demandante el artículo 208 del C.C.A., corrigió y aclaró la demanda primitiva, sustituyéndola en su integridad por otra, que fue admitida el 4 de febrero de 1990.

Ante lo anterior, lo primero que debe decidir la Sala es si la acción contencioso-administrativa instaurada contra el acto administrativo integrado por las dos resoluciones dictadas por el ejecutivo nacional, la número 108 de agosto 29 de 1989 que concedió la extradición y la número 113 del 6 de septiembre del mismo año que decidió negativamente a los intereses de la parte actora el recurso de reposición que interpuso su apoderado, se encontraba caducada el día 25 de enero de 1990, fecha de presentación de la corrección y aclaración de la demanda primitiva ante la Secretaría de la Sección.

Para la Sala es claro que el ejercicio del recurso de reposición dentro del término que la ley concede para ello y su no decisión para el día 4 de septiembre de 1989, cuando se instauró la demanda primitiva, ya que tan solo se resolvió el 6 del mismo mes y año, impedía el ejercicio de la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho en la fecha precitada, o sea, el 4 de septiembre de 1989, ya que no se había agotado la vía gubernativa, ni por decisión expresa que se adoptó posteriormente, ni por decisión ficta o presunta con efectos negativos, y, por cuanto, además, tampoco se desistió del recurso de reposición con anterioridad a esa fecha de presentación de la demanda. En tales condiciones, en ese momento, la Corporación, a través de esta Sección de su Sala Contenciosa, carecía de competencia para conocer de la acción propuesta, que impedía la admisión de la demanda por falta de ese presupuesto de la acción contenciosa, que es el denominado "agotamiento de la vía gubernativa", y que, por otra parte, hubiera conducido, de no haberse hecho uso de la facultad de corregirla y aclararla, a que se dicte sentencia inhibitoria por ese no agotamiento de la vía gubernativa.

Empero, como se ha visto, habiéndose hecho uso de esa facultad para integrar debidamente el petitum de nulidad con los dos pronunciamientos que constituyen el acto administrativo definitivo, como debe hacerse según la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, es evidente y claro también que ya no puede encontrarse la falta de ese presupuesto de la acción contenciosa que conduzca a la sentencia inhibitoria, y que, entonces, lo que cabe dilucidar es si, como ya se dijo, la acción contenciosa, ya enderezada contra las dos manifestaciones de voluntad administrativa, la que recoge el acto principal y la que se encuentra en el acto definitivo, se encontraba o no caducada para el día 25 de enero de 1990, fecha de presentación de la corrección y aclaración de la demanda. En otras palabras, si la presentación de la demanda primitiva, así no se hubiera reunido el presupuesto de la acción contenciosa conocido con la denominación "agotamiento de la vía gubernativa", tuvo la virtualidad de interrumpir la caducidad de la acción consagrada en el artículo 136 del C.C.A.

La Sala considera que si bien es cierto que en ejercicio de la facultad que le concede a todo demandante el art. 208 del C.C.A., es posible, entre

SECCION PRIMERA

otras cosas, hacer nuevas peticiones o sustituirlas por otras, como por ejemplo, incluir en la petición de nulidad otra u otras manifestaciones de voluntad administrativa que integran el acto, como las resultantes del ejercicio de los recursos gubernativos, o aquellas que integren el denominado "acto administrativo complejo", también lo es que aquélla está condicionada por el término de caducidad de la acción, que indubitablemente comenzó a correr a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto que agota la vía gubernativa, pues lo contrario conduciría a que se pudiera adelantar el proceso ante la jurisdicción sin cumplirse con el presupuesto de la acción denominado "agotamiento de la vía gubernativa", y que ello, siendo de orden público, se pudiera subsanar posteriormente, cuando se haga uso de la facultad de corregir o aclarar la demanda, con evidente desgaste de la jurisdicción, la cual por lo demás, podría encontrarse ante el hecho de que el acto administrativo principal acusado ni siquiera surtió efectos jurídicos por haberse revocado por decisión del propio funcionario adoptada con motivo del recurso de reposición, o por decisión del superior al decidir el de apelación, lo que impondría la sentencia inhibitoria.

En síntesis: considera la Sala que cuando se hace uso de la facultad que a todo demandante le concede el art. 208 del C.C.A., para incluir en la solicitud de declaratoria de nulidad otro acto administrativo o una manifestación de voluntad que contribuye a integrarlo, esa facultad está condicionada por el término de caducidad de la acción contenciosa señalado en el art. 136 del C.C.A., el cual corre desde el momento de la publicación, notificación o ejecución de ese acto no demandado inicialmente, o de esa otra manifestación de voluntad administrativa que integra el denominado acto administrativo definitivo, o sea el que agota la vía gubernativa.

Debe, entonces, la Sala llegar a la conclusión de que la demanda primitiva, modificada y aclarada dentro del término que la ley concede para ello, no tuvo el efecto de interrumpir la caducidad de una acción que no había comenzado a correr, precisamente por el ejercicio de la vía gubernativa y su falta de agotamiento, y que la segunda y definitiva demanda, la presentada el 25 de enero de 1990, lo fue por fuera del término de caducidad, por haber transcurrido cuatro meses, 19 días, desde la notificación del acto administrativo que puso término a la vía gubernativa.

Por ello, habrá de declararse la caducidad de la acción sin dejar de observar la Sala que la solicitud de la representante del Ministerio Público sería analizable si, no existiendo esa caducidad, la parte actora hubiera invocado como quebrantadas las disposiciones constitucionales y legales que en Colombia garantizaban y siguen garantizando a todos los nacionales y extranjeros residentes en el país, el sagrado derecho de defensa y cuyo desconocimiento conduce a la causal de nulidad que se introdujo en el artículo 14 del decreto 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 84 del C.C.A., con la denominación "desconocimiento del derecho de audiencias

y defensa”, que, por lo demás, surgía nítidamente del artículo 5o. de la ley 58 de 1982, con fundamento en la cual se dictó el actual C.C.A., según el cual “A falta de procedimiento especial las actuaciones administrativas —y la relativa a la extradición de un nacional lo es y por ello se ha denominado “extradición administrativa o por vía gubernativa”, anota la Sala— de nivel nacional, departamental y municipal se cumplirán conforme a los siguientes principios: *audiencia de las partes*, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el procedimiento...” (subrayado fuera de texto).

Ello por la muy elemental consideración de que ésta es una jurisdicción rogada, como surge claramente del artículo 137-4 del C.C.A., en concordancia con el art. 143 ib.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

DECLARASE INHIBIDA para hacer un pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda instaurada por el ciudadano EDUARDO MARTINEZ ROMERO por encontrarse caducada la acción contenciosa propuesta.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Justicia y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos.

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

NULIDAD PROCESAL/LEGITIMACION PROCESAL/PARTES—Representación/DERECHO DE DEFENSA

La nulidad por indebida representación de las partes solo podrá alegarla, según el inciso 3o. del artículo 143 del C. de P.C., la persona afectada, pues está establecida la causal para la exclusiva garantía de su derecho de defensa.

NULIDAD PROCESAL—Improcedencia/MINISTERIO PUBLICO/INDEBIDA NOTIFICACION

Resulta desprovista de fundamento la causal alegada en indebida citación y notificación del agente del Ministerio Público, pues, como acertadamente lo afirmó el juzgador del primer grado, todas las providencias proferidas en este proceso le han sido notificadas personalmente al Fiscal del Tribunal, quien por mandato del artículo 121-3 del C.C.A. es el encargado de ejercer las funciones del Ministerio Público en el tribunal a-quo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1809. Recurso de apelación contra auto de 8 de noviembre de 1990 del Tribunal Administrativo del Valle. Actor: David Ayala Millán.

Se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la tercera impugnante, AMALFI RAMIREZ DE MEDINA, contra el auto de 8

de noviembre de 1990, mediante al cual el Tribunal Administrativo del Valle no accedió a declarar la nulidad de lo actuado en el proceso.

I. ANTECEDENTES

I.1.— DAVID AYALA MILLAN, obrando en su propio nombre y en su condición de heredero legítimo de su padre CARLOS ENRIQUE AYALA GORDILLO, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle, tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones: 1o.): Que se decrete la nulidad de la Resolución número 0040 de 30 de noviembre de 1987, expedida por la Alcaldía Municipal de la Unión (Valle), por la cual se adjudicó a AMALFI RAMIREZ DE MEDINA un lote de terreno baldío en el referido municipio, cuyas medidas y linderos se precisan en dicha Resolución; 2o.): Que se suspenda provisionalmente la mencionada Resolución y que como consecuencia de ello se ordene la inscripción de tal suspensión provisional a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Roldanillo (Valle), en donde se registró la Escritura Pública número 851, en el número de radicación 4264.03.12.87 y matrícula 380 - 0020. 126; y 3o.): Que como consecuencia de lo anterior se anule la Escritura Pública número 851 de 2 de diciembre de 1987, otorgada ante la Notaría Única de la Unión (Valle) y la correspondiente inscripción en el Registro Público.

Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 197 de la Constitución Nacional, 11 y 12 de la Ley 18 de 1986, 167 del C.R.P. y M., 94 del C.R.M., 1760 y 1857 del C.C., 5o. de la Ley 137 de 1959, 7o. del Decreto 1943 de 1960, la Ley 41 de 1948 y el Decreto Reglamentario 3313 de 1965.

I.2.— La demanda fue admitida por auto de 11 de diciembre de 1989, en el cual se ordenó notificar al señor Alcalde Municipal de la Unión (Valle) y a la señora AMALFI RAMIREZ DE MEDINA.

I.3.— La señora AMALFI RAMIREZ DE MEDINA se constituyó como tercera impugnante, por medio de apoderado que en escrito de 19 de octubre de 1990 propuso incidente de nulidad, aduciendo lo siguiente:

a) Con apoyo en el numeral 7o. del artículo 140 del C.P.C. la causal de nulidad de indebida representación de las partes, pues el señor DAVID AYALA MILLAN al demandar lo hizo en su propio nombre y como heredero de su padre CARLOS ENRIQUE AYALA GORDILLO. Esta última calidad no aparece probada, pues en los anexos de la demanda no obra el registro civil de nacimiento que demuestre la condición de hijo del primero respecto del segundo, como tampoco el registro civil de defunción de éste que acredite su fallecimiento.

b) Es evidente otra nulidad, la prevista en el numeral 9 del artículo 140 ibídem, al no citarse y notificarse al señor Agente del Ministerio Público.

SECCION PRIMERA

No obstante que en el auto admisorio de la demanda se ordenó su notificación, no se dispuso hacerlo así con el señor Personero Municipal de la Unión (Valle).

c) Hay otra nulidad por defectos de la demanda ya que se pretende un restablecimiento del derecho por medio de la acción de nulidad. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se omite proponerla como excepción previa "las partes pueden pedir que por vía incidental se declare la nulidad que por tal motivo afecte la actuación en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte Sentencia".

II. AUTO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo del Valle para desatar negativamente el incidente, adujo lo siguiente:

1) Respecto de la causal de indebida representación de las partes, considera que se configura cuando un incapaz actúa por sí mismo y no por medio de su representante legal, o cuando una persona Jurídica actúa a través de quien no tiene su representación legal y estatutaria, o cuando existe carencia total de poder.

La capacidad para comparecer al proceso no debe confundirse con la capacidad para ser parte, ni con la legitimación en la causa por cuanto, como ha dicho la Corte, la primera "no puede hallarse sino en los casos en que ... el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada" (Tomo LXXIV, página 740).

Tanto la representación del demandante como la del demandado, al igual que la prueba de la calidad con que se actúa en el proceso, guardan relación con los denominados presupuestos procesales: capacidad para comparecer al proceso y capacidad para ser parte. Sólo la falta del primero puede configurar la nulidad de la actuación.

De lo expuesto se colige que la nulidad alegada no ha tenido lugar por cuanto de no demostrarse dentro del proceso la calidad de heredero por parte del demandante, el resultado sería otro —falta de capacidad para ser parte—. Además de ello, el peticionario carece de interés para proponerla pues el inciso 3o. del artículo 143 del C.P.C. establece que sólo podrá alegarse por la persona afectada.

2) En cuanto a la falta de notificación al Ministerio Público, ella no aparece acreditada. Antes por el contrario, lo que consta en autos es que se ha dado estricto cumplimiento al artículo 127 del C.C.A., pues al señor Fiscal Segundo del Tribunal se le han notificado todas las providencias proferidas hasta la fecha de decisión del incidente.

3). La nulidad por defectos de la demanda no será apreciada por no aparecer contemplada como tal en el artículo 140 del C.P.C. y en virtud de que las nulidades consagradas en dicho artículo y en el 141 son taxativas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para expresar su inconformidad con la providencia impugnada, el señor apoderado de la tercera impugnante razona, en esencia, así:

1) Sobre el rechazo de la nulidad por indebida representación de las partes, considera que es evidente que en su condición de tercero impugnante es quien mayor interés tiene por ser el directamente perjudicado con un fallo adverso; es la persona afectada, pues fue la favorecida con la decisión administrativa de la Alcaldía y sería menoscabado en sus intereses con una sentencia adversa.

2) En lo tocante al rechazo de la otra nulidad, reitera lo expuesto en el memorial en que propuso el incidente en el sentido de que no se citó ni se notificó al Agente del Ministerio Público como se ordenó en el auto admisorio de la demanda de 11 de diciembre de 1989, pues el hecho que se hubiera notificado al Fiscal del Tribunal no justifica el que no se haya realizado dicha diligencia con el señor Personero Municipal de la Unión (Valle), quien seguramente habría actuado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al analizar las censuras que plantea la tercera impugnante, la Sala estima que la negativa del Tribunal a quo a decretar la nulidad de lo actuado estuvo ajustada a derecho.

En efecto, como bien se dice en la providencia recurrida, la nulidad por indebida representación de las partes sólo podrá alegarla, según el inciso 3o. del artículo 143 del C.P.C., la persona afectada, pues está establecida la causal para la exclusiva garantía de su derecho de defensa.

El tratadista Hernando Morales en su Curso de Derecho Procesal Civil —Parte General—, sostiene que por parte afectada debe entenderse:

“... a) El ilegítimamente representado, directamente, como cuando a una persona capaz se le tilda de incapaz y actúa en el proceso quien se dice su representante legal; b) El verdadero representante legal, constitucional o convencional, cuando su representado actúa por medio de persona que no lleva dicha representación; c) El representante legal del incapaz, si éste actúa en el proceso por sí mismo; d) La parte, generalmente por medio de apoderado constituido al efecto, cuando ha figurado representada por uno que carece totalmente de poder.

SECCION PRIMERA

Como se ve, la persona legitimada para alegar esta nulidad nunca está en el proceso sino que se halla por fuera de éste, lo cual confirmá que la causal se funda en la transgresión de su derecho de defensa...". (sexta edición, 1973, página 413).

En el caso sub-judice la Sala observa que si bien la tercera impugnante podría ser directamente afectada en sus derechos, en caso de proferirse una sentencia adversa, es, sin embargo, totalmente ajena a la indebida representación de la parte demandante. El vicio procesal solamente perjudica a esta última, pues lesiona su derecho de defensa al no estar a derecho en el proceso.

También resulta desprovista de fundamento la causal alegada de indebida citación y notificación del Agente del Ministerio Público, pues, como acertadamente lo afirmó el juzgador de primer grado, todas las providencias proferidas en este proceso le han sido notificadas personalmente al señor Fiscal Segundo del Tribunal Administrativo del Valle, quien, por mandato del artículo 121 ordinal 3o. del C.C.A., es el encargado de ejercer las funciones del Ministerio Público en el Tribunal a-quo.

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

RESUELVE:

Se confirma el auto apelado.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 23 de enero de 1992.

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

SANCIÓN DISCIPLINARIA—Naturaleza/ACTO JURISDICCIONAL/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA

Las decisiones acusadas por haber sido dictadas en ejercicio de la función disciplinaria tienen carácter jurisdiccional y por lo tanto no pueden dar lugar a controversias o litigios administrativos. En consecuencia no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que entonces la demanda resulta inadmisibile.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1755. Apelación Interlocutorios. Actor: Ernesto de la Espriella B.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Abogado Ernesto de la Espriella Bárcenas, contra el auto del 30 de enero de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual inadmitió la demanda.

LA ACCION

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., el actor solicita que se declare la nulidad de las siguientes providencias:

1a.— La de primera instancia dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Disciplinaria— de fecha 14 de marzo de 1989, mediante la cual se le condena a la pena disciplinaria de SUSPEN-

SION en el ejercicio de la profesión de abogado, por el término de dos (2) meses, como responsable de las faltas a la ética profesional contempladas en el artículo 54 numeral 3 y 48 numeral 7 del Decreto 196 de 1971.

2a.— La de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Disciplinario el 13 de marzo de 1990, por la cual se confirmó la anterior ante un recurso de apelación interpuesto por el actor.

Las providencias acusadas se profirieron dentro del proceso disciplinario No. 284 promovido por la señora Cristina Victoria Benítez de Herrera por medio de Procurador Judicial, y en ellas, además de la sanción se hacen otros pronunciamientos relativos a la expedición de copia de lo pertinente de la actuación con destino al Juez de Instrucción Criminal para los fines legales del caso, a la anotación de la sanción en el Registro Nacional de Abogados, a la publicación en la Gaceta del Foro o en su defecto en el Diario Oficial y a la comunicación de la pena a todos los despachos encargados de administrar justicia en el territorio nacional.

Dice el demandante que como consecuencia de la ejecución de los actos anteriores, padeció lesiones patrimoniales y morales que superan la cantidad equivalente a cinco mil gramos oro.

Así mismo solicita que una vez ejecutoriada la providencia en este juicio, se oficie al Tribunal Superior del Atlántico y a todos los despachos encargados de administrar justicia en el territorio nacional, al Ministerio de Justicia y al H. Tribunal Disciplinario, para que efectúen las anotaciones públicas de rigor.

EL AUTO APELADO

El a-quo encontró caducada la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A.

Razonó así el Tribunal:

“En el presente proceso se ha ejercitado la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra un acto cuya notificación se produjo el 30 de marzo de 1990 (folio 25 vuelto), lo cual significa que los cuatro (4) meses correspondientes al término de caducidad vencieron el 30 de julio de 1990.

“Como la demanda fue presentada el 13 de noviembre de 1990, la acción impetrada caducó. En consecuencia, deberá inadmitirse la demanda por caducidad de la acción”.

EL RECURSO INTERPUESTO

El recurrente después de considerar que “no siendo objeto de discusión la naturaleza administrativa del acto impugnado”, argumenta que la providencia proferida por el H. Tribunal Disciplinario el 13 de marzo de 1990, que puso término a la actuación administrativa, y cuya notificación se hizo por edicto el 30 de marzo de dicho año, debió haber sido notificada personalmente siguiendo el trámite previsto en el artículo 44 del C.C.A.; que como tal notificación se hizo mediante edicto, sin que se hubiera intentado hacerla en forma personal, no debe tenerse por hecha, con las consecuencias de que la decisión no produce efectos y de que el término de caducidad debe empezar a contarse a partir del instante en que dándose por suficientemente enterado utilice en tiempo la acción respectiva.

Apoyado en jurisprudencia y doctrina el apelante amplía la sustentación del recurso para concluir en el carácter administrativo de los procedimientos disciplinarios seguidos contra los Abogados por faltas a la ética profesional de la carrera.

CONSIDERACION DE LA SALA:

El carácter administrativo que al procedimiento disciplinario y a la sanción correspondiente le otorga el actor tanto en la demanda presentada como en el recurso interpuesto, colocan a la Sala en la necesidad de determinar la naturaleza de las decisiones adoptadas en relación con la función disciplinaria consagrada respecto de los Abogados en el Decreto 196 de 1971 y en la Ley 20 de 1972, por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión.

Esta determinación es fundamental en el caso de autos, si en cuenta se tiene que de ella puede derivarse, no solamente la forma y clase de la notificación, y consecuentemente lo relativo al término de caducidad, sino también la jurisdicción para conocer del acto sancionatorio en la medida en que se le considere administrativo, o la falta de ella si se clasifica como jurisdiccional.

El artículo 82 del Decreto Ley 01 de 1984, al tratar sobre el objeto de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, decía:

“La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución Política y la Ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero solo por vicios de forma.

SECCION PRIMERA

“La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario”.

La disposición anterior fue modificada por el artículo 12 del Decreto Ley 2304 de 1989 en el sentido de suprimir en el inciso 2o. la frase “pero solo por vicios de forma” y de sustraer “las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario” de los actos excluidos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para el demandante, esta sustracción obedece a la intención del legislador extraordinario de 1989 de someter a la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos sancionadores que según su criterio tienen un carácter administrativo, aún cuando se produzcan por un órgano jurisdiccional.

Sin embargo y al respecto cree la Sala que la eliminación de la sanción disciplinaria de los eventos no susceptibles de impugnación por la vía contencioso administrativa, no significa necesariamente que queden bajo el control de dicha jurisdicción porque como se expresó en Sala Unitaria, Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente 1394, “Por el contrario el Despacho considera que esa eliminación obedece al hecho de que el Código Contencioso Administrativo no tiene porqué referirse a dichas decisiones”, precisamente porque no son actos administrativos sino jurisdiccionales y como tales no pueden dar lugar a “controversias o litigios administrativos”.

Que las decisiones adoptadas por las Salas Disciplinarias y por el Tribunal Disciplinario dentro del ejercicio de esta función, tienen carácter jurisdiccional y no administrativo, se deduce también de las siguientes circunstancias:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 217 de la Constitución Nacional vigente cuando se adelantó este procedimiento; 66 del Decreto 196 de 1971, y 7o. de la Ley 20 de 1972 la función disciplinaria la ejercía el Tribunal Disciplinario y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, estos últimos, cuando conocían en primera instancia de las infracciones cometidas por los abogados en el territorio de su jurisdicción, según lo disponía el art. 66, inc. 2o. del precitado Decreto.

El Tribunal Disciplinario a cuyo cargo estaba la función disciplinaria era un organismo jurisdiccional, por su naturaleza, por sus funciones y por las características del procedimiento que aplicaba.

En el ejercicio de esta función interviene una autoridad jurisdiccional, mediante un trámite que tiene las características de un proceso, para, entre otros fines, hacer justicia en favor de los particulares o de la sociedad misma.

El mismo Decreto 196 de 1971 por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía se refiere a esta función en los términos de “jurisdicción

disciplinaria” (artículos 66 y 72 inciso 3o.) y al trámite mediante el cual se adelanta, con el calificativo de “proceso disciplinario” (arts. 71 y 74).

No sobra observar que en la actualidad, el Decreto 2652 del 25 de noviembre de 1991 “Por el cual se adoptan medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura” encomienda la función disciplinaria, mediante el conocimiento de los procesos disciplinarios, a una Sala Jurisdiccional, diferente a la encargada de las funciones administrativas.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 33 de 26 de marzo de 1987 con ponencia del magistrado Dr. Jesús Vallejo Mejía, sobre el tema expresó:

“Considera la Corte que las sanciones disciplinarias que aplican los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Disciplinario, en virtud de la norma acusada, tienen claro sentido jurisdiccional, pues no son susceptibles de controversia jurídica, dado que tienen efecto de cosa juzgada. Es por ello que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo ha excluido del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa ‘las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario’.

“Dicho Tribunal, por la índole de las funciones que le asigna el artículo 217 de la Carta, debe ser considerado como una autoridad jurisdiccional, aunque no forme parte de la estructura que prevé el título XV de la constitución, que versa sobre la administración de justicia, como tampoco está ahí comprendido el Consejo de Estado, cuyo carácter jurisdiccional es inobjetable, así cumpla determinadas funciones de orden administrativo como las de consulta”.

A las apreciaciones anteriores se suma la circunstancia, de que es la misma ley la que califica la función del Tribunal Disciplinario como jurisdiccional. El artículo 51 del decreto 1888 de 1989, dice al respecto:

“Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contencioso administrativa”.

Aunque la norma precitada alude a las providencias que se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales, nada obsta para que sus alcances se extiendan a las decisiones que afecten a los abogados, habida consideración de que éstas también son proferidas por el Tribunal Disciplinario mediante procedimientos de la misma naturaleza.

En este aspecto resulta oportuno volver a citar el auto de 27 de marzo de 1990, dictado por el H. Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, el cual dice en lo pertinente:

SECCION PRIMERA

“No podrá decirse que la norma anteriormente transcrita no sea aplicable a la demanda estudiada, que se refiere a una providencia dictada por el Tribunal Disciplinario en relación con un Abogado y no con un funcionario o empleado judicial, porque el Despacho no encuentra argumento para no aplicar en este caso el principio general según el cual “donde existe la misma razón, existe la misma disposición”, teniendo en cuenta que el órgano que impone la sanción es el mismo, que para ello aplica procedimientos similares y que la decisión tiene el mismo carácter de sentencia”.

De las consideraciones anteriores se colige que las decisiones acusadas por haber sido dictadas en ejercicio de la función disciplinaria tienen carácter jurisdiccional y por lo tanto no pueden dar lugar a controversias o litigios administrativos. En consecuencia no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que entonces la demanda resulta inadmisibile, lo que conlleva a confirmar el auto apelado, pero por motivos diferentes a los que tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Barranquilla.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 23 de enero de 1992.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; Luis B. Flores Suárez, Conjuez; Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

CONTRATO COFINANCIADO—Régimen aplicable

Los contratos cofinanciados que celebra la Caja de Vivienda Militar, al no estar incluidos dentro de los que señala el artículo 80 del Decreto Ley 22 de 1983 como sujetos a las prescripciones de dicho Estatuto, bien pueden estar sometidos a las normas del Derecho Privado.

LEVANTA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto Reglamentario 1988 de julio 19 de 1985, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1337. Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario número 1988 de 19 de julio de 1985, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.

El ciudadano PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES, ha ocurrido ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se decrete la nulidad del Decreto Reglamentario número 1988 de 19 de julio de 1985 “por el cual se reglamenta el literal g) del artículo 11 del Decreto 3073 de 1968, modificado por el Decreto 2182 de 1984”, expedido por el Gobierno Nacional.

I.— ACTO ACUSADO:

Reza así en su articulado:

SECCION PRIMERA

“Artículo 1o. Los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar en desarrollo del Decreto 696 de 1971 y Acuerdos Reglamentarios de la honorable Junta Directiva, se someterán en lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia a las normas del Decreto-Ley 222 de 1983. En los demás aspectos se seguirán las normas generales del derecho privado.

“Artículo 2o. Además de los requisitos que establezca la honorable Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar para los contratos mencionados en el artículo anterior, se deberán cumplir los siguientes:

- a) Paz y salvo de renta y complementarios del cofinanciador:
- b) Registro presupuestal;
- c) Registro de impuestos de timbre y publicación en el Diario Oficial por cuenta del Contratista.

“Artículo 3o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

II. — CAUSA PETENDI:

El actor estima que el Decreto Reglamentario acusado transgrede: los artículos 55, 76 ordinal 1o. y 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886, que corresponden, en su orden, a los artículos 113, 150 ordinal 1o. y 189 ordinal 11 de la nueva Carta; y los artículos 1o., 25 y 252 del Decreto-Ley 222 de 1983.

II.1.— Para sustentar la violación de los preceptos constitucionales alegada, se aduce en la demanda, esencialmente lo siguiente:

La Constitución en el artículo 55 determinó estrictamente las funciones que corresponden a cada una de las Ramas del Poder Público como fundamento esencial del estado de derecho y para evitar la arbitrariedad. Si una de esas Ramas se arroga las funciones que corresponden a las otras dos, se viola la Constitución, incurriéndose en arbitrariedad y desviación de poder.

La atribución del Congreso de “interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes” es tan precisa y clara que nada es necesario agregar para entenderla en su significado y alcance.

Los Decretos que dicta el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria regulada en el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución de 1886 deben estar sometidos a la ley, no pueden modificarla sino

reglamentarla dentro de las prescripciones que la misma ley impone. No pueden, por consiguiente, dichos Decretos, suprimir requisitos que fije la ley que reglamenta ni restringir su aplicación, como ocurrió en el presente caso en que los artículos 1o. y 2o. del Decreto Reglamentario 1988 de 1985 restringieron la aplicación de la ley —el Decreto Ley 222 de 1983— en relación con los contratos que celebre la Caja de Vivienda Militar.

II.2.— Respecto de la violación de los artículos 1o., 25 y 252 del Decreto-Ley 222 de 1983, aparece fundamentada en la demanda así:

La Caja de Vivienda Militar, por ser un establecimiento público, está sometida en lo tocante a los contratos cofinanciados que debe celebrar en desarrollo del Decreto 696 de 1971 y de los Acuerdos Reglamentarios de su Junta Directiva, a las reglas contenidas en el Decreto-Ley 222 de 1983 sin restricción alguna, según lo prescribe el artículo 1o. de dicho Decreto-Ley. Por consiguiente, el Presidente de la República no podía por medio de un Decreto Reglamentario adoptar parcialmente el régimen contractual de dicho estatuto, como lo hizo en el Decreto acusado al disponer que solamente se aplica en lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, y que en los demás aspectos se seguirán las reglas del derecho privado.

La Caja de Vivienda Militar debe sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en el artículo 25 del Decreto-Ley 222 de 1983, por cuanto el legislador no ha estatuido un régimen exceptivo.

El artículo 252 del mismo Decreto-Ley es claro al reiterar que los contratos de los establecimientos públicos están sujetos a las formalidades previstas en dicho Decreto-Ley y además indica que deben sujetarse a los requisitos exigidos según la cuantía del contrato, es decir, consagra el principio de la obligatoriedad de las disposiciones del estatuto contractual para los contratos cofinanciados que celebra la Caja de Vivienda Militar.

III.— TRAMITE DE LA ACCION:

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, habiéndose surtido las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

En el auto admisorio de la demanda de 5 de diciembre de 1989, se dispuso por esta Sección, decretar la suspensión provisional del Decreto acusado por la violación manifiesta de los artículos 25, y 252 del Decreto-Ley 222 de 1983, de los artículos 76 ordinal 1o. y 120 ordinal 3o. de la Carta, por cuanto se consideró que la Caja de Vivienda Militar no podía sustraerse del sistema de contratación previsto en el mencionado Decreto-Ley y porque introducía requisitos nuevos en la contratación, no contemplados en dicho estatuto.

III.1.— CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Caja de Vivienda Militar se hizo parte en el proceso y por medio de apoderado contestó la demanda, escrito por el cual se opuso a las pretensiones del actor aduciendo que los contratos cofinanciados que celebra no están comprendidos en la clasificación de contratos de la administración que establece el Decreto-Ley 222 de 1983, por lo cual no le son aplicables las disposiciones de dicho Decreto. El artículo 80 de éste determina los contratos que están regulados por dicho estatuto y dispone que los demás que celebran las entidades nacionales “continuarán rigiéndose por las normas generales especiales vigentes para los mismos”. Por consiguiente, los contratos cofinanciados, en defecto de disposiciones legales especiales que los regulen, se rigen por normas de derecho privado.

III.2.— CONCEPTO FISCAL.

La señora Fiscal Primera de la Corporación considera que el Decreto acusado no quebranta los preceptos constitucionales y legales invocados en la demanda ya que los contratos que celebra la Caja de Vivienda Militar en desarrollo del Decreto 696 de 1971 y Acuerdos Reglamentarios y del literal g) del artículo 11 del Decreto 3073 de 1968, modificado por el Decreto 2182 de 1984, no son de los que están sujetos al Decreto-Ley 222 de 1983, por no estar incluidos dentro de los que enumera el artículo 80 del mismo Decreto.

IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA.

A través del Decreto Reglamentario 1988 de 19 de julio de 1985 el Gobierno Nacional estableció que los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar en lo relacionado con las inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley Colombiana, capacidad y competencia, se someterán a las normas del Decreto-Ley 222 de 1983 y en los demás aspectos a las normas generales del derecho privado (artículo 1o.). Igualmente estatuyó que además de los requisitos que establezca la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar para dichos contratos, se deberán cumplir los siguientes:

a): Paz y salvo de renta y complementarios del cofinanciador; b): Registro presupuesta; y c): Pago de impuestos de timbre y publicación en el Diario Oficial por cuenta del contratista (artículo 2o.).

Como se acaba de ver, el artículo 1o. restringe la aplicación del Decreto-Ley 222 de 1983 en los contratos cofinanciados que celebre la Caja de Vivienda Militar a los aspectos allí señalados y agrega que en lo demás deben aplicarse las normas generales del derecho privado. Para la Sala, tal ordenación de la norma reglamentaria en manera alguna contraría el artículo 1o.

del Decreto-Ley 222 de 1983, dado que este precepto lo que establece es que los establecimientos públicos, como la Caja de Vivienda Militar, se someten a las reglas de dicho estatuto respecto de los contratos previstos en el mismo, contratos que según su artículo 80, son: de obras públicas de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros. Dicho artículo 80 enfatiza que los demás contratos, o sea, los no relacionados allí, “continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos”.

Significa lo precedente, que los contratos cofinanciados que celebra la Caja de Vivienda Militar, al no estar incluidos dentro de los que señala el artículo 80 del Decreto-Ley 222 de 1983 como sujetos a las prescripciones de dicho Estatuto, bien pueden estar sometidos a las normas del Derecho Privado, como en efecto se estableció en el artículo 1o. del acto acusado. A idéntica conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 1o. de Marzo de 1990, con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, cuando dijo:

“... 1o.) El objeto del contrato, celebrado entre la Caja de Vivienda Militar y la firma Héctor García y Cia. S.A., es el de adelantar un programa de vivienda con participación de capital privado para la construcción de 30 apartamentos en la ciudad de Cartagena, lo que permite establecer que no puede definirse como un contrato de obra pública regulado por el Decreto-ley 222 de 1983, cuyo objeto sea la construcción, montaje, instalación, mejora, adición, conservación, mantenimiento, o restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.

2o.) Por sus especiales características, este contrato cofinanciado no está comprendido en la clasificación de los contratos de la administración establecida por el Decreto-ley 222 de 1983 y, por lo mismo, tampoco le son aplicables las disposiciones del decreto mencionado. El artículo 80 del Decreto-ley 222 de 1983 determina los contratos que están regulados por este estatuto y dispone que los demás que celebren las entidades nacionales “continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos”.

La Sala, en concepto del 14 de agosto de 1986, estimó que el Decreto-ley 222 de 1983 sólo regula los contratos que el artículo 80 relaciona y que todos los demás de las entidades nacionales se rigen, como el mismo prescribe, por disposiciones legales generales o especiales.

3o.) Por consiguiente, los contratos cofinanciados, en efecto de disposiciones legales especiales que los regulan, se rigen por normas de derecho

SECCION PRIMERA

privado..." (Radicación número 365 Contrato Cofinanciado Celebrado entre la Caja de Vivienda Militar y la Firma Jaime García y Compañía S.A.).

En lo referente al artículo 2o. del Decreto acusado cabe tener en cuenta que los requisitos allí señalados no contrarían el artículo 25 del Decreto-Ley 222 de 1983, dado que éste también los contempla en sus literales a), c) y h).

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a la conclusión de que el Decreto Reglamentario acusado no viola los artículos 1o., 25 y 252 del Decreto-Ley 222 de 1983, así como tampoco las normas constitucionales invocadas en la demanda.

Esta conclusión justifica que se denieguen las súplicas de la demanda y que se deje sin efectos el decreto de suspensión provisional del acto demandado decretado en auto de 5 de diciembre de 1989.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Como consecuencia de la declaración anterior, se deja sin efectos la orden de suspensión provisional del Decreto Reglamentario 1988 de 19 de julio de 1985, expedido por el Gobierno Nacional.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 23 de enero de 1992.

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

INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO/TERCEROS/AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA/NOTIFICACION PERSONAL/NOTIFICACION POR EDICTO/CURADOR AD-LITEM

No cabe predicarse jurídicamente que ante el silencio del artículo 207 del Decreto 01 de 1984 sobre la designación del curador ad-litem como paso subsiguiente al emplazamiento de los terceros que no concurrieren a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda, tal notificación se habría de entender realizada con la mecánica labor de fijar y publicar el edicto, pues estas actividades en ningún momento pueden tener la virtualidad de suplir el hecho humano de la notificación personal, bien en cabeza del mismo tercero o, en su defecto, del respectivo curador ad-litem.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1650. Actor: Jorge William Sánchez Latorre.

Al estudiar el proceso de la referencia con la finalidad de proyectar el correspondiente fallo, el Despacho observa lo siguiente:

El ciudadano Jorge William Sánchez Latorre, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Decreto-Ley 01 de 1984, mediante demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Santander el 13 de julio de 1988, solicitó la declaratoria de nulidad de los actos administrativos emanados del Municipio de Girón y contenidos en el Acta de 31 de mayo de 1988, por medio de los cuales se contabilizaron las solicitudes, se

realizó el sorteo y se adjudicaron los cupos para taxis en el mencionado municipio. El accionante señaló en su demanda como parte demandada al Municipio de Girón, representado por el Alcalde y solicitó que el proceso se adelantase con citación y audiencia de las siguientes personas, jurídica y naturales, a quienes, por desconocer su lugar de residencia, solicitó emplazar en la forma prevista en el numeral 2. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo: Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores del Gas y Derivados del Petróleo —COOTRAGAS LTDA.—, Agustín Sánchez Villamarín, Jaime Castro Quintero, Vicente Uribe Pedraza, Horacio Viviescas Murillo, Carmen Alicia B. de Rincón, Carlos Rincón Carrillo, Jorge Capacho Villabona, Alfonso Velandia Moreno, Roberto Poveda Díaz, María Leonilde de Poveda, Esperanza Hernández Quintero, Gilberto García Porras, Roque Arenas Suárez, Guillermo Rodríguez Serrano, Pedro Albarracín Martínez, José Henry Vargas, Pedro José Salazar, Amilcar Arrieta, Norberto Díaz León, Flor María Ardila de Moreno, Eugenia Díaz Gómez, Angel María Luna, Rubiel Lipez, Blanca Nieves Jaimes, Agustín Figueroa Hernández, Humberto Sanmiguel Uribe, Luis Alberto Jaimes, Alvaro Pinzón, Hernando Vásquez Pimienta, Manuel Marconi Páez, Margeide Centeno, Jorge García Reyes, Luis Ernesto Mancipe, Pablo Sanabria Quintero, Raul Gamboa Roa, Luis José Martínez, Gustavo Medina, Jesús Vega Medina, Zoraida Cortés de Gómez, Nelson García, Miguel Leonidas Quiroga, Horacio Rueda Fajardo, Luis Alberto Rodríguez, María Eddy Prada Orduz, Nohora Victoria Lizarazo Delgado, Martha Leonor Uribe, Alirio Orduz Prada, Santiago Jaimes López y Carlos Alberto Carvajal Chacón (fls. 12 a 24 Cdno. No. 1).

El auto admisorio de la demanda, de fecha 3 de agosto de 1988 (fls. 25 a 31 Cdno. No. 1) dispuso, entre otros aspectos, notificar dicha providencia a las personas atrás indicadas, en su condición de terceros interesados en el proceso, mediante edicto emplazatorio y en la forma prevista en el numeral 2. del artículo 207 del C.C.A., a lo cual procedió el Tribunal de origen, de acuerdo con las piezas que obra en el proceso (fls. 33 a 69 Cdno. No. 1).

En el edicto emplazatorio, que obra a folio 41 del Cdno. No. 1, se expresa lo siguiente:

“Se advierte a los emplazados, que si transcurrido el término de emplazamiento no se han hecho presente (sic), se entenderá cumplida la notificación del provecto anotado y se continuará el proceso” (subraya el Despacho).

De los hechos procesales narrados, el Despacho anota lo siguiente:

El numeral 2. del artículo 207 del Decreto-Ley 01 de 1984, norma procesal vigente al momento de proferirse el auto admisorio de la demanda, señalaba el procedimiento a seguir para realizar la notificación personal de dicha providencia “... a los particulares que, según la demanda o los actos

acusados, puedan tener interés directo en los resultados del proceso". Esta norma también disponía, entre otros aspectos, el emplazamiento por edicto, en caso de no ser posible la notificación personal, el contenido del mismo, el término de su fijación en Secretaría y su publicación "... en un periódico de amplia circulación nacional o local según el caso".

Como puede observarse, dicha norma consagraba la obligación de practicar la notificación personal del auto admisorio de la demanda a los terceros que pudieren tener un interés directo en las resultas del proceso, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 314 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil. Dicha notificación personal revestía, y sigue revistiendo, tanta trascendencia, que los numerales 9 del artículo 152 ibidem y 140 del actual ordenamiento procesal civil sancionan su omisión con la nulidad de la actuación posterior.

De otra parte, el citado artículo 207 del C.C.A. por parte alguna disponía, como no podía disponer, que la notificación personal del auto admisorio de la demanda a los terceros directamente interesados se entendía producida con el simple hecho de su emplazamiento por edicto, tal como lo dedujo el Tribunal. En efecto, el emplazamiento por edicto constituía la primera etapa del procedimiento que debió seguirse para realizar tal notificación personal, pues frente al hecho de la no concurrencia de los emplazados a recibirla, debía procederse a la designación de curador ad litem, para que en su persona se surtiere, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 318 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento administrativo por expresa disposición del artículo 267 del C.C.A.

En consecuencia, no cabe predicarse jurídicamente que ante el silencio del artículo 207 del Decreto 01 de 1984 sobre la designación de curador ad litem como paso subsiguiente al emplazamiento de los terceros que no concurrieren a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda, tal notificación se habría de entender realizada con la mecánica labor de fijar y publicar el edicto, pues estas actividades en ningún momento pueden tener la virtualidad de suplir el hecho humano de la notificación personal, bien en cabeza del mismo tercero o, en su defecto, del respectivo curador ad litem.

Lo hasta ahora expuesto tiene pleno respaldo si se considera que ante la ausencia de norma expresa en el Decreto Ley 01 de 1984, que regulara lo concerniente a la designación de curador ad litem el artículo 46 del Decreto Ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 207 del C.C.A. dispone que "si la persona emplazada no compareciere al proceso, se le designará curador ad litem para que la represente en él". Este agregado que hizo el citado Decreto 2304 de 1989 no puede entenderse como una nueva prescripción, sino como la forma de traer al Código Contencioso Administrativo lo que sobre el particular ya existía en el Código de Procedimiento Civil y que era aplicable a los procesos contenciosos por la remisión ordenada por la ley.

SECCION PRIMERA

Como consecuencia de las consideraciones precedentes resulta que para integrar el contradictorio ha debido vincularse legalmente al proceso a las personas naturales de que se da cuenta al inicio de esta providencia, y como ello no ocurrió así, se ha incurrido en la causal de nulidad que consagraba el numeral 9. del artículo 152 del C. de P.C., vigente en la época, la cual es saneable.

De otra parte, como quiera que para efecto de poner en conocimiento de tales personas naturales la referida causal de nulidad y practicar la notificación de esta providencia se requiere conocer el lugar de su residencia, y en atención a que no obran en el expediente los antecedentes administrativos de los actos acusados, por no haberse ordenado remitirlos en el auto admisorio de la demanda, tal como lo ordenaba el numeral 3. del artículo 207 del Decreto-Ley 01 de 1984, habrá de procederse a ello, pues en las solicitudes presentadas para la adjudicación de cupos para taxis deben figurar las correspondientes direcciones.

Como resultado de lo anterior, y de conformidad con lo previsto en el artículo 145 del C. de P.C., tal como quedó modificado por el Decreto 2282 de 1989, el Despacho

DISPONE:

1.— Póngase en conocimiento de las personas naturales, que a continuación se expresa, la causal de nulidad de que trata la parte motiva de esta providencia, para los efectos previstos en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo: Agustín Sánchez Villamarín, Jaime Castro Quintero, Vicente Uribe Pedraza, Horacio Viviescas Murillo, Carmen Alicia B. de Rincón, Carlos Rincón Carrillo, Jorge Capacho Villabona, Alfonso Velandia Moreno, Roberto Poveda Díaz, María Leonilde D. de Poveda, Esperanza Hernández Quintero, Gilberto García Porras, Roque Arenas Suárez, Guillermo Rodríguez Serrano, Pedro Albarracín Martínez, José Henry Vargas, Pedro José Salazar, Amilcar Arrieta, Norberto Díaz León, Flor María Ardila de Moreno, Eugenia Díaz Gómez, Angel María Luna, Rubiel Lipez, Blanca Nieves Jaimes, Agustín Figueroa Hernández, Humberto Sanmiguel Uribe, Luis Alberto Jaimes, Alvaro Pinzón, Hernando Vásquez Pimienta, Manuel Marconi Páez, Margeide Centeno, Jorge García Reyes, Luis Ernesto Mancipe, Pablo Sanabria Quintero, Raúl Gamboa Roa, Luis José Martínez, Gustavo Medina, Jesús Vega Medina, Zoraida Cortés de Gómez, Nelson García, Miguel Leonidas Quiroga, Horacio Rueda Fajardo, Luis Alberto Rodríguez, María Eddy Prada Orduz, Nohora Victoria Lizarazo Delgado, Martha Lecior Uribe, Alirio Orduz Prada, Santiago Jaimes López y Carlos Alberto Carvajal Chacón.

2.— Para efectos del numeral anterior, notifíquese esta providencia de acuerdo con la ley a las personas allí mencionadas, para lo cual, y antes de

comisionar para ello al respectivo Tribunal Administrativo, ordénase oficiar al señor Alcalde del Municipio de Girón, Departamento de Santander, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la recepción del correspondiente oficio, remita con destino al expediente los antecedentes administrativos de los actos acusados. Con el oficio remítase copia íntegra de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

CONTROL FISCAL/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/ENTIDADES FINANCIERAS/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA

Es de competencia exclusiva del legislador reglamentar la fiscalización que la Contraloría General de la República debe ejercer sobre entidades descentralizadas del orden nacional y entidades financieras y de crédito del Estado; y no puede provenir de la propia entidad o del decreto ejecutivo que apruebe los estatutos del ente sobre el cual se debe ejercer esa fiscalización.

DEMANDA—Requisitos/INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/DEMANDA—Interpretación

Aún cuando la parte actora incurrió en el error de solicitar expresamente la nulidad del artículo 7 del Decreto ejecutivo, que no existe realmente, en lugar de referirse al artículo 1o., en cuanto por él se aprueba la parte demandada del artículo 7o. de los Estatutos aprobados por la Junta Directiva de la sociedad financiera de economía mixta del orden nacional, es evidente que claramente está precisada la norma acusada con su transcripción literal en la demanda y con referencia expresa a ella, y es deber del juez interpretar la demanda en orden a evitar una sentencia inhibitoria, máxime tratándose de una acción pública de nulidad.

DECLARASE LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto 1888 de junio 13 de 1986, proferido por el señor Presidente de la República, por medio del cual se aprueban los estatutos de "Gran Financiera Corporación Financiera S.A.", en la parte del artículo 7o. de dichos estatutos que reza: "... La Contraloría General de la República fiscali-

zará solamente lo que concierne al aporte patrimonial público y a la recepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la Corporación no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, destinado a obtener los fines sociales de la Corporación y manejado con plena autonomía administrativa”.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1419. Acción de nulidad en relación con el art. 7º. del Decreto 1888 de 1986, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: Contraloría General de la República.

La NACION —Contraloría General de la República—, por medio de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 7º. del Decreto 1888 de junio 13 de 1986, proferido por el señor Presidente de la República, por medio del cual se aprueban los estatutos de “Gran Financiera Corporación Financiera S.A.”, en la parte que reza: “... La Contraloría General de la República fiscalizará solamente lo que concierne al aporte patrimonial público y a la recepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la Corporación no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, destinado a obtener los fines sociales de la Corporación y manejado con plena autoridad administrativa”.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera la parte actora que la norma acusada quebranta las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

a) En primer término, el artículo 59 de la Constitución Nacional de 1886, según el cual “La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá *conforme a la ley*” (Subraya el accionante), por cuanto estando vigente la Ley 20 de 1975 (Estatuto Orgánico de la Contraloría General de la República), en cuyos artículos 2, 22 y 23, se dice y regla con toda nitidez, cómo debe hacerse el control fiscal, en las entidades financieras del Estado, como lo es la nacionalizada “Gran Financiera Corporación Financiera S.A.”, no se

SECCION PRIMERA

puede mediante unos Estatutos aprobados por medio de decreto ejecutivo, modificar o contradecir la voluntad soberana del máximo estatuto legal de la República, ni la ley que el Congreso ha expedido sobre la forma como debe llevarse a cabo la fiscalización por parte de la Contraloría. Por esto también se indica la precitada Ley 20 de 1975, quebrantada por la disposición impugnada.

b) En segundo lugar, el artículo 20 de la misma Constitución de 1886, en el sentido que fue entendido por la doctrina y la jurisprudencia: los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les permite la ley, pues el Presidente de la República no está facultado para, por medio de un decreto, como el que se acusa, decir cómo debe ejercerse el control fiscal en las entidades financieras del Estado, ya que ello es de la exclusiva competencia del legislador, quien lo desarrolló a través de la ley 20 de 1975, arts. 2, 22 y 27.

c) Finalmente, el artículo 55 de la Constitución Nacional de 1886, en cuanto en esa disposición se consagra la concepción democrática de la llamada separación de poderes o ramas del poder público, pues el gobierno al establecer en la disposición demandada la forma y el ejercicio del control fiscal, potestad que no le fue conferido por los decretos 1050 y 3130 de 1968, se arrogó funciones o facultades que corresponden a otra rama del poder público según la misma Constitución y viola, igualmente, directamente la ley 20 de 1975, en sus artículo 2, 22 y 23.

II. LA ACTUACION

Admitida la demanda, negado el decreto de suspensión provisional por considerar la Sección que para apreciar la inconstitucionalidad y la ilegalidad alegadas era imprescindible aclarar unos conceptos propios del discurso de la sentencia, y notificada al delegado para ello del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al representante legal de la entidad "Gran Financiera Corporación Financiera S.A.", los apoderados especiales constituídos al efecto contestaron la demanda, solicitaron la práctica de pruebas y propusieron excepciones, dentro de la oportunidad indicada para ello en la ley.

Los apoderados de las partes presentaron en tiempo sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público rindió su concepto sobre las pretensiones de la demanda.

III. LOS FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA PARTE DEMANDADA Y DEL TERCERO CON INTERES DIRECTO EN EL RESULTADO DEL PROCESO

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Gran Financiera Corporación Financiera S.A., mediante sus correspondientes apoderados especiales,

se refieren a la naturaleza jurídica de la entidad nacionalizada en enero de 1986, su régimen de nacionalización, su sujeción al control de la Superintendencia Bancaria, etc., para concluir que la labor de la Contraloría General de la República frente a la entidad financiera solamente puede recaer en lo que concierne al aporte oficial y a su destinación, así como en lo relacionado con la verificación de la participación en utilidades. No discuten que la entidad se encuentra afecta al control fiscal de la Contraloría y consideran que la disposición estatutaria cuestionada, en cuanto no prescribe sobre procedimientos de fiscalización para la entidad no entra en antagonismo alguno con las normas que se dicen violadas.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Primera de la Corporación, con concepto rendido el 11 de diciembre de 1991, considera que por las bien traídas razones del señor apoderado de la parte actora se impone la anulación de la disposición acusada, en lo pertinente.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a.- LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA DEMANDADA Y EL TERCERO OPOSITOR.

Deberá la Sala, en primer lugar, ocuparse de decidir sobre las excepciones propuestas por dichas personas que, aun cuando las denominan de diferente modo (*inepta demanda*, la Nación -Ministerio de Hacienda-, e *inexistencia de la norma acusada*, la entidad Gran Financiera Corporación Financiera S.A.), se pueden considerar como una misma o una sola excepción: **INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA**, en razón, fundamentalmente, de haberse solicitado expresamente por el apoderado de la demandante la nulidad del "artículo 7o. del Decreto 1888 de junio 13 de 1986, proferido por el señor Presidente de la República", cuando es lo cierto, observan los excepcionantes, que el decreto precitado tan sólo tiene dos artículos, a saber: el primero, por el cual se aprueban los estatutos adoptados por la Junta Directiva de la entidad financiera nacionalizada en sesiones del 29 de abril y 27 de mayo de 1986, cuyo texto se transcribe en su integridad totalmente, y el segundo que preceptúa que el decreto rige desde la fecha de su publicación. Observan los apoderados de las partes indicadas, que el artículo 7o. no corresponde al decreto, sino a los Estatutos que se aprueban, y que, por ello y como consecuencia, no se cumplió con lo exigido por los artículos 137-2 y 138, inciso primero, del C.C.A., configurándose la excepción propuesta con diferente denominación.

SECCION PRIMERA

Para la Sala las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar, por cuanto aun cuando ciertamente la parte actora incurrió en el error de solicitar expresamente la nulidad del artículo 7o. del decreto ejecutivo, que no existe realmente, en lugar de referirse al artículo primero, en cuanto por él se aprueba la parte demandada del artículo 7o. de los Estatutos aprobados por la Junta Directiva de la sociedad financiera de economía mixta del orden nacional, es evidente que claramente está precisada la norma acusada con su transcripción literal en las páginas 1 y 2 de la demanda y con la referencia también expresa a ella, y es deber del juez interpretar la demanda en orden a evitar sentencia inhibitoria, que, por lo demás, evidentemente conducen a un desgaste de la jurisdicción, pues tratándose de una acción de nulidad que no tiene término de caducidad, sería posible intentarla nuevamente ya con referencia precisa al artículo 1o. del decreto acusado, en cuanto por él se aprueban los susodichos Estatutos que contienen la disposición contra la que se formulan los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad.

2a.— EL ASPECTO DE FONDO DE LA CONTENCION

En cuanto a este aspecto, como bien lo observa la señora Fiscal colaboradora de la Corporación en su vista de fondo, hay que partir de la premisa de que en el proceso no se está discutiendo que el poder o facultad de vigilancia de la gestión fiscal del organismo "Gran Financiera Corporación Financiera S.A.", sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, del tipo de las anónimas, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, corresponde a la Contraloría General de la República. Lo que se discute es si el Gobierno tenía competencia constitucional y legal para aprobar, mediante decreto ejecutivo, una norma estatutaria que se refiere a lo que solamente debía fiscalizar la Contraloría. En otras palabras, si corresponde o no a la ley determinar cómo debe ejercerse ese control fiscal, en la forma como lo espesifique el Congreso, como lo hizo mediante la ley 20 de 1975, vigente, en sus artículos 2, 22 y 23, que trazan las pautas para el ejercicio de esa vigilancia sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, confiando a la Contraloría General de la República el establecimiento de sistemas de fiscalización que consulten las modalidades de cada organismo, de manera que no se obstaculice el logro de sus fines sociales.

Si se tiene en cuenta que el artículo 59 de la Constitución Nacional de 1886, vigente en el momento de expedición de la norma acusada, establecía que "La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y *se ejercerá conforme a la ley*" (se subraya); que esta norma se reproduce y amplía en el artículo 267 del nuevo ordenamiento constitucional de 1991, cuando se establece que "el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares

o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” y que “Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva *conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley*” (se subraya igualmente); y, como ya se dijo, la Ley 20 de 1975, vigente en cuanto hace a organización y funciones o atribuciones de la Contraloría General de la República, no sólo traza las pautas para el ejercicio de esa vigilancia, sino que confía a la propia Contraloría la facultad de establecer los sistemas de fiscalización que consulten las modalidades de cada organismo, público o privado que maneje fondos o bienes de la Nación, es claro para la Sala que corresponde a la ley, y no al Gobierno directamente o mediante la facultad de aprobar estatutos de entes descentralizados del orden nacional, trazar límites o condicionar la tarea del ente fiscalizador.

No se necesitan, entonces, mayores elucubraciones o razonamientos, para llegar a la conclusión de que el acto acusado contraría normas superiores de derecho como las invocadas en la demanda, y que en consecuencia, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

Sin embargo, la Sala no quiere dejar de observar en relación con las concepciones jurisprudenciales encontradas que surgen de las sentencias de 11 de diciembre de 1979 y de 24 de abril de 1980, dictadas la primera por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en donde se declaró la exequibilidad de las normas contenidas en los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 33, 37 y 58 de la Ley 20 de 1975 que gobiernan la fiscalización de la Contraloría General a las entidades descentralizadas nacionales y financieras del Estado, y la segunda por la Sala Constitucional de la misma Corte durante la vigencia de la reforma constitucional de 1979 en donde se declararon inexecutable varios artículos del decreto-ley 924 de 1976 (Estatuto Orgánico de la Contraloría General de la República), dictado con fundamento en la precitada ley 20 de 1975, entre aquéllos el art. 52 que hace relación al control fiscal sobre las entidades o sociedades de economía mixta, que, de un lado, esa contradicción jurisprudencial no tiene ninguna incidencia en el proceso, pues en ambas sentencias se reconoce indubitablemente la competencia exclusiva del legislador para reglamentar la fiscalización que la Contraloría General de la República debe ejercer sobre entidades descentralizadas del orden nacional y entidades financieras y de crédito del Estado, que, como se dijo atrás no puede provenir de la propia entidad o del decreto ejecutivo que apruebe los estatutos del ente sobre el cual se debe ejercer esa fiscalización, y de otro lado, que, como bien lo observó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 15 de septiembre de 1983, ponencia del señor consejero Dr. Mora Osejo, mientras el primer pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte hace relación concretamente al ejercicio de ese control fiscal por la Contraloría, es decir, a la función en sí misma, lo que se declaró exequible y debe ser observado mientras una nueva ley no modifique sus términos, el segundo se refiere a la estructura orgánica de la Contraloría, concretamente a la División encargada de la

SECCION PRIMERA

auditoría de las entidades financieras y a las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a que se refiere el art. 22 de la ya indicada ley 20 de 1975, a más de otras actividades relacionadas con ese tipo de control (arts. 39, 52 y 54 del decreto 924 de 1976).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la señora Fiscal Primera de la Corporación y de acuerdo con ella,

FALLA:-

Declárase la nulidad del artículo 1o. del Decreto 1888 de junio 13 de 1886, proferido por el señor Presidente de la República, por medio del cual se aprueban los Estatutos de "Gran Financiera Corporación Financiera S.A.", en la parte del artículo 7o. de dichos Estatutos que reza: "... La Contraloría General de la República fiscalizará solamente lo que concierne al aporte patrimonial público y a la recepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la Corporación no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, destinado a obtener los fines sociales de la Corporación y manejado con plena autonomía administrativa".

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Contralor General de la República, devuélvase al señor apoderado especial de esta última la suma depositada para gastos del proceso no utilizada y archívese.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

SUBSIDIO DE TRANSPORTE / POTESTAD REGLAMENTARIA – Presupuesto

El subsidio de transporte público colectivo urbano, fue creado en virtud de la declaratoria de Estado de Sitio, a través del Decreto 624 de 1966, que al no haber sido recibido como legislación permanente al levantarse la emergencia que determinó tal declaratoria, dejó de regir. La facultad de reglamentar depende necesariamente de la existencia del objeto sobre el cual recaiga dicha potestad.

DECLARA LA NULIDAD del Decreto 1976 de 1988 (septiembre 23) expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Acumulados Nos. 1055 y 1063. Acción de nulidad en relación con el Decreto reglamentario 1976 de 1988 expedido por el Presidente de la República. Actores: José Primitivo Suárez García y Pablo J. Cáceres Corrales.

Los ciudadanos JOSE PRIMITIVO SUAREZ GARCIA y PABLO J. CACERES CORRALES, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan, en demandas separadas, acumuladas posteriormente, la declaratoria de nulidad de la totalidad de los artículos del Decreto 1976

SECCION PRIMERA

de 23 de septiembre de 1988 proferido por el Presidente de la República, "por el cual se reglamenta el artículo 7o. de la Ley 30 de 1982", (fl. 1 vto. y 2, cuadero 1).

I. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA ACCION

Consideran los demandantes que con la expedición del acto jurídico acusado, se han quebrantado las siguientes disposiciones: (f. 12 a 17, C. 1 y 59 a 82 C. 2).

a) Artículos 207 a 210 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto habiendo encontrado inexecutable la Corte Suprema de Justicia los Decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978, queda sin piso jurídico el subsidio al transporte colectivo urbano, por lo que mal puede el Gobierno invocar en el acto acusado que el artículo 7o. de la Ley 30 de 1982 haya creado ese auxilio, pues dicha ley lo que hizo fue revitalizar el impuesto a los combustibles para el Fondo Vial Nacional, y destinar un 50% de ese recaudo para que la Corporación Financiera del Transporte atendiera el pago del subsidio que en ese momento tenía como soporte el Decreto 588 de 1978. Que, entonces, lo que ha debido hacer el Gobierno era someter a consideración del Congreso la creación del subsidio, pues al no existir la ley de la República que creara el subsidio del transporte colectivo urbano, no se podían comprometer dinero del presupuesto nacional para atender un gasto que no ha sido decretado por el órgano competente, que es el Congreso de la República.

b) Violación del artículo 55, en concordancia con los artículos 76, num. 9o. y 10o., 62 y 63 de la Constitución Política de 1886, al invadir el Presidente de la República campos reservados por la Constitución Nacional al Congreso, ya que no podía regular un subsidio que no había sido creado por la ley, además de que desconoce el régimen de competencias en un sistema de separación de poderes al adscribir funciones a la Corporación Financiera del Transporte de pagar el subsidio y al Instituto Nacional del Transporte (parágrafo 1o. del artículo 7o. y 10.), siendo que la determinación de la estructura de la administración así como las facultades de cada establecimiento público son competencias del legislador.

c) Violación del artículo 135 de la Constitución de 1886, por lo que respecta a los artículos 2o. y 3o. del acto acusado, porque trasladan competencia a la Junta Directiva de la Corporación Financiera del Transporte, ente éste distinto a los mencionados en el citado artículo 135.

d) Violación del artículo 76, ordinal 13, de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto el subsidio creado mediante el decreto es un auxilio que se va a pagar con recursos del presupuesto nacional pero sin que el Congreso haya autorizado su pago, es decir, se crea una obligación a cargo del Estado sin apoyo legal, por lo cual se está suplantando al Congreso y se transgrede el ordinal 1o. del art. 76 ibídem.

Qué, además, aún existiendo la ley que decretara la causa de la obligación (crédito o derecho) y reconociera en consecuencia el gasto, existe la limitación del ordinal 5o. del artículo 78 de la Constitución Nacional de 1886.

e) Violación del artículo 31 de la Constitución Política de 1886, que prescribe que “sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y vías de comunicación”, por cuanto el impago de una tarifa o su fijación por debajo de las márgenes de rentabilidad o simplemente retributivas por el servicio prestado, no encajan en los privilegios de que habla el artículo 31 citado, lo que significa que aún el Congreso tiene unas precisas limitaciones que le impiden disponer la entrega de los dineros a los particulares salvo el caso del fomento de empresas de acuerdo con los planes de desarrollo que todavía no se han adoptado legalmente, ni en los proyectos elaborados desde 1968 se contempla el subsidio al transporte según las exigencias de los artículos 76, num. 20 y 78 de la Carta Política de 1886.

f) El decreto impugnado reproduce las normas declaradas inexecutable. En consecuencia, si una sentencia de inconstitucionalidad tiene la virtud de producir efectos “erga omnes”, hace parte del orden jurídico interno y su violación es causal de nulidad de los actos administrativos como el acusado en este proceso.

g) Violación del artículo 120, num. 3o., de la Constitución Nacional de 1886, porque la facultad reglamentaria supone la existencia de una ley previa que haya creado el gasto. Y como la obligación del Estado desapareció por orden ejecutoriada e incontrovertible de la sentencia de 8 de septiembre de 1988 de la Corte Suprema de Justicia, la posibilidad de reglamentar desapareció del mundo jurídico y por ello la potestad reglamentaria en este caso es inoperante por sustracción de materia.

II. EL TRAMITE DE LOS PROCESOS

Los dos procesos que se deciden por medio de esta sentencia, fueron acumulados en virtud de auto de fecha 17 de abril de 1991 (f. 243 C. 1), por solicitud del Agente del Ministerio Público.

En el proceso radicado bajo el No. 1055, se admitió la demanda por auto de fecha 28 de abril de 1989, visible a los folios 23 a 26 del cuaderno 1, y se ordenó estar a lo resuelto en las providencias de 27 de enero de 1989 y 7 de abril del mismo año, expediente 1063, en que se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

En el proceso radicado bajo el No. 1063 se profirió auto admisorio de la demanda el 27 de enero de 1989 (fl. 101 a 109 C. 2) y se decretó la suspensión provisional del Decreto 1976 de 1988 expedido por el Presidente de la República, por cuanto en el decreto demandado al igual que en los decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978, declarados inexecutable por la Corte

SECCION PRIMERA

Suprema de Justicia, se regula el subsidio de transporte colectivo urbano y la manera de su pago, presentándose una manifiesta violación de las normas superiores que la Corte halló quebrantadas por los decretos declarados inexequibles.

El citado proveído fue recurrido en súplica y esta Corporación en providencia de 7 de abril de 1989 (fls. 142 a 156 C. 2) confirmó la medida.

La Nación, Ministerios de Obras Públicas y Transporte, de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, una vez notificados de los autos admisorios de las demandas, se hicieron parte en los procesos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y en síntesis expresaron los siguientes argumentos:

A. POR PARTE DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.

Se propuso la excepción de inepta demanda por considerarse que los actos acusados facultan a la Corporación Financiera del Transporte para pagar el subsidio del transporte a los propietarios de los vehículos de transporte público colectivo terrestre y por lo mismo ha debido demandarse a esta entidad por ser ella quien expediría los actos presuntamente ilegales (fls. 41 a 42 C. 1).

B. POR PARTE DEL MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

Que el Gobierno Nacional tiene la potestad de intervenir en la industria del transporte automotor con base en los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional de 1886 y ley 15 de 1959 aún vigente (art. 16), de donde se establece que el acto acusado tiene entidad legal, y en ejercicio del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886 no hizo más que reglamentar lo que en forma general y abstracta preceptuó la ley 15 de 1959 (fls. 49 a 51 C. 1).

C. POR PARTE DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

a) Que el hecho de que el decreto acusado no hubiera mencionado en sus considerandos el artículo 5o. de la ley 64 de 1967 que autorizó el pago del subsidio de transporte urbano con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1o. del decreto legislativo 624 de 1966, no significa que las normas acusadas no tuvieran sustento legal para darle al Presidente de la República la capacidad para reglamentar el pago del subsidio.

b) Que el tema reclama un examen de todo el ordenamiento jurídico constitucional y legal, partiendo de la ley 15 de 1959, decreto 558 de 1964, Decreto legislativo 624 de 1966, ley 64 de 1967, ley 30 de 1982, hasta la ley 2a. de 1989 (fls. 164 a 180 C. 2).

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera la colaboradora Fiscal de la Corporación que debe accederse a las súplicas de la demanda teniendo en cuenta que las bases legales en que dice apoyarse el acto acusado, ley 15 de 1959 y ley 30 del 1982, no autorizan al gobierno a reglamentar sobre un subsidio no creado, ya que el decreto de Estado de Sitio 624 de 1966 no pudo ser incorporado como legislación permanente por lo cual dejó de regir, y los decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978 fueron declarados inexecutable por haberse dictado con desconocimiento del artículo 210, inc. 3o., de la Constitución Nacional de 1886.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término, corresponde decidir sobre la excepción de inepta demanda planteada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que fundamenta en el hecho de que la Corporación Financiera del Transporte ha debido ser demandada en el proceso por ser esta entidad la encargada de pagar el subsidio del transporte público colectivo urbano a los propietarios de los vehículos y por lo mismo quien expediría los actos presuntamente ilegales.

En el evento sub lite, el decreto 1976 de 23 de septiembre de 1988, fue expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Obras Públicas y Transporte, Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

Del hecho de que la Corporación Financiera del Transporte hubiera sido, en virtud del decreto demandado, la entidad encargada de pagar el subsidio, en manera alguna puede predicarse que hubiera expedido el acto administrativo que se impugna y por lo mismo no tiene la calidad de demandada. Por lo demás, en lo que respecta a los actos presuntamente ilegales que hubiera podido producir, será en otro proceso, previa demostración de la existencia de tales actos y la violación por éstos de normas superiores, en que deba vincularse como demandada para desvirtuar la legalidad de los mismos. Por esta razón, la excepción no prospera.

En lo que atañe a los cargos formulados frente al decreto 1976 de 1988, la Sala considera que no han variado las circunstancias que motivaron el decreto de suspensión provisional, ya que de acuerdo, con los lineamientos expresados en la sentencia de 8 de septiembre de 1988 de la Corte Suprema

SECCION PRIMERA

de Justicia, y que la Sala comparte, el subsidio de transporte público colectivo urbano, fue creado en virtud de la declaratoria de Estado de Sitio, a través del decreto 624 de 1966, que al no haber sido recibido como legislación permanente al levantarse la emergencia que determinó tal declaratoria, dejó de regir.

Por ello se expidieron los decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978 que regularon nuevamente el subsidio, que por implicar un pago por el Estado a los particulares, es decir un típico gasto, su creación debió someterse a la Constitución vigente (art. 207 y 210, inc. 3o), circunstancia ésta que dio lugar a declarar su inexecutable.

No obstante que el acto acusado dice fundamentarse en la ley 15 de 1959, art. 16, y artículo 7o. de la ley 30 de 1982, la Sala observa que de una parte, la facultad establecida en la ley 15 de 1959, art. 16, al Gobierno Nacional para determinar los requisitos que deberían llenar las empresas privadas de transporte urbano colectivo para beneficiarse de los subsidios oficiales, presupone la existencia de una ley que los cree, ley ésta que no es precisamente la ley 15 de 1959 que atiende únicamente al auxilio patronal de transporte y que lógicamente difiere en forma sustancial del subsidio al transporte público colectivo urbano, entre otras, por que quien asume la carga de su pago en aquél es el patrono, mientras que en éste se prevé que corresponda al Estado.

De otra parte, asiste razón al actor en afirmar que la ley 30 de 1982 no está creando el subsidio al transporte público colectivo urbano. En efecto: De un lado esta ley modifica la ley 64 de 1967 "por la cual se crea el Fondo Vial Nacional", revitalizando el impuesto a los combustibles, y, de otro lado, el artículo 7o. de la citada ley que dispone la participación del 50% al subsidio del transporte urbano colectivo tenía como base los decretos 1277 de 1971 y 588 de 1978, por los cuales se creó el subsidio, pero en virtud de la declaratoria de inexecutable, la materia allí regulada desapareció de la vida jurídica y por ende, también los fundamentos que tuvo en cuenta el legislador para establecer la participación de una suma no superior al 50% que el Fondo Vial Nacional pagaría a la Corporación Financiera del Transporte con destino al subsidio.

Teniendo en cuenta lo anterior, con la expedición del acto objeto de estudio para la Sala se quebrantaron los artículos 207 y 210, inciso 3o., de la Constitución Nacional de 1886 y de contera, el artículo 120, num. 3o., ibídem, toda vez que la facultad de reglamentar depende necesariamente de la existencia del objeto sobre el cual recaiga dicha potestad.

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:

DECLARASE LA NULIDAD del decreto 1976 de 23 de septiembre de 1988 expedido por el señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Obras Públicas y Transporte, de Desarrollo Económico y Director o Gerente de la Corporación Financiera del Transporte, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

FONDO NACIONAL DE AHORRO—Naturaleza Jurídica/ESTABLECIMIENTO PUBLICO—Régimen Contractual/CONTRATO COFINANCIADO

El Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento público del orden nacional. Los contratos de los establecimientos pueden clasificarse en tres grupos: los contratos administrativos públicos, los contratos de derecho privado especialmente regulados por el estatuto contractual y los contratos de derecho privado no regulados por el mismo estatuto. Como no existen normas de categoría legal que establezcan un régimen especial para todos o algunos de los contratos del F.N.A., debe entenderse que los contratos del citado establecimiento público están sometidos a las reglas generales ya vistas. Y como el régimen limitante consagrado en la norma demandada, respecto de la aplicación del Decreto 222 de 1983, pretende ser aplicado por aquella norma reglamentaria a los diversos contratos que celebre el F.N.A., la Sala considera que dicha norma es ilegal. Esta ilegalidad es independiente del régimen que deba aplicarse a los llamados “contratos cofinanciados” pues tratándose éstos de contratos atípicos y sui generis, su celebración no está regulada por el Decreto 222 de 1983.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1514. Actor: Contraloría General de la República.

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 Contraloría General de la República en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., y tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 3o. del Decreto 1059 de abril 13 de 1983, expedido por el señor Presidente de la República, con la firma del Ministro de Desarrollo Económico.

I. — ANTECEDENTES

a. — El acto acusado

Lo constituye, como ya se expresó, el artículo 3o. del Decreto 1059 de 1983, “por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro”.

El siguiente es el texto de la norma acusada (fl. 6 vto.):

“Artículo 3o.— Las operaciones que realice el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de lo previsto en los artículos anteriores, se someterán a las normas del Decreto 222 de 1983, en lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana.

“En los demás aspectos, cumplirá los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares y, en cuanto a sus efectos, los contratos estarán sujetos a las disposiciones civiles, comerciales o laborales según su naturaleza, salvo que se trate de contratos administrativos o de contratos en los que se hubiere incluido por el Fondo Nacional de Ahorro la cláusula de caducidad.

“Parágrafo. Igual tratamiento tendrán los contratos que celebre el Fondo con sus afiliados para las finalidades y operaciones previstas en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 3118 de 1968, debiendo sujetarse, para la selección de sus respectivos beneficiarios, a los reglamentos de la Junta Directiva de esa entidad. El cumplimiento de estos contratos se garantizará hipotecariamente y con la prenda de las cesantías causadas o que se cuasen en un futuro a favor de los mutuarios correspondientes”.

b. — Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones se limitan a hacer referencia a las normas que consagran la naturaleza jurídica y la representación legal del Fondo Nacional de Ahorro, y a transcribir tanto la totalidad del Decreto contentivo de la norma acusada, como los artículos 1o., 25 y 252 del Decreto 222 de 1983 (fls. 12 a 16).

c. — Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera en la demanda que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan de la siguiente manera (fls. 16 a 21):

PRIMER CARGO.— Violación de los artículos 55, 76 atribución 1a. y 120 ordinal 3o. de la Constitución Política, pues mientras el primero de los citados consagra la separación de funciones y la colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público, el segundo atribuye al Congreso la facultad de interpretar, reforma y derogar las leyes preexistentes.

Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido unánimemente los actos dictados en virtud de la potestad conferida al Jefe de Estado por el artículo 120-3 de la Constitución, por ser de carácter administrativo, no pueden modificar la ley, suprimiendo requisitos allí establecidos, ni restringir su campo de aplicación, tal como ocurrió mediante el acto acusado, con las normas del Decreto Ley 222 de 1983 "... en relación a los contratos que celebre el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de lo previsto en los artículos primero y segundo del Decreto Reglamentario 1059 de 1983".

SEGUNDO CARGO.— Violación del artículo 1o. del Decreto Ley 222 de 1983, pues de conformidad con esta norma el Fondo Nacional de Ahorro, como establecimiento público que es, debe someterse, en cuanto al régimen de contratación u operaciones contractuales determinadas en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1059 de 1983, "... a las reglas y prescripciones contenidas en el Decreto 222 de 1983, sin restricción alguna".

De lo atrás expresado resulta que mal podía, mediante la norma reglamentaria acusada, adoptarse parcialmente el régimen contractual para los denominados "contratos cofinanciados o P3", como en efecto ocurrió, pues mientras que se determina el sometimiento de tales contratos a las reglas del Decreto Ley 222 de 1983, en cuanto a capacidad para contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana, en los demás aspectos se consagra que ellos deben regirse por los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares "... y, en cuanto a sus efectos, a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza, excepto de los contratos administrativos o de aquellos en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad, originando con ello la eliminación de disposiciones del estatuto contractual tanto en la etapa precontractual como en la contractual".

TERCER CARGO.— Violación del artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1983, pues mediante un decreto reglamentario, como el acusado, se están

consagrando excepciones en favor del Fondo Nacional de Ahorro al sometimiento de los requisitos que para la celebración de los contratos previstos en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1059 de 1983, consagra la norma violada, siendo claro que ella dispone que la facultad de establecer regímenes de excepción reposa en el legislador.

CUARTO CARGO.— Violación del artículo 252 del Decreto Ley 222 de 1983, toda vez que esta disposición reitera que los contratos de los establecimientos públicos deben someterse a los requisitos previstos en el Estatuto Contractual, "... además de indicarle la sujeción a formalidades especiales según la cuantía del contrato". De este criterio se da cuenta en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, el 20 de enero de 1989, de la cual fue ponente el doctor Guillermo Benavides Melo y siendo partes actoras Pablo Segundo Galindo Nieves y Rita Cecilia Fernández I.

d.— Las razones de la defensa

En su alegato de conclusión, la parte demandada expresa en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 58 a 65):

La norma acusada, y en general el Decreto 1059 de 1983, reglamentan parcialmente los artículos 16, 17 y 18 del Decreto Legislativo 3138 de 1968, los cuales tratan sobre las operaciones financieras que puede ejecutar el Fondo Nacional de Ahorro para cumplir con la finalidad de proveer de vivienda a los empleados oficiales beneficiarios de sus servicios.

De lo expresado resulta que el acto acusado es simplemente el resultado del ejercicio de la facultad constitucional de reglamentación de la ley "... sin pretender derogar las disposiciones del Decreto 222 de 1983, ni aislar de su campo de aplicación a la operación financiera que realiza el Fondo Nacional de Ahorro para proporcionarle vivienda a sus afiliados".

Por otra parte, el acto acusado dispone que la relación entre el constructor y el Fondo Nacional de Ahorro se somete, en principio, a la parte general del Estatuto Contractual, el cual también habrá de aplicarse a los contratos administrativos o a aquellos en que se haya pactado la cláusula de caducidad y, en lo especial, a las reglas del derecho privado. Lo anterior significa que el acto acusado es norma especial y constituye una excepción a las reglas del artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1983, resultante del legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que la reglamentación está implícitamente contenida en las normas que arriba se señalaron como reglamentadas.

A continuación, y de manera excepcional puesto que la Sala por regla general realiza su síntesis, se transcribe uno de los capítulos del escrito que contiene el alegato de conclusión de la parte demandada, teniendo en cuenta

los aspectos concretos planteados y en atención a que lo expresado constituye uno de los puntos centrales de la defensa.

“4.0 ATIPICIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 1059 DE 1983.

“La lectura cuidadosa del Decreto Ley 222 de 1983, en su integridad se observa que el Gobierno en desarrollo de las facultades que le confirió la Ley 19 de 1982, clasificó los contratos en administrativos y de derecho privado de la administración (artículo 16), concordante con los Artículos 1o. y 3o. de la precitada Ley.

“El Artículo 80 del Decreto Ley 222 de 1983, en concordancia con el Artículo 1o. inciso 1o. enumera en forma taxativa los contratos que regula el estatuto y cita 10 contratos que el legislador delegado clasifica como contratos administrativos y otros que tienen el carácter de contratos de derecho privado de la administración.

“La afirmación de la demandante, es que el Decreto 222 de 1983, abarca todos los contratos de la administración dejando de lado el análisis del Artículo 1o., 16, 25 y 80 del mismo que excepcionan su campo de aplicación, al disponer “salvo norma especial en contrario”, que es precisamente lo que hace el Decreto 1059 de 1983.

“El conjunto de operaciones que autoriza el Decreto 3138 de 1968, en sus artículos 16 al 18 y que el Ejecutivo en desarrollo de esa facultad profiere el Decreto 1059 de 1983, tiene una característica muy especial, cual es la de no tipificarse ni como contrato de construcción ni como contrato de compraventa entre el Fondo Nacional de Ahorro y el Constructor, porque el Fondo Nacional de Ahorro realiza una intermediación entre el mercado de la construcción y el beneficiario de sus servicios que lo son los empleados públicos y/o trabajadores oficiales afiliados.

“Este procedimiento puede considerarse como un acto jurídico complejo, es decir, un conjunto de actos jurídicos, separados e independientes, que conservan cada uno de ellos su propia naturaleza jurídica y por tanto su tipicidad particular, pero en razón de la finalidad única o del elemento teleológico común que les proporciona el hecho de estar destinados a un mismo propósito, merecen ser considerados como un todo.

“Tal como se indicará más adelante, en la operación financiera que realiza el Fondo Nacional de Ahorro para cumplir su función básica de dotar de vivienda a los empleados públicos y/o trabajadores oficiales afiliados, intervienen distintas partes, todas ellas de naturaleza privada

salvo el establecimiento público mencionado y en cada una de ellas se traba una relación jurídica particular que no puede encuadrarse en las formas típicas de los contratos administrativos, previstos en el Decreto Ley 222 de 1983.

“Esquemáticamente pueden presentarse las siguientes posibilidades:

“a) Partes en el proceso previsto por los Decretos 3138 de 1968 y 1059/83, para dotar de vivienda a los beneficiarios del Fondo Nacional de Ahorro:

“– Banco Central Hipotecario

– Corporaciones de Ahorro y Vivienda

– Constructores y/o Empresarios

– Fondo Nacional de Ahorro que intermedia en la relación

– Comprador final, que lo es el Beneficiario.

“b) En virtud de la asociación de capital y para finalmente lograr el cumplimiento de los objetivos asignados al FNA puede presentarse:

– Contrato de Empresa o de construcción de edificios entre Constructor, o BCH o Corporaciones de Ahorro y Vivienda que es regulado por el Código Civil.

– Contrato de mutuo, entre BCH, Corporaciones de Ahorro y Vivienda y Fondo Nacional de Ahorro, regulados por los Decretos Autónomos 1070 de 1983 y ordinal b, Artículo 17 del Decreto 3138 de 1968.

– Contrato de oferta y estipulación por otro, entre Fondo Nacional de Ahorro y el Constructor, regulado por los Decretos 1059 y 1070 de 1983, Código de Comercio, Código Civil.

– Contrato de compraventa entre el afiliado beneficiario y el constructor, regulado por el Código Civil y de Comercio.

– Contrato de mutuo con hipoteca o prenda entre el Fondo Nacional de Ahorro y el afiliado, regulado por el Código Civil.

“En el proceso descrito, se tiene una unidad compleja, compuesta por la sucesión de relaciones necesarias y ligadas entre sí, entre la entidad pública que lo es el Fondo Nacional del Ahorro en cumplimiento de sus funciones y el beneficiario y constructores o Corporaciones de Ahorro

y Vivienda o el BCH, relaciones que son el fundamento del contrato o contratos que celebra el Fondo Nacional de Ahorro para dotar de vivienda a sus afiliados.

“En las condiciones anteriores, no se está en presencia de un contrato administrativo, sino de un acto jurídico complejo que repito, no puede enmarcarse en la tipicidad del Decreto Ley 222 de 1983.

“De este sistema se puede afirmar que es sui generis y su desarrollo permite al Establecimiento Público cumplir con sus objetivos legales que envuelven no sólo aspectos financieros sino sociales, además de que el Estado no cubre todos los costos y acepta aportes de sus contrapartes, con base en el interés de servicio público que presta”.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se formula la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 215 de la Constitución Política, contra la locución “... y de derecho privado de la administración...” contenida en el artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1983, con la finalidad de que el Consejo de Estado haga primar la Carta sobre la mencionada disposición.

La procedencia de su formulación se deriva de la ausencia de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexecutable del mentado artículo y la excepción planteada tiene su fundamento en que las facultades otorgadas al Presidente de la República por el artículo 10. de la Ley 19 de 1982 se limitaban a hacer la clasificación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, sin posibilidad alguna para regular estos últimos ni establecer los requisitos a los cuales debían sujetarse para su celebración.

Si la Ley 19 de 1982 distinguió como categorías especiales de contratos del Estado los administrativos y los de derecho privado de la administración, los cuales obedecen a distintos principios, que sirven de límite a las facultades conferidas, el Gobierno se excedió en su ejercicio al tenor del artículo 10. de la citada Ley, que tan solo posibilitaba la expedición de reglas relativas a los contratos de derecho administrativo.

En suma, la inconstitucional locución arriba señalada implica la anulación del régimen de derecho privado, previsto en los distintos códigos a lo cual no se encaminó ni buscó la Ley 19 de 1982.

e. — La impugnación de la demanda

Al proceso compareció y se le reconoció como parte impugnadora de la demanda el ciudadano Enrique José Arboleda Perdomo, quien en escrito

que obra a folios 70 a 72 propone la excepción de inconstitucionalidad de la frase "... y de derecho privado de la administración...", contenida en el artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1982, con la finalidad de que esta Corporación la declare inconstitucional y, por tanto, inaplicable al caso controvertido "... siendo entonces legal la norma acusada".

Los fundamentos de la mencionada excepción son los siguientes:

La Ley 29 de 1982 definió que en materia de contratación, la administración tendría una dualidad de regímenes jurídicos: de derecho administrativo y de derecho privado. Además, en su artículo 10. facultó al Gobierno para reclasificar los contratos del Estado y expedir las normas atinentes a los contratos de derecho administrativo.

La mencionada Ley de facultades no autorizó al Gobierno para regular los contratos de derecho privado de la administración, pues ellos se someten a las reglas que rigen aquellos que se celebren entre particulares.

La facultad otorgada al Gobierno por el numeral 1o., literal d) del artículo 10. de la Ley 29 de 1982 se refería a establecer regímenes especiales de derecho público para algunos contratos administrativos y no para establecer o variar la legislación común que rige la contratación entre particulares, la cual se aplica a la administración cuando contrate bajo su régimen.

Consecuencia de lo expresado es que el artículo 25 del Decreto Ley 222 de 1983, al someter los contratos de derecho privado de la administración a los mismos requisitos de aquellos sujetos al derecho público, cambió la reglamentación de los Códigos Civil, de Comercio y Laboral.

La operación que regula el acto acusado se rige por el derecho privado, lo cual resulta del hecho de que el mismo Decreto Ley 222 de 1983 (arts. 80 y 266, por ejemplo) excluye de su aplicación a los contratos de derecho privado de la administración.

Se adjunta copia al carbón de la contestación de la demanda dentro del proceso cuyo actor fue Pablo Segundo Galindo Nieves, cuyos argumentos se solicita sean estudiados en caso de que no se acceda a la declaratoria de inconstitucionalidad solicitada.

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

SECCION PRIMERA

Por auto de 20 de septiembre de 1990 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que corresponde y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 26 a 30).

No habiendo pruebas que practicar, mediante providencia visible a folio 48 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto de fondo. Igualmente se dispuso denegar el reconocimiento de personería al apoderado de la Nación —Ministerio de Desarrollo Económico y, en consecuencia, se tuvo como no contestada la demanda (fl. 48).

Mediante providencia de 8 de mayo de 1991, se reconoció personería al apoderado de la Nación —Ministerio de Desarrollo Económico y se dispuso tener como parte impugnadora de la demanda al ciudadano Enrique José Arboleda Perdomo.

Tan sólo presentó alegato de conclusión el apoderado de la parte demandada (fls. 58 a 65).

II.— EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación considera lo siguiente (fls. 86 a 92):

De la confrontación entre la norma acusada y aquellas que se citan como violadas, resulta lo siguiente:

El Decreto 1059 de 1983 reglamenta algunos aspectos del Decreto Ley 3118 de 1968, por el cual se creó el Fondo Nacional de Ahorro, tendientes a lograr el cumplimiento de sus objetivos, entre los cuales se encuentra el de “contribuir a la solución del problema de vivienda de los servidores del Estado”.

Si el Decreto Ley 222 de 1983 regula los contratos que él mismo enumera y su artículo 80 dispone que “los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos”, resulta claro que los contemplados en la norma acusada, desarrollo de los artículos 16, 17 y 18 del Decreto Ley 3118 de 1968, no se rigen por tal estatuto.

En apoyo de su concepto la Fiscalía transcribe el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 14 de agosto de 1986, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, en respuesta a la consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico, Radicación No. 043.

Concluye la Fiscalía expresando que no deben prosperar las súplicas de la demanda, pues no resultando quebrantadas las disposiciones del Decreto Ley 222 de 1983, tampoco viola los ordenamientos constitucionales invocados en la demanda.

III.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como puede concluirse fácilmente de los antecedentes anteriores, el aspecto central de la controversia que ha dado lugar al presente proceso consiste en definir si los contratos regulados en el artículo 3o. del Decreto 1059 de 1983, norma demandada, están cobijados o no por la legislación contenida en el Estatuto Contractual de la Administración (Decreto Ley 222 de 1983).

Lo anterior por cuanto todos los conceptos de violación planteados por la entidad demandante van dirigidos a expresar que por tratarse de contratos de un establecimiento público, sean administrativos o de derecho privado, los contratos del Fondo Nacional del Ahorro están sometidos a los procedimientos, requisitos y reglas establecidos en el estatuto contractual citado.

Para adoptar la decisión correspondiente, la Sala hace las siguientes apreciaciones:

1o.— El artículo 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de 1983, efectivamente restringe la aplicación del Decreto Ley 222 de 1983 en lo referente a una serie de “operaciones” que realiza el Fondo Nacional de Ahorro, previstas en los arts. 1o. y 2o. del mismo decreto. En relación con dichas operaciones, la norma acusada expresa que “se someterán a las normas del Decreto 222 de 1983, en lo que se refiere a capacidad para contratar, competencia para suscribir los contratos, inhabilidades e incompatibilidades y sujeción a la ley colombiana”. Agrega que “en los demás aspectos, cumplirá (sic) los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares y, en cuanto a sus efectos, los contratos estarán sujetos a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza, salvo que se trate de contratos administrativos o de contratos en los que se hubiere incluido por el Fondo Nacional del Ahorro la cláusula de caducidad”. Igualmente, en su Parágrafo, la norma acusada expresa que el mismo tratamiento “tendrán los contratos que celebre el Fondo con sus afiliados para las finalidades y operaciones previstas en los artículos 16, 17 y 19 del Decreto 3118 de 1968, debiendo sujetarse para la selección de sus respectivos beneficiarios, a los reglamentos de la Junta Directiva de esa entidad. El cumplimiento de estos contratos se garantizará hipotecariamente y con la prenda de las cesantías causadas o que se causen en un futuro a favor de los mutuarios correspondientes”.

SECCION PRIMERA

2.— Las “operaciones” y contratos a que se refieren los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 3118 de 1968 y 1o. y 2o. del Decreto 1059 de 1983, que son los regulados por la norma acusada (art. 3o. del Decreto 1059 de abril 13 de 1983), son de diversa índole: otorgar préstamos (lit. a. del art. 17 Decreto 3118 de 1968); celebrar contratos para la ejecución de planes de vivienda (lit. b. del art. 17 Decreto 3118 y ord. 1o. del art. 1o. Decreto 1059 de 1983); adelantar programas que permitan a los empleados recibir del Fondo o de otra entidad contratada por este, vivienda con imputación al auxilio de cesantía (lit. c. del art. 17 Decreto 3118); otorgar garantías en favor de los empleados beneficiarios (art. 18 Decreto 3118); adelantar proyectos habitacionales con personas especializadas en la construcción de vivienda (ord. 2o. del art. 1o. Decreto 1059 de 1983); tramitar y aceptar, en nombre de los afiliados, ofertas comerciales de promesa de venta (art. 2o. Decreto 1059 de 1983); celebrar “los demás actos o contratos que estime necesarios o convenientes” (Parágrafo del art. 2o. Decreto 1059 de 1983).

3.— El Fondo Nacional de Ahorro es un establecimiento público del orden nacional, de conformidad con lo definido en el artículo 1o. del Decreto 3118 de 1968, por lo cual sus contratos, en principio, están sometidos al régimen consagrado en el Decreto Ley 222 del 2 de febrero de 1983, según lo previsto en el artículo 1o. de dicho estatuto. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 1o. citado expresa que las normas del estatuto se aplican a “los contratos previstos en este decreto”, y el artículo 80 precisa que “el presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros”. Aclara, adicionalmente, que “los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos”.

Además, en los artículos 16 y 17 del citado estatuto contractual se precisan cuáles contratos de las entidades públicas son administrativos, para lo cual se enumeran 10 tipos, expresándose que todos los demás son de derecho privado, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y se define el régimen público o privado, según el caso, que se aplica a cada uno de esos grupos.

Lo anterior quiere decir que los contratos de los establecimientos públicos pueden clasificarse en tres grupos:

a) Los contratos administrativos, que son los enumerados en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983 y los que ley especial así lo indique, sometidos a dicho estatuto o a la ley especial.

b) Los contratos de derecho privado especialmente regulados por el estatuto que son aquellos incluidos en la lista del artículo 80, menos los enumerados como administrativos en el artículo 16. Estos contratos están sometidos a las normas que contiene el estatuto pero en sus efectos y demás aspectos no regulados especialmente están sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según el caso, salvo que incluyan la cláusula de caducidad.

c) Los contratos de derecho privado no regulados por el estatuto, los cuales están sometidos en general a las normas civiles, comerciales o laborales, según su naturaleza.

4.— En el anterior orden de ideas y como no existen normas de categoría legal que establezcan un régimen especial para todos o algunos de los contratos del Fondo Nacional de Ahorro, como puede concluirse de la lectura del Decreto-Ley 3118 de 1968, debe entenderse que los contratos del citado establecimiento público están sometidos a las reglas generales ya vistas. Y como el régimen limitante consagrado en el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 1059 de 1983, respecto de la aplicación del Decreto 222 de 1983, pretende ser aplicado por aquella norma reglamentaria a los diversos contratos que celebre el Fondo Nacional de Ahorro para el desarrollo de las operaciones y finalidades relacionadas con su objeto institucional, la Sala considera que dicha norma es ilegal por contrariar los artículos 1o., 25 y 252, citados por la parte actora, en concordancia con los artículos 16, 17 y 80 del Decreto ley 222 de 1983 y, como consecuencia de dichas violaciones, la de los artículos 55, 76 atribución 1a. y 120 ordinal 3o. de la Constitución, también citados por la parte actora.

En efecto:

a) Mientras el Decreto 222 de 1983, en los artículos citados define el régimen aplicable a los contratos de los establecimientos públicos según la naturaleza y tipología de dichos contratos, la norma acusada pretende establecer un régimen según las “operaciones” y “finalidades” previstas para el Fondo Nacional de Ahorro. En este aspecto, para la Sala es evidente que en desarrollo de esas “operaciones” y “finalidades”, el Fondo Nacional de Ahorro podrá celebrar diversos tipos de contratos y será de acuerdo con cada uno de esos tipos que se aplicará el Decreto 222 de 1983 o el régimen común o un régimen mixto, según el caso. De tal manera que el pretender aplicar un régimen contractual especial por el simple hecho de tratarse de contratos celebrados para la ejecución de las “operaciones” y “finalidades” encomendadas al Fondo, contradice el régimen de contratación previsto en el Decreto 222 de 1983.

b) La Sala debe aclarar que dicha ilegalidad es independiente del régimen que deba aplicarse a los llamados “contratos cofinanciados”, pues

SECCION PRIMERA

tratándose éstos de contratos atípicos o sui generis, su celebración no está regulada por el Decreto 222 de 1983, como ya lo ha definido la Corporación al analizar normas reguladores específicamente de los contratos cofinanciados celebrados por el Instituto de Crédito Territorial, por la Caja de Vivienda Militar y al revisar contratos de esa misma naturaleza celebrados por la misma Caja (véanse: concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 14 de agosto de 1986, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo, Radicación No. 043; sentencia de la Sección Primera, enero 23 de 1992, Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; expediente No. 1337; y concepto del 1o. de marzo de 1990, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo, Radicación No. 365). Lo anterior contrariamente a lo que en el pasado había considerado esta misma Sección Primera al declarar la nulidad del artículo 1o. del Decreto 1659 de 1985, en todo cuanto sustrajo de la aplicación del Decreto Ley 222 de 1983, los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial para procurar la colaboración del capital privado en sus planes (sentencia del 20 de enero de 1989, Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves y otra; Consejero Ponente: Dr. Guillermo Benavides Melo; Exp. No. 339).

Lo que ha sucedido en el presente caso es que tanto la parte demandante como la parte demandada y la señora Agente del Ministerio Público se han equivocado al plantear la primera su ataque al acto demandado, la segunda al defenderlo y la tercera al considerarlo legal, partiendo de la premisa de que el objeto de dicho acto fue regular los contratos cofinanciados, cuando ya se vio que dicha regulación pretende cobijar a todos los contratos que celebre el Fondo Nacional de Ahorro en desarrollo de las "operaciones" y "finalidades" que le ha encomendado la ley, hasta el punto que se refiere a todos "los demás actos o contratos que estime necesarios o convenientes" (Parágrafo del art. 2o. Decreto 1059 de 1983), entre los cuales pueden encontrarse contratos administrativos, contratos de derecho privado regulados por el Decreto 222 de 1983 y contratos de derecho privado excluidos de la regulación del citado estatuto.

5.— En relación con la pretendida excepción de inconstitucionalidad planteada por las partes demandada e impugnadora, con fundamento en el artículo 215 de la anterior Constitución y hoy consagrada en el artículo 4 de la nueva Carta, consistente en la no aplicación del artículo 25 del Decreto 222 de 1983 por ser contrario a las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 10., literal d) de la Ley 19 de 1982, en cuanto estas últimas se limitaban a establecer un régimen especial de derecho público para los contratos administrativos y no para regular contratos de derecho privado, la Sala no la encuentra procedente por la sencilla razón de que el citado literal de la ley de facultades se refiere a "reclasificar y definir los contratos que celebren la nación y demás entidades sometidas al estatuto contractual administrativo, pudiendo señalar regímenes especiales para ellos", de donde se

desprende claramente que no es cierto que dicha facultad hiciera referencia exclusivamente al régimen de los “contratos administrativos”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.— Declárase la nulidad del artículo 3o. del Decreto 1059 de 1983, “por el cual se dictan disposiciones reglamentarias sobre el cumplimiento de las funciones del Fondo Nacional de Ahorro”.

SEGUNDO.— De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, devuélvase a la parte actora la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00) M/cte., depositados para gastos ordinarios del proceso, según consta a folio 49 del expediente, y los cuales no fueron utilizados.

TERCERO.— En firme esta sentencia, comuníquese al Ministro de Desarrollo Económico y al Gerente del Fondo Nacional de Ahorro, adjuntando copia de la misma, y 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 seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

IMPORTACION DE VEHICULOS/FUNCIONARIO DEL SERVICIO EXTERIOR/VALOR FOB/ARANCEL DE ADUANAS

La parte demandada del acto se refiere a dos consecuencias resultantes del hecho de que el valor Fob exceda el límite consagrado en el Decreto 2399 de 1986, por razones diferentes a las fluctuaciones cambiarias, a saber: que no se tendrá derecho a los gravámenes del decreto, por lo cual se aplicarán los gravámenes existentes en el Arancel de Aduanas, y que se aplicarán igualmente las "sanciones a que hubiere lugar". Ninguna de estas consecuencias implica la imposición o el establecimiento de sanciones por parte del acto demandado, ni están creando situaciones jurídicas "desconocidas" o nuevas. El hecho de que se manifieste que no se tendrá derecho a los gravámenes preferenciales consagrados en el decreto sino a los existentes en el Arancel de Aduanas, es apenas la consecuencia jurídica y necesaria de no cumplir uno de los requisitos que establece el decreto para poder ser aplicado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 1061 y 1621. Actores: Juan Manuel Arboleda Perdomo y Roberto Medina López.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., fueron instauradas ante esta Corporación por los ciudadanos Juan Manuel Arboleda Perdomo (Expediente No. 1061)

y Roberto Medina López (Expediente No. 1621), tendientes a obtener la declaratoria de nulidad del numeral 3. de la Circular DGA-910 de 12 de noviembre de 1986, expedida por el Director General de Aduanas.

I. - ANTECEDENTES

a. - El acto acusado

Mediante la Circular DGA-910 de 12 de noviembre de 1986 se impartieron instrucciones a los Administradores de Aduana para la aplicación del Decreto 2399 de 29 de julio de 1986, "por el cual se dictan normas para la importación de vehículos de propiedad de funcionarios del Servicio Exterior colombiano o de organismos internacionales de carácter intergubernamental". El numeral cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"3.- Cuando el valor FOB referido en el numeral 1o. exceda el límite respectivo por razones diferentes a las fluctuaciones cambiarias, el declarante no tendrá derecho a los gravámenes preferenciales establecidos en el Decreto 2399 de 1986. En este caso, se aplicarán los gravámenes existentes en el Arancel de Aduanas y las sanciones a que hubiere lugar".

b. - Los hechos de las demandas

EXPEDIENTE No. 1061

Ellos se refieren a indicar las fechas de expedición y el contenido general tanto del Decreto 2399 de 1986 como de la Circular contentiva de la norma acusada y a realizar la transcripción de ésta última (fl. 4).

EXPEDIENTE No. 1621

Ellos se limitan a la transcripción de la totalidad de las instrucciones que contiene la Circular DGA-910 de 12 de noviembre de 1986, a mencionar la fuente legal y el contenido general del Decreto 2399 de 1986, a transcribir el ordinal 3o. y el numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886 y a indicar que mediante la Ley 6a. de 1971 el Congreso otorgó facultades permanentes al Presidente de la República para introducir modificaciones a la tarifa aduanera y al régimen de aduanas (fls. 4 a 6).

c. - Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Las partes actoras consideran que con el acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

EXPEDIENTE No. 1061 (fls. 5 y 6)

SECCION PRIMERA

PRIMER CARGO.— Violación de los artículos 28 y 120 ordinal 3. de la Constitución Nacional y del Decreto 2399 de 1986.

La sanción impuesta a los particulares en el acto acusado, consistente en la pérdida del derecho a la aplicación de gravámenes arancelarios especiales contemplados en el Decreto 2399 de 1986, no puede ser establecida por una simple Circular sin que con ello se violen las normas constitucionales que consagran el derecho al debido proceso ante la imposición de una pena (art. 26) y que esta pena esté contemplada en ley, orden o decreto (art. 28).

El Decreto 2399 de 1986 nada expresa sobre las sanciones que se aplican a la persona que presente para la importación un vehículo que supere los precios máximos autorizados por el mismo, pues para que sea aprobada la importación el funcionario que se acoja a tal beneficio debe presentar fotocopia autenticada de la factura comercial o del contrato de compraventa.

“La sanción que establece el decreto es de la no autorización de la importación por no cumplir el requisito del ajuste al precio, cuando la factura o el contrato de compraventa excedan del autorizado”.

Es el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, quien tiene la potestad reglamentaria y quien, en ejercicio de ésta y de la Ley 6a. de 1971, expidió el Decreto 2399 de 1986 en el que no se contempla la sanción consagrada en la norma demandada. De esta manera, el Director General de Aduanas se arrogó funciones propias del Presidente de la República.

SEGUNDO CARGO.— Violación de los artículos 24 y 25 del Decreto 2011 de 1973, por cuanto éstos fueron modificados con la sanción que establece la norma cuya nulidad se solicita.

EXPEDIENTE No. 1621 (Fls. 6 a 15)

CARGO UNICO.— Violación de la Ley 6a. de 1971 y del Decreto 2399 de 1986, lo cual trae consigo la violación del ordinal 3o. y del numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, pues si bien es cierto que al Director General de Aduanas le asiste la facultad legal de impartir instrucciones encaminadas a mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas que integran el régimen de aduanas, ella no puede extenderse hasta ampliar el ámbito que traza el Decreto 2399 de 1986, e incluir, como resultado de ello, la pérdida del derecho al régimen en especial que consagra y a aplicar los gravámenes más altos del arancel de aduanas, que es exactamente lo que se pretende en el acto cuya nulidad se solicita.

“Empero, como la Ley 6a. de 1971 autoriza es al Presidente de la República para modificar el Arancel de Aduanas y las demás disposicio-

nes concernientes al régimen de aduanas, en desarrollo de la atribución señalada en el artículo 120-22 de la C.N., se sigue, entonces, que al proferir el Director General la Circular 0910/86, en el ordinal tercero, usurpó funciones del superior y el acto demandado es NULO por incompetencia de su autor, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

“Igualmente, si se considera que la Circular 0910/86 formalmente es una simple reglamentación administrativa, no lo es de ninguna manera por su contenido. Porque, como se vio, adopta disposiciones novedosas, toma determinaciones originales, como las de prohibir un derecho y modificar una tarifa aduanera privilegiada, que podrían ser propias de la potestad entregada por el artículo 120-3 de la C.N. al Presidente de la República; pero, de otro lado, el Decreto 2399/86 en ninguna parte regula esa materia como para que sea pauta por una instrucción apta más bien para hacer conocer de los subalternos criterios interpretativos sobre la manera de cumplir determinadas disposiciones, como sostuvo el Consejo de Estado”.

d.— Las razones de la defensa

En las contestaciones de las demandas (Expedientes Nos. 1061 y 1621) y en el alegato de conclusión (Expediente No. 1621), las partes impugnante (Expediente No. 1061) y demandada (Expediente No. 1621) expresan, en síntesis, los siguientes argumentos:

EXPEDIENTE No. 1061 (fls. 34 a 36)

El Decreto 2399 de 1986 reguló íntegramente la materia sobre importación de vehículos de propiedad de funcionarios del Servicio Exterior o de organismos internacionales de carácter intergubernamental, y en su artículo 4o. señaló los límites en el valor FOB de los vehículos que al amparo del mencionado decreto pueden importar los funcionarios a que se refiere el artículo 1o. Así mismo, en el artículo 5o. se establecieron los requisitos y formalidades que deben cumplir los funcionarios que pretendan acogerse a tales beneficios.

El acto acusado simplemente se limita a instruir a los Administradores de Aduanas sobre los gravámenes aplicables en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos en el Decreto 2399 de 1986, el cual “... no requiere reglamentación alguna pues es apenas lógico que si el interesado no se ajusta a los requisitos y formalidades de las normas especiales se le aplican o quedan dentro del ámbito de cobertura de las leyes generales”.

En cuanto a la expresión “y las sanciones a que hubiere lugar” que contiene el acto acusado, con ella se está significando que se trata de aquellas

SECCIÓN PRIMERA

determinadas en las normas preexistentes y que hacen relación a conductas dolosas atribuibles a funcionarios que pretenden acogerse a los beneficios del Decreto 2399 de 1986, tales como las consagradas en los artículos 24 y 25 del Decreto 2011 de 1973.

EXPEDIENTE No. 1621 (fls. 29 a 31 y 54 a 56)

Con la expedición del acto demandado no se usurpó la potestad reglamentaria que reposa en el Jefe del Estado sino, simplemente, el Director General de Aduanas se limitó a ejercer la facultad legal que le asiste de conservar la unidad doctrinal e interpretar la normatividad aduanera, facultad ésta que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 61 de septiembre 21 de 1989 encontró ajustada a la Constitución.

De otra parte, el Decreto 2399 de 1986 es norma de carácter especial, el cual, por consagrar excepciones al régimen general sobre la materia que regula, debe ser interpretado restrictivamente. En consecuencia "no existe omisión alguna en el Decreto, simplemente no se reúnen los requisitos por él exigidos no se estará amparado por el régimen excepcional; no existe vacío legal alguno, sencillamente si el valor FOB del vehículo importado es superior al establecido en la norma exceptiva, no se tendrán las prerrogativas consagradas. De la misma manera en numeral 3. de la circular impugnada no crea ninguna novedad, sencillamente se está dando una *interpretación* positiva o concreta a la interpretación que por la negativa o general se desprende del texto del Decreto" (sic) (Subraya del texto transcrito). De lo anterior cabe afirmar que aún en ausencia del acto demandado, la interpretación sería la misma que él contiene.

Tampoco puede predicarse la violación de la Ley 6a. de 1971 pues, siendo ésta la Ley Marco en materia aduanera, su función es la "... de plantear políticas generales y no disposiciones concretas".

e.— La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a los procesos se les dio el trámite establecido para los procesos ordinarios, dentro de los cuales merecen destacarse en cada uno de ellos las siguientes actuaciones:

EXPEDIENTE No. 1061

Por auto visible a folios 19 a 23 se admitió la demanda y se denegó la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

El Director General de Aduanas fue notificado de la demanda, sin que posteriormente ese organismo haya intervenido en las diferentes etapas del proceso.

Notificado el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante providencia del 28 de noviembre de 1989 (fl. 39) se le reconoció como parte impugnadora.

Al no haber pruebas que practicar, por auto visible al folio 42, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto de fondo. Ninguna de las partes presentó alegatos.

Por auto de 9 de mayo de 1991 (fls. 60 a 64) se decretó la acumulación del proceso radicado bajo el No. 1621 al radicado bajo el No. 1061.

EXPEDIENTE No. 1621

Mediante providencia de 28 de enero de 1991, se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite de rigor y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Por auto visible a folio 39 se dispuso, entre otros aspectos, remitir el proceso al Despacho del Consejero que conocía del radicado bajo el No. 1061, para decidir sobre la acumulación propuesta por la parte demandada.

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión, tan solo la parte demandada hizo uso de este derecho (fls. 54 a 56).

II. - EL CONCEPTO FISCAL

En los conceptos rendidos por la Fiscalía Primera de la Corporación se expresa, en síntesis, lo siguiente:

EXPEDIENTE No. 1061 (fls. 55 a 58)

Del análisis de la Ley 61 de 1971, de los artículos 24 y 25 del Decreto 2011 de 1973 y del Decreto 2399 de 1986, fluje claramente que el acto acusado solo es el desarrollo de aquellos, ya que su sentido, objeto y fines son los de instruir sobre las sanciones en que incurre quien se exceda en el valor del vehículo a importar, por causas distintas de las fluctuaciones cambiarias, lo cual es normal y necesario dentro de cualquier reglamentación.

En suma la Fiscalía considera que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

EXPEDIENTE No. 1621 (fls. 60 a 62)

No sólo se comparte el concepto rendido por la Agencia del Ministerio Público en el expediente No. 1061 sino que, además, asiste razón al apode-

rado de la parte demandada cuando sostiene que siendo el Decreto 2399 de 1986 una norma especial que consagra un régimen de excepción para una categoría de empleados públicos adscritos al servicio diplomático, le impone su interpretación restrictiva.

El citado Decreto 2399 de 1986, contrariamente a lo expuesto por la parte actora, no omitió señalar la vía a seguir cuando el valor FOB del vehículo importado exceda el tope autorizado, pues el artículo 4o. de la misma normatividad dispone expresamente: "Fíjense los siguientes límites en el valor FOB de los vehículos que al amparo del presente Decreto pueden importar los funcionarios a que se refiere el artículo 1o."

Se considera, en consecuencia, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

III.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se deduce claramente de los cargos formulados en las demandas, la presunta ilegalidad del numeral 3. de la Circular acusada se fundamenta en la pretendida sanción que dicho numeral habría impuesto, consistente en la pérdida de derecho a la aplicación de los gravámenes arancelarios especiales contemplados en el Decreto 2399 de 1986, y en el reparo de que mediante dicha circular se derivaron consecuencias jurídicas no contempladas en el artículo 4o. del citado Decreto, con lo cual se invadió la órbita de competencias que el ordinal 3o. y el numeral 22 del artículo 120 de la hoy derogada Constitución Política atribúan al Presidente de la República.

Al respecto la Sala considera que la norma acusada no impone ni establece sanción alguna, ni deriva consecuencias jurídicas ajenas o extrañas a las que necesariamente resultarían del incumplimiento de los requisitos que establece el Decreto 2399 de 1986, por las siguientes razones:

1a.— Mediante el Decreto 2399 de 1986, el Gobierno Nacional dictó normas para la importación de vehículos de propiedad de funcionarios del servicio exterior colombiano o de organismos internacionales de carácter intergubernamental, con el propósito fundamental de permitir la importación de dichos vehículos en condiciones arancelarias favorables respecto del régimen general.

2a.— Como es natural en una reglamentación de esta naturaleza, el decreto mencionado establece una serie de requisitos para que pueda ser aplicado, tales como los referentes a los mencionados funcionarios que pueden ser beneficiarios (art. 1o.); el tiempo de uso de los vehículos, de acuerdo con el cual se establecen diversos gravámenes (art. 2o.); obligación de matricular o registrar el vehículo en el país de origen (art. 3o.); límites en el valor FOB de los vehículos que pueden importarse (art. 4o.); requisitos

y formalidades que deben cumplir los funcionarios (art. 5o.); trámite que debe seguirse (arts. 6o. y 7o.); exclusión de los funcionarios que hayan sido destituidos (art. 8o.); no aplicación a quienes desempeñen cargos no remunerados (art. 9o.); limitación del beneficio a un sólo vehículo (arts. 10 y 11); limitación a la venta del vehículo y sanción por violación de esa limitación (arts. 12 y 13); imposibilidad de transferir el derecho al beneficio por acto entre vivos (art. 14), etc.

3a.— Como puede verse en la enumeración anterior, una de las condiciones para la aplicación del decreto está relacionada con el valor FOB máximo que deben tener los vehículos para que puedan ser objeto del beneficio reglamentado en el mismo decreto. La manera de determinar este valor FOB es precisamente el objeto de la Circular de la cual hace parte el numeral acusado. Es así como los numerales 1. y 2. de la Circular establecen que dicho valor será el que aparece en la licencia de importación o el que resulte de la conversión a que se refiere el numeral 2. de la Circular, según el Decreto 2011 de 1973, nada de lo cual es objetado por el demandante y goza, entonces de la presunción de legalidad.

4a.— El numeral 3. de la Circular, que es la parte demandada, se refiere a dos consecuencias resultantes del hecho de que el valor FOB exceda el límite consagrado en el Decreto 2399 de 1986, por razones diferentes a las fluctuaciones cambiarias, a saber: que no se tendrá derecho a los gravámenes del decreto, por lo cual se aplicarán los gravámenes existentes en el Arancel de Aduanas, y que se aplicarán igualmente “las sanciones a que hubiere lugar”.

5a.— Para la Sala es evidente que ninguna de las consecuencias a que se acaba de hacer referencia implican la imposición o el establecimiento de sanciones por parte de la misma Circular, ni están creando situaciones jurídicas “desconocidas” o nuevas, como lo plantea una de las partes actoras.

En efecto, el hecho de que se manifieste que no se tendrá derecho a los gravámenes preferenciales consagrados en el decreto sino a los existentes en el Arancel de Aduanas, es apenas la consecuencia jurídica y necesaria de no cumplir uno de los requisitos que establece el decreto para poder ser aplicado. Y para la Sala es obvio que no aplicar un beneficio a quien no cumple los requisitos para ser beneficiario de él, no es de ninguna manera una sanción sino simplemente la consecuencia de la inaplicabilidad de una norma cuando no se cumplen las condiciones previstas por ella misma para su aplicación. De otra parte, para la Sala también es obvio que cuando la Circular expresa que se aplicarán “las sanciones a que hubiere lugar”, no está creando, ni imponiendo, ni consagrando nuevas sanciones, sino que simplemente se está remitiendo a las que existan y fueren aplicables, por lo cual no puede predicarse la violación de ninguna norma constitucional o legal.

SECCION PRIMERA

6a.— En el mismo sentido expuesto, es evidente que cuando el Director General de Aduanas expidió la Circular contentiva de la norma impugnada, limitó el ejercicio de sus funciones a ilustrar a los funcionarios de su dependencia acerca de las necesarias y lógicas consecuencias que se derivarían para quien no se acogiere fielmente a las prescripciones que establecía el Decreto 2399 de 1986, sin que pueda pretenderse, de manera alguna, deducirse que las pautas en ella establecidas modificarán de alguna manera las normas a que ella se refiere, ni mucho menos que haya invadido la órbita de competencias atribuidas por la Constitución al Presidente de la República.

7a.— Además, es perfectamente claro y no admite discusión de ninguna naturaleza, que cuando una reglamentación consagra un régimen de excepción a las reglas generales sobre determinada materia, los destinatarios de aquél régimen que no se acojan a sus prescripciones o no las cumplan, quedan sujetos, de pleno derecho, a la natural aplicación de las mencionadas disposiciones generales.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.— NIEGANSE las súplicas de las demandas.

SEGUNDO.— De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, por Secretaría devuélvase a la parte actora la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00) M/cte. depositados para gastos ordinarios dentro del proceso radicado bajo el No. 1621, según consta a fl. 36 del expediente, y los cuales no fueron utilizados.

TERCERO.— Reconócese al abogado Juan Carlos Garzón Martínez como apoderado sustituto de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 57 del expediente radicado bajo el No. 1621.

CUARTO.— En firme esta sentencia, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Director General de Aduanas, remitiéndoles copia de la misma, y archívense los expedientes.

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 seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

ACUERDO MUNICIPAL—Eficacia/ACUERDO MUNICIPAL—Validez/PUBLICACION

No puede confundirse la eficacia de un acto administrativo con su validez. El requisito de la publicación atiende a la eficacia, es decir, a que el acuerdo produzca la plenitud de sus efectos, en virtud de haber sido conocido por los interesados: es, pues, un aspecto extrínseco, que no forma parte del acto sino que constituye una etapa posterior al mismo. La validez en cambio tiene que ver con el aspecto intrínseco, esto es, que no adolezca de vicios en su formación.

ACUERDO MUNICIPAL—Trámite/ACUERDO MUNICIPAL—Irregularidad

Habiendo el Concejo estudiado los pormenores del proyecto de acuerdo que había sufrido un primer debate, y acatando las modificaciones propuestas por la comisión para el segundo debate, la Sala considera que la omisión del informe para el tercer debate es de carácter eminentemente formal que no incide en la decisión material ni afecta la expresión de la voluntad de la Corporación y, por lo mismo, no alcanza a constituir irregularidad en la expedición del acto que amerite la declaración de nulidad.

CONFIRMA LA NULIDAD del inciso 3o. del artículo 14 del acuerdo 004 de 1988 expedido por el Concejo Municipal de La Virginia (Risalda); de la expresión “el de apelación ante la Junta de Impuestos Municipal” contenida en el artículo 72 ibídem; de la expresión “de treinta por ciento (300/o) en los años siguientes” contenida en el inciso 3o. del artículo 75; y del artículo 83 del citado acuerdo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1487. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 23 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda. Actor: Eduardo Hernández Alzate.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad del inciso 3o. del artículo 14 del Acuerdo 004 de 1988 expedido por el Concejo Municipal de La Virginia (Risaralda); de la expresión: "El de apelación ante la Junta de Impuestos Municipal" contenida en el artículo 72 ibídem; de la expresión: "de un treinta por ciento (30%) en los años siguientes" contenida en el inciso 3o. del artículo 75; y del artículo 83 del citado Acuerdo, denegando las demás pretensiones de la demanda.

I.— FUNDAMENTOS DE LA DECISION OBJETO DEL RECURSO (fls. 183 a 228 cuad. No. 2).

Considera el fallador de primer grado en cuanto al cargo de que el acto acusado es violatorio de los artículos 72 y 73 del C. de R. M. por no haberse citado a las sesiones del Concejo a algunos concejales principales y sí en cambio a algunos suplentes, que no está llamado a prosperar teniendo en cuenta que el Concejo de La Virginia no ha cumplido con el mandato del artículo 72 del C.R.M. de expedir el reglamento interno, por lo que no hay lugar a considerar si hubo convocatoria o citación ilegal ya que el Concejo no ha establecido los requisitos para que el acto sea eficaz.

En lo que se relaciona con las actuaciones de los suplentes que participaron en las sesiones, estima el juzgador de primera instancia que, si bien es cierto en la Inspección Judicial practicada a los libros y documentos del Concejo sólo se constató la existencia en secretaría de un documento que pudiera tomarse como habilitante de la actuación de un suplente (f. 165 cuad. 2), y en la sesión del 10 de octubre participaron 4 suplentes y en las del 14 y 19 de octubre 3, estando en posibilidad de hacerlo válidamente uno, también es cierto que de 13 ediles que integran el Concejo, concurrieron 8 principales a la primera sesión, a la segunda 7 y a la tercera 7, y en los tres debates la aprobación fue por unanimidad, lo que implica que todos los principales asistentes votaron afirmativamente, además que la invalidez de la actuación de un concejal, principal o suplente, no afecta por sí sola la actuación de la Corporación, por lo que el cargo no prospera.

En lo tocante a la violación del artículo 64 del Reglamento Interno del Concejo, éste se refiere a sesiones ordinarias, pues el artículo 65 prevé las sesiones extraordinarias, de suerte que el Concejo bien puede sesionar en días diferentes sin que con ello se viole el artículo 64; además, el reglamento

SECCIÓN PRIMERA

es anterior al C.R.M. y a la ley 11 de 1986, por lo que en lo que atañe a la convocatoria o a las reuniones, los reglamentos anteriores a la disposición contenida en el artículo 72 del decreto 1333 de 1986 carecen de eficacia para invalidar los actos administrativos.

En lo relativo a que el acuerdo 04 de 1988 no ha sido publicado, considera el Tribunal que la publicación es una formalidad para que el acuerdo entre a regir o sea oponible a los particulares como destinatarios del acto pero no para su validez.

En lo que respecta a la violación del artículo 117 del decreto 1333 de 1986, por no haber remitido el Alcalde el acuerdo al Gobernador, estima el tribunal que de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado, no tiene incidencia alguna sobre el acto mismo por no constituir un requisito intrínseco de validez.

En cuanto a la violación del artículo 146 del Reglamento del Concejo por no haberse leído el proyecto íntegramente en primer debate lo que invalidaría el acuerdo aprobado, consideró el a-quo que no prospera el cargo porque en el acta de octubre 10 de 1988 se da cuenta de que el presidente de la Corporación expresó su asentimiento a la proposición aprobada por unanimidad de obviar la lectura.

En lo atinente a la violación del artículo 67 de la ley 11 de 1986 por no haberse rendido informe de la comisión para tercer debate, consideró el tribunal que la función de estas comisiones no es decisoria como sí sucede con las leyes, y con un solo informe se satisface la función prevista en el Código de Régimen Municipal.

Que en lo que atañe a la violación del acuerdo 018 de 1985 por haberse aprobado el acuerdo en tercer debate por votación secreta, al no señalar el acto cuál de los 240 artículos sería el quebrantado, no prospera el cargo.

En cuanto a la impugnación del artículo 13 del acuerdo 004 de 1988 por ser violatorio del inciso final del artículo 1568 del Código Civil, al decretar una supuesta solidaridad en materia de impuesto, consideró el juzgador de primera instancia que no prospera el cargo ya que el alcance del artículo 1568 del C.C. es el que la solidaridad no se presume, sin que pueda concluirse de su texto que sólo la ley pueda establecerla, además que no puede separarse la empresa, el hecho generador del impuesto y la tasación de éste porque la base gravable para el nuevo titular continuará siendo "el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior", sin que pueda alegar el nuevo titular que con él se inicia una actividad independiente a la de su antecesor.

En lo que tiene que ver con la nulidad del artículo 29 del acto acusado por violación del artículo 36 de la ley 14 de 1983 y decreto 2503 de diciem-

bre 29 de 1987, artículo 23, considera el fallador de primera instancia que en ninguna parte el artículo 29 extiende a abogados y médicos el impuesto de industria y comercio ni amplía el contenido del artículo 199 del C.R.M., sino que se limita a enunciar casos de servicios de consultoría profesional, enunciación no taxativa, por lo que no hay fundamento alguno para acusar el artículo de pretender gravar los servicios de consultoría fuera de los casos previstos en el artículo 199 del C.R.M.

En lo relacionado con la nulidad del párrafo 1o. del artículo 43, no prospera el cargo al haber omitido el actor señalar la norma violada.

Con relación al inciso 1o. del artículo 61 del acuerdo 04 de 1988, al que se acusa de quebrantar el artículo 295 del C. de P.C., el a-quo consideró que la norma supuestamente viciada de nulidad tiene efectos sólo para la administración y recaudo de los impuestos municipales por lo que no se advierte enfrentamiento con la norma procedimental.

En cuanto a que el artículo 74 del mencionado acuerdo es nulo por violación del artículo 40 del decreto 01 de 1984, al consagrar el término del silencio administrativo de dos meses cuando el decreto señala tres, consideró el fallador de primer grado que los Concejos tienen competencia para regular la administración y recaudo de los impuestos municipales, además que la expedición del decreto 2304 de 1989 convalida la nulidad alegada.

En lo que guarda relación con la nulidad del artículo 75 del acuerdo 004 de 1988, por violación del artículo 258 del C.R.M., al otorgar la facultad a los alcaldes de hacer exenciones, siendo ello del resorte de los Concejos, estima el Tribunal que la norma presuntamente violada no le da esa atribución a los Concejos, por lo que no puede presentarse el quebranto alegado.

Y, finalmente, en lo que respecta a la violación del artículo 17 de la Constitución Nacional de 1886, estima el a-quo que dicha norma no puede ser violada sino mediante la transgresión de una norma legal ya que el enunciado general del mencionado canon no consagra derecho y garantías de carácter concreto.

Que, además, en lo que tiene que ver con la nulidad del artículo 81 por ser violatorio de los artículos 227 y 228 del, decreto 1333 de 1986, se releva del estudio del cargo por no saberse si lo que pretendió el actor fue formular un cargo o hacer un comentario.

II. — FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION (f. 231 a 241 cuad. No. 2)

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden resumirse así:

SECCION PRIMERA

a) Que el tribunal no valoró en toda su dimensión las pruebas practicadas, en especial las que se desprenden de la Inspección Judicial en las dependencias del Concejo Municipal de La Virginia, porque no existe excusa previa de los Concejales principales y por ello se viola el artículo 61 de la ley 11 de 1986, incluido en el Decreto 1333 de 1986, ya que sólo existen siete excusas de concejales para asistir a las sesiones del mes de agosto, que no pueden hacerse extensivas a las demás sesiones ordinarias o extraordinarias, además que faltaron dos citaciones adicionales para el segundo y tercer debate.

b) Que si el reglamento del Concejo data de 1985 y el acuerdo impugnado fue aprobado en 1988, es decir bajo el imperio de la ley 11 de 1986 y Decreto 1333 de 1986, habiéndose invocado como piedra angular de la nulidad tales normas, es irrelevante para el fallo el reglamento del Concejo.

c) Que si los Acuerdos sancionados no se publican, pierden la presunción de validez pues la publicación no es una mera formalidad sino un requisito para que el Acuerdo nazca a la vista jurídica con la plenitud de sus exigencias legales.

d) Que necesariamente las comisiones permanentes deberán rendir informe para segundo y tercer debate, so pena de nulidad.

e) El artículo 13 del Acuerdo pretende establecer una solidaridad entre el antiguo y el nuevo propietario y para que exista solidaridad se requiere que medie: Convención, testamento o ley.

f) El artículo 29 del Acuerdo viola el artículo 36 de la ley 14 de 1983, pues pretende gravar la actividad referenciada en dicho artículo, que prestan los particulares, y no las sociedades regulares o de hecho, cuando al final señala:

“Y en general, todo tipo de servicios técnicos y comerciales de investigación prestados con base en honorarios y contratos”.

Además, que viola el artículo 23 del decreto 2503 de 1987 en cuanto a la profesión de Abogado, cuando exige entregar una factura con fines de recibo y una relación con fines impositivos ante la Administración de Impuestos Nacionales, cuando en materia impositiva quien legisla es el Congreso o el Presidente.

g) Que el Congreso Nacional reguló todo lo pertinente a retención y materia tributaria a través del Fondo Nacional del Café, por lo que mal pueden los municipios entrar a legislar el aspecto tributario de las trilladoras y comerciantes de café, por lo que debe anularse el parágrafo del artículo 41.

h) Que debe nulitarse el párrafo 1o. del artículo 43 porque se está trasladando la facultad de legislar de los Concejos al alcalde de turno.

i) Que si el artículo 295 del C. de P.C. señala expresamente el reconocimiento de un documento ante juez o notario, el inciso 1o. del artículo 61 del acuerdo acusado no puede modificar el Estatuto Procedimental Civil para relevar la facultad de los Jueces y Notarios como guardadores de la fe pública.

j) Que el artículo 74 del acuerdo demandado debe ser anulado, pues al reducir a dos meses el silencio administrativo, quebrantó la ley y la nulidad insaneable impide la convalidación por la expedición de normas posteriores.

III. – CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera la colaboradora Fiscal de la Corporación que la sentencia apelada amerita su confirmación por cuanto el acuerdo fue aprobado por la mayoría de los concejales principales; la publicación del mismo sólo tiene repercusiones en lo que respecta a la obligatoriedad o exigibilidad y no es un requisito de validez; la solidaridad para efectos del pago de un impuesto es apenas obvia y bien puede entenderse el mandato del acuerdo como ley en sentido material; la norma del artículo 29 del acuerdo se refiere a servicios prestados por sociedades regulares y de hecho, y no se entiende que se extienda a Abogados y Médicos; el artículo 61 del acuerdo no modifica el artículo 295 del C. de P.C.; y, finalmente, en lo atinente al artículo 74 del acto acusado, según el artículo 81 del C.C.A., las normas de la primera parte del código son apenas supletorias.

IV. – LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar la controversia previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

1. – En cuanto al primer motivo de inconformidad del actor con la sentencia recurrida, esta Corporación en sentencia de agosto 31 de 1988 de la Sección Quinta, exp. 0174, retornó a la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado impartida en la sentencia de 19 de julio de 1973, en el sentido de entender por mayoría absoluta todo número de votos superior a la mitad de los votos emitidos; y cuando éste fuere impar, la mitad se computará prescindiendo de un voto. De suerte que en el evento sub lite, 7 concejales principales de los 13 que conforman el Concejo (fl. 95 cuad. 1), aprobaron en los tres debates el Acuerdo objeto de estudio para la Sala, según consta en las actas que obran a fls. 9, 13 y 18 del cuad. No. 2, por lo que representan la mayoría absoluta de los votos requeridos para adoptar decisiones conforme al artículo 71 del C. de R.M.

SECCION PRIMERA

No encuentra, pues, la Sala que tenga objeto alguno entrar a analizar la situación de los suplentes, toda vez que independientemente de que éstos no hubieran podido actuar por no existir las correspondientes excusas de los principales, o por existir algunas pero no para sesiones extraordinarias, o sólo para el mes de agosto, es un hecho evidente que para cada uno de los debates que se llevaron a cabo asistieron 7 principales, número suficiente para aprobar el Acuerdo impugnado.

De otra parte, asiste razón al a-quo en afirmar que la inhabilidad de un concejal suplente no afecta la actuación de la Corporación, toda vez que el quorum decisorio quedó establecido con la participación de los ediles principales, los cuales no se hallaban inhabilitados.

2.— En lo que se relaciona con la nulidad del Acuerdo por no haber sido publicado, no puede confundirse la eficacia de un acto administrativo con su validez.

El requisito de la publicación atiende a la eficacia, es decir, a que el acuerdo produzca la plenitud de sus efectos, en virtud de haber sido conocido por los interesados; es, pues, un aspecto extrínseco, que no forma parte del acto sino que constituye una etapa posterior al mismo.

La validez en cambio tiene que ver con el aspecto intrínseco, esto es, que no adolezca de vicios en su formación. Lo mismo acontece con la violación del artículo 117 del decreto 1333 de 1986 por no haberse remitido el Acuerdo para la revisión jurídica del Gobernador. Por ello, asiste razón al tribunal en haber desestimado los cargos.

3.— El artículo 109 del C. de R.M. prevé la integración de comisiones permanentes encargadas de rendir informe para segundo y tercer debate a los proyectos de acuerdo.

A fl. 5 del cuaderno No. 2 obra el informe de la comisión sobre el proyecto de acuerdo No. 004 de 1988 para el segundo debate. No aparece informe para el tercer debate.

Sin embargo, habiendo el Concejo estudiado los pormenores del proyecto de acuerdo que había sufrido un primer debate, y, acatando las modificaciones propuestas por la comisión para el segundo debate, la Sala considera que la omisión del informe para el tercer debate es de carácter eminentemente formal que no incide en la decisión material ni afecta la expresión de voluntad de la Corporación y, por lo mismo, no alcanza a constituir irregularidad en la expedición del acto que amerite la declaración de nulidad.

4.— el artículo 13 del Acuerdo prescribe:

“Solidaridad en las obligaciones tributarias. Los adquirentes o beneficiarios de un traspaso de un negocio que genera una actividad gravable, son responsables de las obligaciones tributarias sustanciales insolutas causadas con anterioridad a la adquisición del negocio”.

De conformidad con el artículo 203 del Decreto 1333 de 1986, para efectos de la liquidación y pago del Impuesto de Industria y Comercio, los Concejos Municipales expedirán los acuerdos que GARANTICEN EL EFECTIVO CONTROL Y RECAUDO del mencionado impuesto.

Una de las formas de garantizar el impuesto, no es otra que la de responsabilizar del pago de las obligaciones tributarias a los nuevos adquirentes de establecimientos comerciales, pues de no ser así, bastaría con traspasar el derecho de dominio que se tiene sobre un establecimiento que genera una actividad gravable, para evitar el pago del impuesto causado.

5.— Señala el artículo 29 del Acuerdo 004 de 1988:

“Los servicios de consultoría profesional comprenden la prestación de servicios de asesoría técnica, servicios arquitectónicos, levantamiento de planos, servicios de tabulación y sistematización de datos, servicios jurídicos, médicos, servicios de contabilidad, auditoría y teneduría y en general todo tipo de servicios técnicos y comerciales de investigación prestados con base en honorarios o contratos”.

El artículo 36 de la Ley 14 de 1983, al hablar de las actividades de servicios dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad que son objeto de gravamen, señala entre otras, **LOS SERVICIOS DE CONSULTORIA PRESTADOS A TRAVES DE SOCIEDADES REGULARES O DE HECHO.**

El artículo 29 del acto acusado está reglamentando las actividades que se enmarcan dentro de los servicios de consultoría y no encuentra la Sala que se pretenda gravar a los profesionales de diferentes ramas que realizan actividades como personas naturales cuando dice: “Y en general todo tipo de servicios técnicos y comerciales de investigación prestados con base en honorarios o contratos”, pues las sociedades regulares o de hecho en lo que respecta a servicios de consultoría profesional, para satisfacer las necesidades de la comunidad, también pactan honorarios o celebran contratos, lo cual no es del resorte exclusivo de aquéllos profesionales.

En lo que atañe a la violación del decreto 2503 de 1987, artículo 23, por parte del artículo 29, tampoco asiste razón al actor, pues en el citado artículo no se hace exigencia alguna de entregar facturas con fines impositivos ante la Administración de Impuestos Nacionales.

SECCION PRIMERA

6.— En lo relativo a la nulidad del párrafo del artículo 41 y párrafo 1o. del artículo 43, asistió razón al Tribunal en abstenerse de estudiar dichos cargos por cuanto el actor no señaló las normas superiores quebrantadas ni el alcance de dicha violación.

7.— En lo que respecta a la nulidad del artículo 61, inciso 1o. del acto impugnado por ser violatorio del artículo 295 del C. de P.C. que permite el reconocimiento de un documento privado ante Juez o Notario, tampoco asiste razón al actor en afirmar que dicho artículo modifique el Estatuto Procedimental Civil, pues al establecer que: “el reconocimiento de la firma en los documentos privados puede hacerse ante las Oficinas de la Tesorería Municipal”, está consagrando una potestad, facultad o posibilidad que le permita al contribuyente, además del reconocimiento ante Juez o Notario, para los efectos fiscales, el reconocimiento de la firma ante las oficinas de la Tesorería Municipal, sin que ello implique un relevo de los guardadores de la fe pública.

8.— En lo atinente a la nulidad del artículo 74 del acto acusado, por reducir a dos meses el silencio administrativo cuando era de tres, la Sala observa que para la época en que se expidió el acuerdo (1988), estaba en vigencia el decreto 01 de 1984 que señalaba, en tratándose de recursos, un plazo de dos meses contados a partir de la interposición de los mismos. El término de tres meses que según el actor fue reducido a dos, por lo cual solicita la nulidad, no hace referencia a los RECURSOS, sino a la decisión de la petición; por ello no asiste razón al a-quo al afirmar que con la expedición del decreto 2304 de 1989 operó convalidación, ya que el artículo 74 acusado, pese a su mala redacción, se está refiriendo a los RECURSOS, y tanto en el decreto 01 de 1984 como en el 2304 de 1989, el término consagrado para efectos del silencio administrativo negativo relativo a los recursos es de dos meses, por lo que el artículo 74 citado se ajustó a las prescripciones legales. Además, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 81 del C.C.A., la parte primera de dicho estatuto sólo se aplica en asuntos municipales, ante la inexistencia de reglas o normas especiales dictadas por los concejos que regulen la actuación administrativa y la vía gubernativa.

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:

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia de fecha 23 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

DELEGACION DE FUNCIONES/GOBERNADOR/CONSEJO DE ESTADO /COMPETENCIA FUNCIONAL

Si el gobernador, por virtud de la delegación de funciones, está reemplazando al Presidente de la República, los actos que expida como delegado pertenece a aquellos del orden nacional. En tales condiciones, el control jurisdiccional del acto cuestionado corresponde, en única instancia al Consejo de Estado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1885. Asuntos Departamentales. Actor: Fernando Marín Vega.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, en providencia del 30 de octubre de 1991 resolvió remitir a esta superioridad el asunto de la referencia, por las razones que seguidamente se expondrán.

ANTECEDENTES

El ciudadano Fernando Marín Vega, en su propio nombre, inició ante el Tribunal mencionado la acción pública de nulidad contra la Resolución No. 3152 del 2 de septiembre de 1986 proferida por el Gobernador del Departamento de Caldas, por medio de la cual éste reconoció personería jurídica a la "JUNTA PRODESARROLLO DE PERJUDICADOS DEL CRATER ARENAS DEL NEVADO DEL RUIZ".

Considera el Tribunal de Caldas que el Gobernador actuó por delegación del Presidente de la República según el texto del Decreto 2703, artículo primero, literal n) y artículo 4o. que delega en los Gobernadores de los departamentos, la “Tramitación y reconocimiento de personería jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto número 1326 del 15 de septiembre de 1922”.

Razona así el a-quo:

“Al actuar el mandatario seccional en lugar del Presidente de la República, el acto así expedido es del orden nacional aunque lo haya suscrito el Gobernador; esa es la conclusión inequívoca a la que se llega al efectuar el análisis sobre la categoría y naturaleza del acto que aquí se impugna, estudio esencial para determinar por cuáles normas se rige el mismo y de quién es la competencia para las decisiones sobre su legalidad.

“Si el acto es del orden nacional, el conocimiento de los procesos que se inicien sobre nulidad de los mismos, corresponden privativamente al H. Consejo de Estado, por disposición del artículo 128 del C.C.A., que dice en lo pertinente: ...”. (folio 115).

Deduce el Tribunal que la competencia en este caso es del Consejo de Estado y que por lo tanto, al declarar su incompetencia lo remitirá a esta corporación porque así le corresponde.

Cita, en apoyo de lo dicho, varias consideraciones de un auto de esta Sala que confirma la tesis expuesta.

Concluye las consideraciones el proveído a que se hace referencia, con la citación del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil cuyo último inciso dispone, que la declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces, disponiendo, en conformidad con ello, el envío del proceso a esta Corporación.

LA SALA CONSIDERA:

Es claro que en el caso que se está examinando, el Gobernador está ejerciendo las funciones propias del delegante, es decir, del Presidente de la República, según lo estipulado en el literal n) del artículo 1o. del Decreto 2703 de 1959. En virtud de esta norma el Presidente de la República delega en los Gobernadores la “Tramitación y reconocimiento de Personería Jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto No. 1326 del 15 de septiembre de 1922”.

Si el Gobernador en esta clase de actuaciones está remplazando al Presidente, los actos que expida como Delegado pertenecen a aquellos del orden

SECCION PRIMERA

nacional. Además de la doctrina y la jurisprudencia, es la misma Ley la que reafirma el carácter nacional de actos como el demandado. Así el artículo 3o. del Decreto 2703 expresa:

“Para los efectos legales a que haya lugar, los actos de los Gobernadores expedidos en ejercicio de las funciones delegadas (por el mismo Decreto agrega la Sala), se consideran como actos de una autoridad, agentes o funcionarios del orden nacional”.

En las condiciones anteriores, el control jurisdiccional del acto cuestionado, corresponde, en única instancia al Consejo de Estado, a la luz de lo normado en el artículo 128, numeral 1o. del Decreto 01 de 1984, según el cual, esta Corporación conoce privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos del orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público.

No cabe entonces duda alguna que el Tribunal Administrativo de Caldas carece de competencia para avocar el conocimiento de la demanda y tramitar el proceso contra la Resolución demandada.

Refiriéndose a la competencia el Consejo de Estado en auto del 16 de octubre de 1986, proferido por esta misma Sala, expresó:

“Inuestionablemente el de la competencia es un factor o elemento esencial del proceso o, mejor aún, presupuesto procesal sine qua non, tanto para la iniciación, como para la prosecución y decisión del mismo; la competencia emana directamente de la ley, sea formal o material; debe el legislador adscribir la competencia en forma clara y de todas maneras expresamente; las disposiciones legales que determinan o fijan la competencia son de orden público; no es admisible la interpretación analógica en campos de la competencia, toda vez que ésta ha de ser interpretada de manera restrictiva; o, sintetizando, de acuerdo con el tratadista Gabriel Rojas Arbeláez Vld.: “El espíritu del Derecho Administrativo”, Edit. Temis, Bogotá, 1972, p. 141): “El primer requisito para que un acto sea válido, es la competencia del funcionario. Competencia es, en derecho administrativo, la facultad que tiene un funcionario para ejercer la jurisdicción en un caso determinado”.”.

Así, pues, con fundamento en los artículos 165 y 267 del C.C.A. y 140-2 y 145 del Código de Procedimiento Civil, debe, en el presente caso, decretarse de oficio la nulidad de lo actuado, por falta de competencia del Tribunal Administrativo de Caldas, desde el auto admisorio de la demanda, hasta el del 30 de abril de 1991, inclusive, por el cual se dispuso el envío del proceso al Consejo de Estado.

Además, lo anteriormente expuesto, lleva a esta Sala a disentir del criterio expresado por el a-quo en cuanto a la invocación del artículo 148 de

nuestra codificación procesal civil, para disponer el envío del expediente al Consejo de Estado, ya que esa norma está regulando específicamente, el capítulo I del título XII de la citada codificación que trata de los conflictos de competencia y que la Sala entiende aplicable en el momento de entrar a conocer del proceso como se infiere del mismo texto del artículo 148 y como se establece para la jurisdicción contencioso administrativa en el ordenamiento 143 inciso 4o. del código de la materia.

Aparte de lo anterior debe tenerse en cuenta que en el caso sometido a estudio la nulidad proveniente de falta de competencia del Tribunal prevista como causal segunda en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, no es factible de ser saneada por tratarse específicamente de la llamada "competencia funcional".

Dice ahora el artículo 144 del C. de P.C., que "no podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades (sic) 3 y 4 del artículo 140, salvo el evento previsto en el numeral 6 anterior, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional".

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- DECLARAR LA NULIDAD de toda la actuación surtida en este proceso por el Tribunal Administrativo de Caldas, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

2o.- En firme este proveído, vuelva el expediente al Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda.

Háganse las anotaciones del caso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Yesid Rojas Serrano.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD/TARIFA

La Sala, "prima facie", encuentra que por no haberse producido expresamente en la norma reglamentaria la exclusión de las instituciones privadas que prestan el servicio público de salud, al señalar el ámbito de aplicación del régimen de organización y funciones para la fijación y control de tarifas", e igualmente, no distinguir entre entidades del subsector oficial y privado de salud, para efectos de la obligatoriedad de las tarifas que fije la Junta de Tarifas para el sector salud y que pueden cobrar las instituciones que prestan el servicio público a las compañías de seguros, por los servicios que prestan a los usuarios amparados por el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, se han quebrantado normas de la Ley 10 de 1990, por lo cual procede la suspensión provisional, pero solo en cuanto las disposiciones demandadas se están refiriendo a esas instituciones privadas del servicio público de salud.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1o., numeral 2o., literal a) en la parte que se reza: "Para el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito ..." 3o., numeral 3o., del Decreto Reglamentario No. 1759 de 1990, expedido por el Señor Presidente de la República, en cuanto dichas normas comprenden, por no haberse excluido expresamente, a las entidades o instituciones privadas que prestan el servicio público de salud.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1915. Acción de nulidad. Actor: Asociación Colombiana de Hospitales y Juan Manuel Charry Urueña.

La "ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES", persona jurídica de derecho privado con domicilio en Bogotá y el abogado JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan la declaratoria de nulidad de los artículos 1o., numeral 2o., literal A), y 3o., numeral 3o., del Decreto No. 1759 de 2 de agosto de 1990, expedido por el señor Presidente de la República.

Como esta Corporación es competente para conocer de la demanda y ella reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse.

SUSPENSION PROVISIONAL

Los actores, con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el art. 31 del Decreto-Ley 2304 de 1989, solicitan de la Sala la suspensión provisional de los actos acusados, que son del siguiente tenor:

"Decreto No. 1759, 2 de agosto de 1990. Por el cual se expide el régimen de organización y funciones para la fijación y control de tarifas y se crea la Junta de Tarifas para el Sector Salud.

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de sus facultades constitucionales, y en especial de las facultades conferidas por el artículo 1 literales g) y k) de la Ley 10 de 1990 y en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política de Colombia,

DECRETA:

"ARTICULO 1o.— AMBITO DE APLICACION. El Régimen de Organización y Funciones para la Fijación y Control de Tarifas tendrá el siguiente Ambito de Aplicación:

1o.—

2o.— Tarifas para la prestación del servicio público de salud así:

a) PARA EL SEGURO DE DAÑOS CORPORALES CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE TRANSITO.

..." (La parte subrayada es la que es objeto de la demanda).

SECCION PRIMERA

“ARTICULO 3o.— FUNCIONES DE LA JUNTA. La Junta de que trata el artículo anterior, tendrá las siguientes funciones:

1o.—

3o.— *Fijar las tarifas y establecer las normas y procedimientos para el reconocimiento y pago, por parte de las compañías de seguros a las instituciones, por los servicios de salud que presten a los usuarios amparados por el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito”.* (La parte subrayada es la que es objeto de la demanda).

Consideran los demandantes, que los actos acusados quebrantan las normas en que deberían fundarse —concretamente los artículos 4o. y 8o. de la Ley 10 de 1990—, pues *las normas administrativas* del Sistema de Salud, son solamente obligatorias para las entidades del subsector oficial de salud, pero, podrán ser convencionalmente adoptadas por las entidades privadas. Destacan, que mediante dichas normas administrativas se regulan regímenes tales como el de tarifas, y sin embargo, las normas acusadas hacen obligatorias las tarifas, en el caso de seguros corporales causados en accidentes de tránsito, a todas las instituciones que prestan el servicio público de salud, violando así la ley de “facultades” en la cual se fundamenta el decreto.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Dicen así los artículos 4o. y 8o. de la Ley 10 de 1990, supuestamente quebrantados por los actos acusados, según los demandantes:

LEY 10 de 1990. “ARTICULO 4o.— SISTEMA DE SALUD. ... Las normas administrativas del Sistema de Salud, serán solamente obligatorias para las *entidades del subsector oficial* de salud, pero, podrán ser convencionalmente adoptadas por las entidades privadas...

“PARAGRAFO.— La obligatoriedad de las normas de que trata este artículo, se entiende, sin perjuicio de las normas legalmente aplicables sobre dichas materias, y no implica modificación alguna a la naturaleza y régimen jurídico de las correspondientes entidades.

... (Subrayado fuera de texto).

ARTICULO 8o.— DIRECCION NACIONAL DEL SISTEMA DE SALUD. La Dirección Nacional del Sistema de Salud estará a cargo del Ministerio de Salud, al cual, por consiguiente, le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o.

“PARAGRAFO.— Para los efectos de este artículo, se entiende por:

a) Normas científicas: el conjunto de reglas de orden científico y tecnológico para la organización y prestación de los servicios de salud;

b) Normas administrativas: las relativas a la asignación y gestión de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.

“Con base en las normas técnicas y administrativas se regularán regímenes tales como información, planeación, presupuestación, personal, inversiones, desarrollo tecnológico, suministros, financiación, *tarifas*, contabilidad de costos, control de gestión, participación de la comunidad, y referencia y contrarreferencia” (subraya el accionante).

La Sala, prima facie, encuentra que por no haberse producido expresamente en la norma reglamentaria la exclusión de las instituciones privadas que prestan el servicio público de salud, al señalar el “Ambito de Aplicación del Régimen de Organización y Funciones para la Fijación y Control de Tarifas”, e igualmente, no distinguir entre entidades del subsector *oficial y privado* de salud, para efectos de la obligatoriedad de las tarifas que fije la Junta de Tarifas para el Sector Salud y que pueden cobrar las instituciones que prestan el servicio público a las compañías de seguros, por los servicios que prestan a los usuarios amparados por el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, se han quebrantado las disposiciones contenidas en los artículos 4o. y 8o., parágrafo, literal b), de la ley 10 de 1990, por lo cual procede el decreto de suspensión provisional solicitado, pero sólo en cuanto las disposiciones demandadas se están refiriendo a esas instituciones privadas del servicio público de salud.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o.— Admítase la demanda promovida por la “ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES” y el ciudadano JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las disposiciones contenidas en los artículos acusados.

2o.— Reconócese al doctor JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, como apoderado especial de la “Asociación Colombiana de Hospitales”, en los términos y para los efectos indicados en el memorial-poder que obra al fl. 1 del expediente.

3o.— Notifíquese personalmente la demanda a la señora Fiscal Primera de la Corporación.

SECCION PRIMERA

4o.— Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Gobierno, Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social y de Salud, y al Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

5o.— Fjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C.C.A.

6o.— Depositen los demandantes la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00) para gastos del proceso.

7o.— Decrétase la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., numeral 2o., literal a) en la parte que reza: "Para el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito...", 3o., numeral 3o., del decreto reglamentario 1759 de 1990, expedido por el señor Presidente de la República, en cuanto dichas normas comprenden, por no haberse excluido expresamente, a las entidades o instituciones *privadas* que prestan el servicio público de salud.

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 febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente.

CONTRALORIA MUNICIPAL—Creación/PRESUPUESTO MUNICIPAL—Integración/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS—Destinación/CONTROL FISCAL MUNICIPAL

Conforme al Código de Régimen Municipal, los concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos, sin incluir las transferencias que reciban de la Nación y el Departamento, pueden crear y organizar contralorías. Con la expedición de la Ley 3 de 1991, artículo 21, literal a. el IVA pasó a ser parte integrante de los ingresos corrientes de los municipios. De tal suerte que el esfuerzo fiscal de la Nación de ceder progresivamente nuevos recursos a los municipios tiene necesariamente que tener una contrapartida con la existencia de un control fiscal que garantice el correcto manejo de los mismos.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACUERDO No. 01 de 1991 (febrero 14) del Concejo Municipal de Ayapel (Córdoba).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C. trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1756. Recurso de apelación contra providencia de fecha abril 16 de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro de la acción de nulidad incoada frente al Acuerdo No. 012 de 9 de junio de 1989, emanado del Concejo Municipal de Ayapel. Actor: Guillermo Germán Espinosa H.

SECCION PRIMERA

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra el auto de la referencia, por medio del cual se resolvió: "1. Decretar la suspensión provisional inmediata del Acuerdo No. 01 de 14 de febrero de 1991 emanado del Concejo Municipal de Ayapel en los términos del artículo 158 del C.C.A. 2. Negar la solicitud de terminación del proceso. 3. Ordénase enviar copia de los actos acusados, de esta providencia y demás proferidas en este proceso al Procurador Regional para la investigación de su competencia".

I.— FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

Para adoptar la decisión pretranscrita, el a-quo tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

1o.— Solicita el actor se orden la suspensión provisional inmediata del acto administrativo por el cual el Concejo Municipal de Ayapel creó nuevamente la Contraloría Municipal, por reproducir el Acuerdo 012 de 1989 que se encuentra suspendido.

2o.— Que el Presidente del Concejo Municipal de Ayapel y el Alcalde, enviaron el acto acusado (Acuerdo 01 de 14 de febrero de 1991) con su exposición de motivos, argumentando que el nuevo acto fue dictado en razón de haber desaparecido los fundamentos legales que tuvo el Tribunal para ordenar la suspensión provisional del Acuerdo 012 de 1989, en lo que respecta al requisito de la cuantía del presupuesto municipal que permite la creación del organismo de control fiscal, de acuerdo con el artículo 21 de la ley 03 de 1991.

3o.— Pero, que, sin embargo, la ley 03 de 1991 es un estatuto especial que reglamenta exclusivamente lo referente a la vivienda de interés social y crea mecanismos para su realización, que en nada modifica los criterios rectores del impuesto del IVA y su cesión a los municipios, y, mucho menos los que contiene el estatuto orgánico del presupuesto que definen y diferencian las distintas categorías de presupuesto.

4o.— Que, en consecuencia, es errada y carente de lógica jurídica la interpretación dada por el Concejo Municipal de Ayapel al artículo 21 de la ley 3 de 1991, orientada a poder sumar los dineros de la cesión del IVA como ingresos corrientes del Municipio que le permitiría cumplir con el requisito de la cuantía presupuestal exigida por el artículo 305 del C. de R. M., cuando los ingresos reales corrientes del municipio de Ayapel fueron durante el año de 1990 de \$45.606.518, como lo anota el considerando 7 del acuerdo acusado, suma ésta que no logra igualar la requerida para la creación de la Contraloría a 31 de mayo de 1989 que es de \$106.800.000.00, la cual, agregándole los porcentajes de aumento del índice promedio de precios al consumidor hasta el 31 de diciembre de 1990, pasa a ser de \$164.000.000.00.

5o.— Que lo anterior lleva a concluir que no han desaparecido los fundamentos legales de la suspensión decretada contra el Acuerdo 012 de 1989, lo que significa que con la expedición del Acuerdo 01 de febrero 14 de 1991, se está frente a la reproducción por parte del Concejo Municipal del Acuerdo 012 de 1989.

6o.— Que en cuanto a la solicitud de terminación del proceso por haber revocado el Concejo Municipal de Ayapel el Acuerdo 012 de 1989 y el No. 027 de 1990 mediante acuerdo 034 del mismo año, es pertinente traer a colación la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en cuanto a que:

“Un acto administrativo aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo pierde ante el pronunciamiento anulatorio del juez competente ...”.

II.— FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS

Los motivos de inconformidad con la providencia recurrida, pueden resumirse así:

A. POR PARTE DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE AYAPEL

1o.— Derogado el Acuerdo 012 de 1989 debió fenecer el proceso, lo cual no es un acto potestativo del tribunal.

2o.— Si el legislador dice en el artículo 21 literal a. de la ley 3 de 1991 “La cesión del IVA se entenderá como ingreso corriente municipal”, es ingreso corriente municipal.

B. POR PARTE DEL CONTRALOR MUNICIPAL ELEGIDO EN SESION DE 19 DE FEBRERO DE 1991:

1o.— Que la interpretación que hace el Tribunal del artículo 21 de la ley 3 de 1991 carece de lógica jurídica y es errónea y acomodaticia pues el hecho de que la citada ley sea un estatuto especial, no quiere decir que sus normas sólo deban interpretarse siempre referidas a ese objetivo. La ley no puede atribuirle varias características a un impuesto. O se es corriente municipal o se es transferencia.

2o.— Al ordenar el Tribunal una investigación a la Procuraduría por la interpretación que el Concejo hizo del artículo 21 de la ley 3 de 1991, el delito de interpretación errónea.

C. POR PARTE DEL CONTRALOR MUNICIPAL ELEGIDO PARA EL PERIODO QUE SE INICIO EL 1o. DE ENERO DE 1989:

SECCION PRIMERA

1o.— El Tribunal carece de competencia para suspender provisionalmente un acto de trámite como lo es el proyecto de acuerdo No. 01 de 1991, que no ha sido publicado.

2o.— La no publicación es un elemento de la esencia del acto. La ausencia de tal requisito lo hace inexistente, y, por tanto el Tribunal no puede pronunciarse y mucho menos suspender dicho acto preparatorio o de trámite.

3o.— Donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete, y el artículo 21 de la ley 3 de 1991 es claro al establecer el impuesto del IVA como ingreso corriente.

III.— LA DECISION

Para resolver, SE CONSIDERA:

1o.— De conformidad con el artículo 305 del C. de R.M. los concejos de los municipios cuyo presupuesto anual sea superior a \$50.000.000.00, sin incluir las transferencias que reciban de la Nación y el Departamento, pueden crear y organizar Contralorías. El valor señalado se reajustará acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional de precios al consumidor, que elaborará el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

2o.— El a-quo decretó la suspensión provicional del acuerdo 012 de 1989 por considerar que el presupuesto municipal no se ajustaba a las prescripciones del artículo 305 transcrito, por cuanto para la época en que se creó el ente fiscal se requería de un presupuesto superior a \$106.800/000.00.

3o.— Sin embargo, erró el Tribunal al considerar que el Acuerdo No. 01 de 14 de febrero de 1991, reproducía el acuerdo 012 de 1989, puesto que como se infiere de autos, las condiciones presupuestales que echó de menos el fallador de primer grado para el acuerdo 012 de 1989, variaron hasta el punto de que, en principio y hasta ahora, el presupuesto del Municipio de Ayapel para la vigencia fiscal de 1991 (fecha para la cual se expidió y aprobó el Acuerdo 01), permite la creación de la Contraloría Municipal.

4o.— Es evidente que con la expedición de la ley 3 de 16 de enero de 1991, artículo 21, literal a, el IVA pasó a ser parte integrante de los ingresos corrientes de los municipios al señalar que:

“La cesión del IVA se entenderá como ingreso corriente municipal”.

No puede admitirse otra interpretación que conlleve a afirmar que uno sea el presupuesto conformado por los ingresos corrientes más el IVA, para

efectos del porcentaje destinado al Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, y, otro sea el presupuesto conformado únicamente por los demás ingresos corrientes para otros efectos, ya que el presupuesto municipal es uno solo.

5o.— De otra parte, la voluntad del legislador expresada en la ley 3 de 1991 es clara y acorde con la intención del Constituyente de 1991 de dar mayor participación a los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, como se prevé en los artículos 356 a 358 de la nueva Carta Política.

De tal suerte que el esfuerzo fiscal de la Nación de ceder progresivamente nuevos recursos a los municipios tiene necesariamente que tener una contrapartida con la existencia de un control fiscal que garantice el correcto manejo de los mismos.

En consecuencia, habrá de revocarse la decisión de suspensión provisional adoptada por el a-quo en lo que hace a este respecto.

6o.— En lo que respecta a la solicitud de terminación del proceso por la derogatoria por parte del Concejo Municipal de Ayapel del Acuerdo 012 de 1989, estima la Sala que estuvo bien denegada, por cuanto como lo ha venido reiterando esta Corporación, la derogatoria expresa o tácita así como la revocatoria de los actos administrativos, atiende a su vigencia, pero no restablece por sí sola el orden jurídico supuestamente vulnerado, para lo cual se requiere de un pronunciamiento judicial que determine si el acto se ajustó o no a derecho.

Por tanto, no prospera el recurso de apelación en lo que atañe a esta materia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o.— **REVOCANSE** los numerales 1 y 3 del auto de fecha 16 de abril de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba dentro del proceso de la referencia, y en su lugar se dispone:

DENIEGASE la suspensión provisional del Acuerdo No. 01 de 14 de febrero de 1991 emanado del Concejo Municipal de Ayapel.

2o.— **CONFIRMASE** el numeral 2 de la misma providencia, en cuanto por él se niega la solicitud de terminación del proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

SECCION PRIMERA

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992):

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente.

RUTAS Y HORARIOS/SUSPENSION PROVISIONAL—Improcedencia/INTRA/DERECHO DE PETICION/SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

Para establecer si el acto ácusado viola el artículo 23 de la Constitución Nacional se hará necesario analizar su texto frente a otras normas del Decreto 1927 de 1991, que lo contiene, y en particular con el artículo 51 literal g), el cual señala como requisito de la solicitud de rutas y horarios un estudio técnico de oferta y demanda acompañado de datos estadísticos o de “recolección de información de la demanda tomada como mínimo durante tres días en condiciones normales dentro de los seis meses anteriores a la prestación de la solicitud”. Para establecer si los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 1991 violan el artículo 23 de la Carta es menester del estudio de otras normas del mismo decreto, como del Decreto 1606 de 1991, estudio que sólo puede hacerse en la sentencia y no en esta etapa inicial del proceso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1816. Recurso de reposición contra el auto de 24 de octubre de 1991. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte. Acción: Nulidad.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto oportunamente por el señor apoderado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y por la tercera impugnante María Esperanza Cabrera Calixto contra el auto de 24 de octubre de 1991, en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991.

I. – FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Para decretar la medida precautoria la Sala sostuvo lo siguiente:

Al confrontar el texto de las disposiciones acusadas con el artículo 23 de la Carta surte sin el menor esfuerzo intelectual indubitadamente palmario el quebranto por aquélla de esta norma superior.

Siendo un deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición mediante la rápida y oportuna resolución de las solicitudes que las personas les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de estas mismas autoridades, conforme lo pregonaba el artículo 31 del C.C.A. también invocado como infringido, en el caso sub-examine fluye en forma clara el desconocimiento de esta última norma como de la superior, cuando se consagró en el artículo 105 acusado que el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito “devolverá a los interesados sus solicitudes de asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991”.

La connotación especial de inmediatez que el artículo 85 de la Carta le imprime al 23, para su aplicación, acentúa aún más el ostensible quebrantamiento que de este precepto magno hace el artículo 106 acusado al proponer por un lapso de seis meses la atención que de nuevas solicitudes de rutas y horarios hagan las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera.

II. – LA SUSTENTACION DEL RECURSO:

II.1. – LA PARTE DEMANDADA: MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.

Manifiesta su discrepancia con el auto recurrido al considerar que las normas acusadas no transgreden las disposiciones invocadas por el actor, toda vez que constituyen el legítimo ejercicio de las facultades otorgadas al Ejecutivo para expedir los decretos necesarios para la cumplida ejecución de la ley. Se requiere precisar dos situaciones en el caso sub-examine: la primera de las cuales se refiere a que el Decreto 1927 derogó, entre otras normas, al Decreto 1606 de 1991, para “poner en orden el desajuste causado por la aplicación del Decreto 1606 de 1991”; y la segunda alude a la necesidad de establecer qué se entiende por las llamadas solicitudes formuladas por las empresas en desarrollo del Decreto 1606 de 1991. Se trata de informes que de acuerdo con este Decreto debían rendir las empresas al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito –INTRA–, para que éste, a su turno, informara a las otras empresas que cubrieran la misma ruta y horarios. No se ve como se puede considerar como petición un informe, que solo tiene esa finalidad y con el cual no se está pretendiendo reconocimiento de algún derecho subjetivo.

Respecto de los seis meses de que habla en el Decreto acusado se refiere es al plazo que prudencialmente la Administración escogió para que el transportador sustentara la información requerida para demostrar la disponibilidad, preferencia y frecuencia del viaje de los usuarios, con el objeto de determinar el número de despachos a servir y la forma de operar.

De lo anterior, se concluye, que en manera alguna se violó el derecho de petición en el presente caso, razón por la cual se debe revocar la suspensión provisional de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 1991.

II.2.- LA TERCERA IMPUGNANTE.

Hace consistir su inconformidad con la suspensión provisional decretada, en que las razones aducidas por la parte demandante y en el auto recurrido no son suficientes para concluir la manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad de los artículos demandados porque un estudio de todos los elementos que las normas del Decreto 1927 tratan, es propio de la sentencia y no del auto que resuelve la suspensión provisional.

El Decreto 1606 de 1991 estableció un cambio fundamental en el régimen de rutas y horarios de transporte que existía desde la expedición de la Ley 15 de 1959. Dicho cambio consistió en establecer la libertad de rutas y horarios a partir de un mínimo pero con la facultad de las empresas de Transporte de aumentarlas a su voluntad con la sola información al INTRA, quien a su vez la transmitía a las empresas que estaban cubriendo las rutas y horarios.

Esa información que las empresas enviaban al INTRA no implicaba el ejercicio del derecho de petición sino el cumplimiento de un requisito que no generaba actuación alguna, no culminaba con actos administrativos notificables y en fin con aquello que establece el Código Contencioso Administrativo como parte de las tramitaciones del derecho de petición.

El régimen de libertad quedó derogado expresamente por el artículo 107 del Decreto 1927 de 1991, que regreso al sistema anterior, mediante el cual se regula el servicio y se fijan los horarios y las rutas que deben prestar las empresas de transporte.

Cuando el artículo 105 demandado habla de solicitudes, no es en el fondo el ejercicio del derecho de petición porque no reclama de la autoridad decisión alguna, ni la definición o el reconocimiento de derechos subjetivos, individuales o de situaciones de igual naturaleza. El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, no concluye una actuación a propósito de las llamadas solicitudes, sino que informa a unas terceras empresas que en las rutas que cubren les llegará una nueva competencia. No concederá ni negará nada.

El artículo dispone algo lógico: si las informaciones o solicitudes quedaron sin sustento jurídico porque el sistema de rutas y horarios cambió sustancialmente, y no será posible dentro de la regulación del Decreto 1927 de 1991 ejercer tal libertad, los documentos de los particulares deben devolverse sin mayores formalidades.

Cuando el artículo 106 acusado dispone que sólo dentro de los seis meses siguientes a la vigencia del Decreto 1927 de 1991 atenderá nuevas solicitudes de rutas y horarios, no niega el derecho de petición, ni hay en ello tacha de inconstitucionalidad, pues tal solicitud debe estar respaldada en un estudio técnico que analice la oferta y la demanda con datos recogidos dentro de los seis meses anteriores a aquella.

No se trata pues de negar el derecho de petición sino de precisar cómo debe ejercerse dentro del nuevo régimen. Además la complejidad de los conceptos expuestos indica que deberá analizarse, en la sentencia y no en un auto de suspensión provisional, estas cuestiones: a): se trata o no del ejercicio del derecho de petición; b); el nuevo régimen es diametralmente opuesto al anterior; c): se trata o no de regular el derecho de petición; y d): perdió o no el INTRA competencia para atender las solicitudes o informaciones hechas con base en la libertad de rutas y horarios del régimen anterior.

III. — CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Al estudiar los argumentos esgrimidos tanto por la parte demandada como por la tercera impugnante la Sala considera que son atendibles, por lo siguiente:

Si se analiza el texto del artículo 105 acusado vemos que en él se consagra lo siguiente: “El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito devolverá a los interesados las solicitudes para la asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991”. Para poder establecer si efectivamente transgrede el artículo 23 de la Carta, que regula el derecho de petición, habría necesidad de estudiar el Decreto 1606 de 1991, al cual se refiere, en orden a precisar si “las solicitudes para la asignación de rutas y horarios” constituyen una petición o, por el contrario, como lo sostienen los recurrentes, se trata de informes de las empresas de transporte al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito INTRA que no conllevan tal carácter y explicables a la luz del régimen de rutas y horarios que contemplaba el Decreto 1606 de 1991.

En lo concerniente al artículo 106 acusado, que prevé que el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito INTRA “solo atenderá nuevas solicitudes de rutas y horarios a las empresas públicas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera después de transcurrido el término de seis meses contados a partir de la publicación del presente decre-

to” para esclarecer si viola el artículo 23 de la Constitución Nacional se hará necesario, como lo advierte la tercera impugnante, analizar su texto frente a otras normas de Decreto 1927 de 1991, que lo contiene, y en particular con el artículo 51 literal g), el cual señala como requisito de la solicitud de rutas y horarios un estudio técnico de oferta y demanda acompañado de datos estadísticos o “de recolección de información de la demanda tomada como mínimo durante tres (3) días en condiciones normales dentro de los seis (6) meses anteriores a la prestación de la solicitud”.

Las consideraciones precedentes ponen de presente que para establecer si los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 1991 violan el artículo 23 de la Carta es menester el estudio de otras normas del mismo Decreto como del Decreto 1606 de 1991, estudio que solo puede hacerse en la sentencia y no en esta etapa inicial del proceso. Por ello habrá de revocarse el proveído recurrido.

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

RESUELVE:

1o.): Tiénese al doctor Pedro Lucio García Arámbula, como apoderado especial del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido (folio 128).

2o.): Tiénese a la doctora Esperanza Cabrera Calixto, como tercera impugnante en este proceso.

3o.): Revócase el punto 2o. del auto de 24 de octubre de 1991, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991 del Gobierno Nacional, y, en su lugar, se dispone: denegar la suspensión provisional solicitada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 13 de febrero de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Miguel González Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, (ausente con excusa legal).

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/ACTO PARTICULAR/COMPETENCIA FUNCIONAL

Las pretensiones, además de tener un carácter exclusivamente particular, muestran en forma evidente el daño patrimonial sufrido por los demandantes que hipotéticamente fue causado por los actos administrativos que se están demandado. Estos daños están taxativamente señalados, medidos y cuantificados, así no se hubiera protocolizado su existencia en la demanda bajo un acápite que dijera "cuantía". La determinación de la competencia debe hacerse aplicando el numeral 9o. del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo que atribuye a los tribunales administrativos el conocimiento en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional que exceda la cuantía allí señalada, reajustada en la forma determinada por la ley. En lo atinente al factor territorial, es competente el Tribunal de Cundinamarca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1907. Autoridades Nacionales. Actora: Sociedad Gloria de Vernaza y Cía. S. en C. y Otro.

La actora de la referencia, a través de apoderado judicial, ha solicitado la nulidad de las Resoluciones 2010 del 14 de enero de 1991, y 07836 del

8 de agosto del mismo año emanadas de la Superintendencia de Sociedades. Mediante la primera de ellas, "se dispuso la cancelación de los gravámenes hipotecarios y prendarios que la sociedad Financiera de Construcciones S.A. "FINANCO S.A.", había contraído para garantizar sus obligaciones. La segunda resolución confirma la primera.

En el capítulo del libelo correspondiente al presupuesto de la competencia, afirma la peticionaria que "por pretenderse, con la presente demanda, la nulidad de actos administrativos expedidos por una autoridad del orden nacional, esa Honorable Corporación es la competente para conocer del proceso en única instancia".

A fin de determinar lo referente a la admisión de la demanda, SE CONSIDERA:

Si bien no se consigna expresamente el nombre de la acción incoada, es de colegirse, por lo que se pretende, que se está interponiendo la acción de nulidad cuyo ejercicio está regulado por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Se tiene, de otro lado, que las partes resolutivas de los dos actos administrativos demandados, comienzan así, respectivamente:

"ARTICULO PRIMERO: De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6o. del artículo primero del Decreto 2277 de 1989, disponer la cancelación de los siguientes gravámenes hipotecarios ...".

"ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución número 2010 del 14 de enero de 1991, por medio de la cual este Despacho dispuso la cancelación de gravámenes hipotecarios y prendarios que afectan algunos bienes de la sociedad FINANCIERA DE CONSTRUCCIONES S.A. "FINANCO S.A.", domiciliada en la ciudad de Cali, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

Indica lo anterior, que los actos demandados tienen un innegable contenido particular y que el objetivo de la acción incoada no es propiamente el del restablecimiento del imperio del derecho objetivo sino el de infirmar la cancelación de los gravámenes hipotecarios y prendarios que afectan concretos y señalados bienes tanto muebles como inmuebles.

Corolario de lo anterior es, que lo pretendido, es una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, intelección que se ve confirmada por los mismos términos del poder dado por la persona que firma como representante de la sociedad "Gloria de Vernaza y Cía. S. en C." cuando afirma que su apoderada "queda especialmente facultada para *conciliar, recibir, desistir,*

SECCION PRIMERA

transigir, pedir la suspensión provisional del acto acusado y, en fin, ejercer todas las facultades que redunden en defensa de los derechos de mi representada". (subrayamos).

Ahora bien: esos derechos de la representada a los que hace referencia el poder, además de su contenido particular, como ya se demostró, tienen también contenido económico y son, por ende, cuantificables. Las cifras del perjuicio económico que sufriría la parte actora si permaneciesen en firme los actos demandados, son dados en forma por demás detallada en el mismo libelo.

En efecto, dice la demanda en el numeral 3o. de los "Hechos", que la sociedad intervenida era deudora de la sociedad "Asesorías Jurídicas y Económicas Ltda." de estos créditos *vencidos y exigibles*:

Un pagaré a la orden No. 01 por valor de tres millones ciento ochenta y seis mil seiscientos sesenta y ocho pesos; un pagaré a la orden No. 03 por valor de dos millones quinientos noventa y cinco mil pesos; un comprobante de pago por valor de dieciocho mil cuatrocientos veinticinco pesos.

Igualmente, en el numeral 4o., señala claramente los créditos vencidos y exigibles de que era deudora la sociedad intervenida respecto de la sociedad "Gloria de Vernaza y Cía.", agregando además, en el numeral 6o. que *"La sociedad intervenida constituyó prenda comercial sin tenencia del acreedor, para garantizar el pago de las obligaciones contraídas con GLORIA DE VERNAZA Y CIA. S. EN C. sobre los siguientes bienes:*

Equipos de aire acondicionado pertenecientes a la sociedad intervenida, la renta mensual que dos grúas marca Candela producen a Finalco S.A., la renta mensual de un lote de terreno llamado Cañaveralejo que se encuentra dado en arrendamiento, ubicado en la esquina de la Avenida Roosevelt (sic) con avenida 5a. de la nomenclatura de Cali. (Las subrayas son de la demanda).

El numeral 7o. dice: "La prenda referida en el hecho anterior, se constituyó para garantizar obligaciones hasta por un valor de \$22.000.000.00".

El capítulo en el que la parte demandante solicita la nulidad de los actos cuestionados, lo intitula "Declaraciones y condenas" y entre los documentos aportados como pruebas, figura la "copia autenticada del documento que contiene el contrato de transacción y de prenda ... en el que aparece la certificación de la Cámara de Comercio de Cali, en el sentido de que dicha prenda no ha sido cancelada".

Toda esta relación analítica de la demanda, lleva a la conclusión, ya predicha, de que las pretensiones, además de tener un carácter exclusiva-

mente particular, muestra en forma evidente el daño patrimonial sufrido por las firmas demandantes que hipotéticamente fue causado por los actos administrativos que se están demandando. Estos daños están taxativamente señalados, medidos y cuantificados, así no se hubiera protocolizado su existencia en la demanda bajo un acapite que dijera "cuantía".

Esa conclusión conduce a este Despacho a la convicción de que la determinación de la competencia debe hacerse aplicando el numeral 9 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo que atribuye a los Tribunales Administrativos el conocimiento en primera instancia, de los procesos de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional que excedan de la cuantía allí señalada, reajustada en la forma determinada por la ley.

De otra parte, en lo atinente al factor territorial, es competente para conocer de este asunto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al tenor de lo dispuesto en el inciso 3o. del mencionado numeral 9o. del artículo 132 del C.C.A., en razón de que el acto se produjo en la capital de la República, donde tiene su sede la Superintendencia de Sociedades.

Teniendo en cuenta que los factores "cuantía" y "territorio" son indispensables para fijar la competencia, se obrará en consecuencia, dejando al Tribunal competente, en este caso el Administrativo de Cundinamarca, el conocimiento de la acción propuesta.

Para los efectos anteriores y en aplicación a lo dispuesto en el inciso 4o. del artículo 143 del C.C.A., se ordenará remitir las diligencias a la mencionada Corporación.

Por lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ORDENAR la remisión del expediente de la referencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a fin de que asuma el conocimiento de la acción.

Háganse las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Yesid Rojas Serrano.

COADYUVANCIA/TERCEROS

No existe norma del C.C.A. que establezca el término que tienen los terceros para intervenir en un proceso contencioso de simple nulidad instaurado por otra persona, como coadyuvantes o impugnadores de la acción. En este evento debe hacerse remisión al C. de P.C., que autoriza la intervención “mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda”.

ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL—Organización/ORDENANZA DE FACULTADES

Al autorizar la Asamblea al Gobernador del Departamento para que expidiera normas complementarias sobre la aplicación de las disposiciones de la Ordenanza y relacionadas con aspectos como el de determinar la estructura orgánica de cada una de las Secretarías y establecer las funciones de las diferentes dependencias, se le estaba otorgando la facultad de creación, “determinar la estructura orgánica” es amplio, y es claro que para que ello se pueda hacer en ocasiones será indispensable la creación, fusión o supresión de dependencias u oficinas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1867. Recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima con fecha octubre 10. de 1991 dentro de la acción de nulidad promovida en relación con el art. 15 del decreto 728 de 1990, dictado por el Gobernador de dicho Departamento. Actor: Marco Aurelio Sandoval Tique.

La ciudadana y abogada AMANDA DEL PILAR GUZMAN CARDONA, quien solicitó dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia que se le tuviera como parte coadyuvante, dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, con fecha 1o. de octubre de 1991, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda enderezada a obtener la nulidad del artículo 15 del decreto 0728 de 1990, expedido por el señor Gobernador del Departamento, en cuanto por dicha norma se suprime de la estructura administrativa de la Secretaría de Gobierno Departamental, el INSTITUTO POLITECNICO LUIS A. RENGIFO, con fundamento, en síntesis, en la consideración de que la Asamblea del Departamento estaba facultada, de conformidad con el numeral 10 del artículo 187 de la Constitución Política de 1886 y atribución 10a. del artículo 60 del Código de Régimen Departamental, para delegar en el Gobernador la determinación de “la estructura orgánica del Despacho del Gobernador y de cada una de las Secretarías y Departamentos Administrativos”, y conforme a ello, podía, entonces, el jefe del ejecutivo departamental suprimir dependencias u organismos de la Secretaría de Gobierno “por tener íntima relación con su estructura orgánica y no ir en contra de las normas sobre organización y funcionamiento de la administración regional”.

La coadyuvante-recurrente en apelación, por su parte, sostiene que el señor Gobernador del Departamento del Tolima se excedió en el ejercicio de las precisas facultades que se le otorgaron por la Asamblea, pues ésta no autorizó la supresión sino la determinación de la estructura orgánica de las Secretarías del Departamento, entre ellas la de Gobierno, determinación que no significa suprimir, según el Diccionario Usual de Cabanellas; concluye, conforme a ello, que se quebrantaron las normas constitucionales indicadas en la demanda, y, que, por tanto, debe revocarse la sentencia, para en su lugar decretar la nulidad del acto acusado.

Admitido el recurso por haberse sustentado con motivo de su interposición y una vez que feneció el término de traslado a las partes para alegar de conclusión sin que lo hubieran utilizado, corresponde su decisión, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

I.— El artículo 146 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el artículo 27 del decreto 2304 de 1989, preceptúa que “En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnante” y que la correspondiente petición será resuelta por auto del ponente contra el cual procede el recurso de súplica.

II.— Dicha disposición, ni ninguna otra del C.C.A., establece cuál es el término o plazo que tienen los terceros para intervenir en un proceso conten-

SECCION PRIMERA

cioso de simple nulidad instaurado por otra persona, como coadyuvantes o impugnadores de la acción. En consecuencia, considera la Sala que en ese evento, por tratarse de un aspecto no contemplado en el C.C.A., se debe seguir el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción, según la remisión ordenada por el artículo 267 del C.C.A.

III.— Conforme al artículo 52 del C. de P.C. (modificado por el decreto 2282 de 1989), los terceros que tengan con una de las partes determinada relación sustancial —que no es el caso— o que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello están legitimados para demandar —que sería el caso, según la jurisprudencia de la Corporación, ya que se trata de una acción pública de la cual es titular “cualquier persona”—, pueden intervenir como coadyuvantes o litisconsortantes de una parte, “MIENTRAS NO SE HAYA DICTADO SENTENCIA DE UNICA O DE SEGUNDA INSTANCIA, desde la admisión de la demanda”. En consecuencia, por existir legitimación y haberse interpuesto en término, habrá de entrar la Sala a decidir el fondo de la cuestión litigiosa.

IV.— EL ASPECTO DE FONDO

Mediante el artículo 47 de la Ordenanza 001 de enero 16 de 1990, la Asamblea del Departamento del Tolima, dispuso:

“De conformidad con el Artículo 187, numeral 10, de la Constitución Política, autorizase al Gobernador del Departamento por el término de seis meses calendario para que dentro del marco de las disposiciones de la presente Ordenanza, expida normas complementarias sobre su aplicación relacionadas con los siguientes aspectos:

“a) Determinar la estructura orgánica del Despacho del Gobernador y de cada una de las Secretarías y Departamentos Administrativos y establecer las funciones de las diferentes dependencias, según los niveles de acción y responsabilidad y las áreas funcionales fijadas en esta Ordenanza, y los fondos y sistemas especiales de administración de recursos y programas.

“.....”

En ejercicio de esa y otras atribuciones, el señor Gobernador del Tolima dictó el Decreto 0728 de julio 30 de 1990, por cuyo artículo 15, se dispuso:

“Suprímase de la estructura administrativa de la Secretaría de Gobierno y Participación Comunitaria el Instituto Politécnico Luis E. Rengifo”.

Se trata, entonces, de decidir si dentro de las atribuciones concedidas por la Asamblea al Gobernador del Tolima, para “determinar la estructura orgánica de cada una de las Secretarías, estaba comprendida la de “suprimir” de la estructura de la Secretaría de Gobierno el Instituto Politécnico Luis A. Rengifo.

Para la Sala es incuestionable, como lo sostiene el a-quo, que al autorizar la Asamblea al Gobernador del Departamento para que expidiera *normas complementarias* sobre la aplicación de las disposiciones de la Ordenanza y relacionadas con aspectos como el de determinar la estructura orgánica de cada una de las Secretarías y establecer las funciones de las diferentes dependencias, se le estaba otorgando la facultad de creación, fusión y supresión de dependencias en aquellas, pues el término o expresión “determinar la estructura orgánica” es amplio, y es claro que para que ello se pueda hacer en ocasiones será indispensable la creación, la fusión o la supresión de dependencias u oficinas, máxime si, de un lado, se está dentro del marco de la Ordenanza que gira en torno a la organización y funcionamiento de la administración pública departamental, y, de otro lado, se tiene que al indicar la Ordenanza en su artículo 16, lo que le corresponde a la Secretaría de Gobierno y Participación Comunitaria, se le señalan como funciones las relativas a aspectos tales, como, por ejemplo, las de “asistir al Gobernador en la formulación, coordinación y ejecución de políticas y programas relacionados con la seguridad y orden público en el Departamento, la atención y prevención de desastres, la coordinación y atención de los asuntos policivos de competencia del Departamento, la de auxiliar a la justicia y velar por el adecuado mantenimiento de las cárceles y rehabilitación de los reclusos, en especial los menores de edad y drogadictos, las de colaborar con las autoridades nacionales en la organización y verificación de procesos electorales, y la de prestar servicios de asistencia administrativa y técnica a los municipios en asuntos de organización de las comunidades locales, rurales e indígenas para su vinculación y participación activa en la administración de servicios y la orientación y promoción del desarrollo local y rural”, cuestiones que al parecer no tienen ninguna relación con las funciones y objetivos de un Instituto Politécnico, más propios de la Secretaría de Educación del Departamento.

Por lo demás, observa la Sala que al suprimir de la estructura administrativa de la Secretaría de Gobierno y Participación Comunitaria al Instituto Politécnico Luis A. Rengifo, el acto administrativo acusado no está extinguiendo dicha dependencia u organismo, sino que simple y llanamente la desvincula de aquélla, lo que no obsta para que lo incluya dentro de la organización o estructura administrativa de otra de las Secretarías del Despacho o dentro de la de alguno de los Departamentos Administrativos creados o que se creen, lo que no se puede saber por la inexistencia de elementos de juicio en tal sentido en el proceso.

SECCION PRIMERA

Por consiguiente, el recurso no está llamado a prosperar y habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, con fecha 10. de octubre de 1991, por la cual se niegan las pretensiones de la demanda instaurada por Marco Aurelio Sandoval Tique.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

**CONTROL FISCAL/COMPETENCIA/CONTRALORIA GENERAL DE LA
REPUBLICA/CONGRESO**

El gobierno no tiene competencia ni constitucional ni legal, para aprobar, mediante un decreto simplemente ejecutivo, una disposición como la demandada, pues tanto la antigua como la nueva Constitución Nacional, defieren a la ley las prescripciones sobre el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración por parte de la Contraloría General de la República.

DECRETA LA NULIDAD del artículo 7o. del Decreto 2196 de julio 10 de 1986, expedido por el Presidente de la República, "por el cual se aprueban los estatutos de la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. PRONTA en la parte que expresa "... La Contraloría General de la República fiscalizará únicamente lo que concierne al aporte patrimonial público, y a la percepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la compañía no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, afecto a la abstención de los fines sociales de la compañía, manejado con plena autonomía administrativa".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano.

Referencia: Expediente No. 1695. Decretos de Gobierno. Actora: Contraloría General de la República.

SECCION PRIMERA

La Contraloría General de la República, mediante apoderado debidamente constituido, demandó ante esta Corporación la declaración de nulidad del artículo 7o. del Decreto 2196 de julio 10 de 1986 expedido por el Presidente de la República, "Por el cual se aprueban los estatutos de la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. "PRONTA", en la parte del artículo que expresa:

"... La Contraloría General de la República fiscalizará únicamente lo que concierne al aporte patrimonial público, y la percepción de las utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la Compañía no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, afecto a la obtención de los fines sociales de la Compañía, manejado con plena autonomía administrativa".

Los HECHOS son presentados así por el actor:

"La Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana de Promociones S.A. "PRONTA", fue creada y organizada por el Decreto 1970 de 1979 y demás normas complementarias, con acta orgánica correspondiente aprobada por la Superintendencia Bancaria mediante Resolución número 2600 del 21 de agosto de 1974, nacionalizada por el Decreto 2920 de 1982 y la Resolución Ejecutiva número 04 del 10 de enero de 1986, expedidos ambos por el Presidente de la República.

"PRONTA", de conformidad con sus estatutos, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con los artículos 1 y 3 del Decreto-Ley 3130 de 1968.

"La aludida compañía es una Entidad Financiera del Estado, cuyo aporte patrimonial en más del 90% proviene del presupuesto nacional, razón por la cual, la vigilancia de su egreso y utilización por mandato constitucional y legal le corresponde a la Contraloría General de la República, como concretamente lo consagran el artículo 59 de la Constitución Nacional y los artículos 2, 22 y 23 de la Ley 20 de 1975. Esto, sin perjuicio de la vigilancia que le compete ejercer a la Superintendencia Bancaria según las disposiciones vigentes pertinentes".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala las siguientes normas constitucionales y legales como quebrantadas por el acto demandado:

Los artículos 59, 20, 55 y 76 numeral 1o. de la Constitución Nacional de 1886.

Los artículos 2, 22 y 23 de la Ley 20 de 1975.

Con fundamento en el inciso primero del artículo 59 de la Constitución Nacional, entonces vigente, según la cual “La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley”, el actor entra a analizar los tres artículos citados de la Ley 20 de 1975, el primero de los cuales especifica: “El Contralor General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento”.

Tanto este artículo, como los restantes, “Estatuyen nítidamente cómo la Contraloría General de la República debe hacer el control fiscal de las entidades como la Compañía de Financiamiento Comercial “PRONTA”, que es un control total y no limitado como lo estatuye el artículo 7o. del Decreto 2196 de julio 10 de 1986, cuando en su parte pertinente afirma que sobre la referida compañía la Contraloría fiscalizará *únicamente* lo que concierne al aporte patrimonial público, de lo que se infiere que este precepto viola claramente el artículo 59 de la C.N.”

“Así mismo, es preciso resaltar, teniendo como fundamento el orden jerárquico de las normas, que un acto administrativo del Ejecutivo jamás puede ir en contra de un mandato constitucional, o sea el artículo 59 de la C.N., que preceptúa que la vigilancia de la administración le corresponde a la Contraloría General de la República y la ejercerá conforme a la ley; por tanto el Presidente de la República no podía fijar con el acto impugnado el control fiscal sobre “PRONTA”; dado que ésta es competencia exclusiva del Congreso, conforme al artículo 76 de la C.N., como lo estableció con la Ley 20 de 1975, artículos 2, 22 y 23”.

Otras consideraciones hace el accionante en explicación de su concepto de violación para concluir que el Decreto 2196 de 1986, artículo 7o. contradice las normas que ordenan cómo debe hacerse el control fiscal de las entidades financieras del Estado y que es al Contralor General de la República a quien está asignada dicha vigilancia, cuando condiciona o limita esa gestión fiscal al utilizar la expresión “únicamente” para referirse exclusivamente a lo que concierne al aporte patrimonial público.

Apoyándose en los artículos 55 y 76 de la Constitución Nacional de 1886, dice la accionante que el Gobierno al establecer en la disposición demandada, la forma y el ejercicio del control fiscal, sin estar facultado para ello por el Congreso, ni por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, se arrogó funciones y facultades que son de la esfera exclusiva del legislador.

La demanda, que fue notificada personalmente al representante legal de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana de Promocio-

SECCION PRIMERA

nes S.A. "PRONTA" y a la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no fue contestada ni consta que en momento alguno del proceso se hubiese hecho presente la parte demandada.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público que desempeña sus funciones ante esta Sección del Consejo de Estado, después de hacer un análisis del decreto por el cual se aprueban los estatutos de la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. "PRONTA", se muestra de acuerdo con las razones expuestas por el apoderado de la parte actora y, en consecuencia, solicita que se anule el acto acusado en la parte pertinente.

Estas son sus palabras:

"... En las previsiones legales está contemplada la adecuación de los sistemas de control a las modalidades, modernización, dinámica, etc., de los organismos vigilados, de forma que dicho control no interfiera los fines sociales y consulte los principios que inspiran las finalidades del servicio y las actividades de los entes oficiales (arts. 22 y 31 de la Ley).

"De acuerdo entonces con nuestro ordenamiento jurídico es la Contraloría General de la República el órgano competente para ejercer el control fiscal, conforme a la ley, adecuando sus sistemas de control a las necesidades del servicio y el Gobierno, por carecer de la competencia para trazar límites o condicionar la tarea del ente fiscalizador, no podía aprobar la norma estatutaria".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

lo que es materia esencial de discusión en el caso planteado y tal como lo anota la señora Fiscal de la Corporación, es si el Gobierno tenía o no competencia para aprobar mediante un decreto una norma estatutaria como la demandada, donde se establece lo que "únicamente" puede fiscalizar la Contraloría en la sociedad de economía mixta "PRONTA", que no es otra cosa que "lo que concierne al aporte patronal público y a la percepción de las utilidades correspondientes ...".

Sobre este aspecto considera la Sala, como ya lo ha considerado en casos similares, que el Gobierno no tiene competencia, no constitucional ni legal, para aprobar mediante un decreto simplemente ejecutivo, una disposición como la demandada, pues tanto la antigua como la nueva Constitución Nacional, defieren a la ley las prescripciones sobre el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración por parte de la Contraloría General de la República. Esta vigilancia "se ejercera conforme a la ley",

decía en su artículo 59 la Carta de 1886. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva *“conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley ...”*, dice hoy, la nueva Constitución Política (subraya la Sala). Y, ya vimos cómo la ley, en este caso, la número 20 de 1975 traza las pautas respecto de la forma como debe ejercerse dicho control.

En un caso muy similar esta misma Sala en sentencia del 30 de enero de 1992, con ponencia del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez, expresó:

“Si se tiene en cuenta que el artículo 59 de la Constitución Nacional de 1886, vigente en el momento de expedición de la norma acusada, establecía que *“La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley”* (se subraya); que esta norma se reproduce y amplía en el artículo 267 del nuevo ordenamiento constitucional de 1991, cuando se establece que *“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”* y que *“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley”* (se subraya igualmente); y, como ya se dijo, la Ley 20 de 1975, vigente en cuanto a organización y funciones o atribuciones de la Contraloría General de la República, no sólo traza las pautas para el ejercicio de esa vigilancia, sino que confía a la propia Contraloría la facultad de establecer los sistemas de fiscalización que consulten las modalidades de cada organismo, público o privado que maneje fondos o bienes de la Nación, es claro para la Sala que corresponde a la ley, y no al Gobierno directamente o mediante la facultad de aprobar estatutos de entes descentralizados del orden nacional, trazar límites o condicionar la tarea del ente fiscalizador”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, habiendo escuchado 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.— DECRETASE LA NULIDAD del artículo 7o. del Decreto 2196 de julio 10 de 1986, expedido por el Presidente de la República, “Por el cual se aprueban los estatutos de la Compañía de Financiamiento Comercial de Promociones S.A. “PRONTA”, en la parte que expresa:

“... La Contraloría General de la República fiscalizará únicamente lo que concierne al aporte patrimonial público, y la percepción de las

utilidades correspondientes, teniendo en cuenta que el patrimonio social de la Compañía no es un bien fiscal, sino un patrimonio propio, independiente y separado, afecto a la obtención de los fines sociales de la Compañía, manejado con plena autonomía administrativa”.

2o.- DEVUELVASE al señor apoderado de la Contraloría la suma depositada para gastos del proceso, la cual no fue utilizada.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Contralor General de la República. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

CAUCION—Improcedencia/DEMANDA—Requisitos/DERECHO DE DEFENSA/AVALUO CATASTRAL

El avalúo de un predio es apenas la determinación del valor económico del bien con miras a fijar la cuantía entre otros, del impuesto predial. De ahí que, cuando se objeta a través de las acciones consagradas en la ley, como la interpuesta en este caso, no procede la fijación de la caución; fijarla no solamente llevaría a contrariar lo dispuesto en el artículo 140 del C.C.A., sino a establecer requisitos no contemplados en la ley para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, con desmedro del derecho de defensa y del libre acceso a la administración de justicia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1872. Apelación Interlocutorio. Actoras: María Inés Nava de Malagón y Gregoria Nava Torres.

La apoderada de las demandantes en el expediente de la referencia, ha interpuesto el recurso de apelación contra el auto del 15 de abril de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual inadmitió la demanda.

ANTECEDENTES

LA ACCION INCOADA. En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las señoras María Inés Nava de Malagón y Gre-

SECCION PRIMERA

goria Nava Torres, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, solicitaron la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 25-899-003-88, 25-899-004-88 del 13 de enero de 1990; 25-000-0023-90 del 18 de abril y 25-000-029-90, del 20 de abril de 1990, expedidas por la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá y la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, por medio de las cuales, respectivamente, se decidió la solicitud de revisión del avalúo de unos predios de propiedad de las accionantes y se confirmó tal avalúo.

Una vez presentada la demanda, el Tribunal, en auto de 8 de octubre de 1990, dispuso que las demandantes prestaran una caución a favor del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en una de las formas previstas por el artículo 678 del C. de P.C., en un término de treinta (30) días hábiles a partir de la ejecutoria de dicho auto.

El 15 de noviembre del mismo año la apoderada de las demandantes presentó una aclaración sobre la caución decretada.

El 19 de diciembre siguiente, la misma apoderada solicita el amparo de pobreza “para efectos de liberarlas de la constitución de la caución”, en razón a que “las demandantes no se encuentran en condiciones económicas para cubrir los altos costos de la caución judicial que les fue impuesta, y a que la figura del amparo de pobreza no resulta incompatible con la naturaleza de los procedimientos y actuaciones administrativas”. En esta misma oportunidad las propietarias critican el avalúo de sus predios y expresan que “Además, debe tenerse en cuenta, señor Magistrado, que en el caso en estudio, no se trata del cuestionamiento del pago de un impuesto sino solo de la estimación de las bases, —a través del avalúo catastral— para la liquidación futura de un impuesto predial. Incluso debe considerarse que al no tratarse de un impuesto liquidado, sino del valor oficial de un inmueble a efecto de cobrarle un impuesto futuro, no daría lugar a imposición de caución alguna”.

EL AUTO APELADO

La providencia inadmisoria es del siguiente tenor:

“El despacho profirió el auto de ocho de octubre de 1990, disponiendo que previamente a la admisión de la demanda se prestara caución, para lo cual se dio un término de 30 días.

“Dicho proveído no fue impugnado, se halla ejecutoriado y ha transcurrido el término concedido sin darle cumplimiento.

“Lo anterior lleva a la sala a inadmitir la demanda”.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

Dice la actora en el recurso:

“Sin hacer consideración u observación alguna a la solicitud de amparo de pobreza propuesto en favor de mis poderdantes para que se les eximiera del cubrimiento de la caución, el Tribunal inadmitió la demanda. La sección motivó la providencia objeto del recurso, en no haberse cumplido con el requisito de constitución de la caución en el término judicial, sin entrar a considerar que dentro del mismo término, ante la imposibilidad económica en que se encontraban mis poderdantes, acudí rogando el otorgamiento del amparo de pobreza”.

Insiste la recurrente en que no se trata de la discusión de una obligación tributaria clara, expresa y actualmente exigible, “caso en el cual sí ameritaría la prestación de la caución, para garantizar el pago del impuesto y de los intereses causados, como parte del contenido teleológico de la medida precautelativa, sino que tan sólo se definió la base tributaria y el sujeto pasivo del impuesto para su imposición futura”.

Continúa diciendo la recurrente:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto, no es contra impuesto, tasa, tributo o contribución alguna, sino sobre la estimación del valor de un inmueble urbano adjudicado a mis poderdantes dentro del proceso de sucesión de sus padres, por lo tanto no existe aún impuesto o tributo liquidable”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 140 del C.C.A., decía:

“Comprobante de consignación. Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente. Terminado el proceso, la calidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente en los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resultare, si lo hubiere, con intereses comerciales corrientes sobre este saldo desde que se hizo la consignación.

“En iguales términos se devolverá la suma depositada en caso de que la sentencia fuere favorable en su totalidad al demandante.

“El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que las leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liqui-

SECCION PRIMERA

dada o debida. En los demás, bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto”.

Aunque la norma que antecede, en lo pertinente a los puntos debatidos fue declarada exequible, no sobra advertir que la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de julio de 1991, declaró inexecutable el artículo 140 del C.C.A., en la parte que dice:

“... deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado en calidad de depósito, la suma correspondiente. Terminado el proceso, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente en los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resultare, si lo hubiere, con intereses comerciales corrientes sobre este saldo desde que se hizo la consignación.

“En iguales términos devolverá la suma depositada en caso de que la sentencia fuere favorable en su totalidad al demandante.

“El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás ...”.

Claro es el sentido de la norma 140 del C.C.A. al requerir la simple caución, cuando se trate de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, pues solamente en estas circunstancias se explica el objetivo de la medida que no es otro que el de “garantizar el pago de los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto”.

En el caso de autos y como bien lo dice la parte demandante no se trata de una demanda “de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público”, sino de una de nulidad, con restablecimiento del derecho interpuesta contra unas resoluciones que dejaron en firme los avalúos de unos predios de propiedad de las demandantes.

El avalúo de un predio no significa gravamen alguno para su propietario, ni constituye crédito definitivamente liquidado, respecto de los cuales deba prestarse garantía de pago. El avalúo es apenas la determinación del valor económico del bien con miras a fijar la cuantía entre otros, del impuesto predial. De ahí que cuando se objeta a través de las acciones consagradas en la ley, como la interpuesta en este caso, no procede la fijación de la caución; fijarla, no solamente llevaría a contrariar lo dispuesto en el artículo 140 del C.C.A., sino a establecer requisitos no contemplados en la ley para el ejerci-

cio de las acciones contencioso administrativas, con desmedro desde luego, del derecho de defensa y del libre acceso a la administración de justicia.

En razón a las consideraciones que anteceden, el auto de 8 de octubre de 1990, por el cual el Tribunal de Cundinamarca en Sala Unitaria dispuso que las demandantes prestaran caución, resulta contrario a la ley. Y, a pesar de que tal proveído no fue impugnado conforme a las normas procedimentales pertinentes no puede, al parecer de la Sala, producir el efecto jurídico de llegar a constituirse en impedimento para la aceptación de la demanda, no solo en razón de su ilegalidad, sino también porque dicha circunstancia (la falta de la caución), no está contemplada como requisito de la demanda cuya omisión conduzca a inadmitir el libelo.

Porque lo cierto es que al leer el auto apelado queda la seguridad de que el único motivo para la inadmisión de la demanda fue el no haberse prestado la caución dentro del término de 30 días señalado para el efecto por el Tribunal de Cundinamarca.

Y, como ya quedó visto, la caución no está establecida por la ley como requisito de la demanda, ni como causal de inadmisión de la misma, para el caso concreto sometido a estudio.

Los artículos 137, 138, 139 y 141 del C.C.A., contemplan las exigencias y formalidades que debe contener la demanda en la generalidad de los casos, y allí no aparece la caución como requisito para su admisión.

Por su parte, de los artículos 135 y 143 del citado C.C.A., se deducen los eventos en los cuales la demanda deberá rechazarse y allí tampoco figura la falta de caución como causal de inadmisión.

No puede el juez establecer requisitos, formalidades o exigencias en la presentación o tramitación de las demandas, que no hayan sido consagradas en la ley; tampoco inadmitirla por causales diferentes a las previstas en el procedimiento.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO.— REVOCAR el auto apelado de fecha 15 de abril de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, ADMITIR la demanda presentada por las señoras MARIA INES NAVA DE MALAGON y GREGORIA NAVA TORRES, mediante apoderada, tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 25-899-003-88 y 25-899-004-88 proferidas por el Jefe de la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá;

SECCION PRIMERA

y, 25-000-0023-90 y 25-000-0029-90 proferidas por el Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca.

Para tal efecto, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Oficiése a la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá y a la Seccional de Catastro de Cundinamarca, para que en el término de ocho (8) días envíen los antecedentes administrativos de las Resoluciones acusadas. Hága-sele saber a los funcionarios correspondientes que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

e) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A. y en el Decreto Reglamentario 2867 de 1989, con el objeto de atender los gastos ordinarios del proceso, las demandantes deben consignar la suma de dos mil pesos (\$2.000.00) M/cte., dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría del Tribunal.

SEGUNDO.— TIENESE a la Doctora Mercedes Mendoza Maldonado como apoderada de la parte demandante y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi como parte demandada en este proceso.

TERCERO.— DISPONER que una vez en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que continúe conociendo del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

cio de las acciones contencioso administrativas, con desmedro desde luego, del derecho de defensa y del libre acceso a la administración de justicia.

En razón a las consideraciones que anteceden, el auto de 8 de octubre de 1990, por el cual el Tribunal de Cundinamarca en Sala Unitaria dispuso que las demandantes prestaran caución, resulta contrario a la ley. Y, a pesar de que tal proveído no fue impugnado conforme a las normas procedimentales pertinentes no puede, al parecer de la Sala, producir el efecto jurídico de llegar a constituirse en impedimento para la aceptación de la demanda, no solo en razón de su ilegalidad, sino también porque dicha circunstancia (la falta de la caución), no está contemplada como requisito de la demanda cuya omisión conduzca a inadmitir el libelo.

Porque lo cierto es que al leer el auto apelado queda la seguridad de que el único motivo para la inadmisión de la demanda fue el no haberse prestado la caución dentro del término de 30 días señalado para el efecto por el Tribunal de Cundinamarca.

Y, como ya quedó visto, la caución no está establecida por la ley como requisito de la demanda, ni como causal de inadmisión de la misma, para el caso concreto sometido a estudio.

Los artículos 137, 138, 139 y 141 del C.C.A., contemplan las exigencias y formalidades que debe contener la demanda en la generalidad de los casos, y allí no aparece la caución como requisito para su admisión.

Por su parte, de los artículos 135 y 143 del citado C.C.A., se deducen los eventos en los cuales la demanda deberá rechazarse y allí tampoco figura la falta de caución como causal de inadmisión.

No puede el juez establecer requisitos, formalidades o exigencias en la presentación o tramitación de las demandas, que no hayan sido consagradas en la ley; tampoco inadmitirla por causales diferentes a las previstas en el procedimiento.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

PRIMERO.— REVOCAR el auto apelado de fecha 15 de abril de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, ADMITIR la demanda presentada por las señoras MARIA INES NAVA DE MALAGON y GREGORIA NAVA TORRES, mediante apoderada, tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 25-899-003-88 y 25-899-004-88 proferidas por el Jefe de la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá;

SECCION PRIMERA

y, 25-000-0023-90 y 25-000-0029-90 proferidas por el Jefe de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca.

Para tal efecto, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Entréguese copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Oficiése a la Oficina Delegada de Catastro de Zipaquirá y a la Seccional de Catastro de Cundinamarca, para que en el término de ocho (8) días envíen los antecedentes administrativos de las Resoluciones acusadas. Hágame saber a los funcionarios correspondientes que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

e) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A. y en el Decreto Reglamentario 2867 de 1989, con el objeto de atender los gastos ordinarios del proceso, las demandantes deben consignar la suma de dos mil pesos (\$2.000.00) M/cte., dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría del Tribunal.

SEGUNDO.— TIENESE a la Doctora Mercedes Mendoza Maldonado como apoderada de la parte demandante y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi como parte demandada en este proceso.

TERCERO.— DISPONER que una vez en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que continúe conociendo del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo Legal

El mismo texto de la Carta en cuanto a que “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley”, está indicando que mientras que el legislador no desarrolle la norma constitucional contenida en el artículo 184, la modalidad de la pérdida de la investidura no puede operar por sí sola, sino a través de la norma legal que la reglamente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1877. Varios. Actor: José Antonio Salazar Ramírez y Otro.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de súplica interpuesto por el actor contra el auto proferido en Sala Unitaria por el Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez el 12 de diciembre de 1991 mediante el cual resuelve “Abstenerse de avocar y dar trámite a la solicitud de pérdida de la investidura de Congresista del señor Jairo Ruíz Medina, como representante del Departamento del Amazonas”.

I.— ANTECEDENTES

10.— LA ACCION INCOADA. Es la consagrada en el artículo 184 de la Constitución Nacional de 1991, según el cual la mesa directiva de la Cámara

correspondiente o cualquier ciudadano pueden solicitar la pérdida de la investidura de un congresista, la que deberá ser decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días contados a partir de la fecha de la solicitud.

II. — EL AUTO SUPLICADO

Como ya se anotó es el fechado el 12 de diciembre de 1991, por el cual el señor Consejero Sustanciador se abstuvo de avocar y dar trámite a la solicitud de pérdida de investidura del congresista Jairo Ruíz Medina. La Sala Unitaria fundamenta su determinación en los siguientes razonamientos:

“... la Constitución ha previsto un término muy corto para adoptar la decisión correspondiente, dentro del cual debe llevarse a cabo el procedimiento necesario, que deberá ser, en consecuencia, breve y sumario.

“No obstante, la Carta no previó a cuál de las Salas o Secciones del Consejo de Estado corresponde la competencia, ni el procedimiento especial correspondiente.

“En relación con este último, es decir, el procedimiento, podría pensarse que mientras se expide la ley que lo establezca y para no incurrir en denegación de justicia, debería acudir al artículo 206 del C.C.A., de acuerdo con el texto adoptado por el artículo 45 del Decreto 2304 de 1989, según el cual el procedimiento ordinario “también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial”. Sin embargo, la Sala considera que ello no es viable, ya que las etapas y términos consagrados en la ley para el desarrollo del proceso ordinario hacen físicamente imposible que el proceso pueda adelantarse y decidirse dentro del ya citado término constitucional de veinte días, que, como ya se expresó, exige que el procedimiento tenga características de brevedad muy particulares.

“En las anteriores condiciones debe concluirse, como lo hizo la Sala Plena de la Corporación en su sesión del 10 de diciembre del presente año, que la referencia que hace el artículo 184 de la Constitución en el sentido de que la pérdida de la investidura será decretada “de acuerdo con la ley”, implica que la Carta ha previsto la expedición de una ley especial que regule esta nueva institución de nuestro ordenamiento jurídico y que mientras ello no suceda, no es posible que el Consejo de Estado avoque la competencia que le ha sido asignada”.

III. — EL RECURSO INTERPUESTO

Es el de súplica y entra a considerarlo la Sala por ser el auto recurrido de carácter interlocutorio proferido por el Ponente (art. 183 del C.C.A.).

Con el recurso el actor pretende que se revoque la providencia y en su lugar se ordene tramitar la demanda argumentando, para el efecto que el artículo 184 de la Constitución Nacional y por consiguiente la institución de Pérdida de la Investidura están vigentes y que corresponde al Consejo de Estado darles aplicación; que negar el trámite del libelo equivale a una denegación de justicia y al absurdo de dejar en manos del mismo Congreso la posibilidad de poner en vigencia o no una norma constitucional, amén de que significaría que si no es expedida la ley, el artículo de la Carta Magna, tantas veces citado, jamás entraría en vigencia.

IV. — CONSIDERACIONES:

1o.— El artículo 184 de la Constitución Política actual, establece que “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado *de acuerdo con la ley*”. Si bien es cierto que en virtud de la precitada disposición en concordancia con la contenida en la regla constitucional 237 numeral 5, puede decirse que de la pérdida de la investidura conoce el Consejo de Estado, no lo es menos que aún no se ha expedido la ley que consagre la competencia en cabeza de alguna de las Salas o Secciones de la Corporación y que además determine las reglas relativas a la naturaleza de la acción, al procedimiento que deba adelantarse, a la procedencia, clase y trámite de los recursos, etc., aspectos todos ellos fundamentales e indispensables para darle plena aplicación a la nueva figura jurídica (subraya la Sala).

2o.— El mismo texto de la carta en cuanto a que “la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley”, está indicando que mientras que el legislador no desarrolle la norma constitucional contenida en el artículo 184, la modalidad de la pérdida de la investidura no puede operar por sí sola, sino a través de la norma legal que la reglamente.

3o.— En auto de 11 de diciembre de 1991 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez, expresó:

“... mientras no se expida por el Congreso de la República la ley a que se refiere la norma constitucional a observar por esta Corporación para decidir la solicitud de pérdida de investidura de Congresista, no le es posible al Consejo de Estado asumir la competencia para conocer de esta clase de solicitudes, pues, por lo demás, sabido es que no le es dado al juez crear o inventar procedimientos jurisdiccionales para la decisión de las contenciones que ante él se planteen ...”.

V. — DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de 12 de diciembre de 1991 por medio del cual el Consejero Sustanciador, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez se abstuvo de “avocar y dar trámite a la solicitud de pérdida de investidura de congresista del señor Jairo Ruíz Medina, como Representante del Departamento del Amazonas”.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala de Decisión en reunión celebrada el día 20 de febrero de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

MUNICIPIO—Creación/PURGA DE ILEGALIDAD/TERMINACION DEL PROCESO—Improcedencia

El artículo 40 transitorio de la Constitución consagró una ficción sobre la validez de las ordenanzas mediante las cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, la cual está referida a la existencia misma del acto administrativo alrededor del cual gira este proceso y sin que para nada incida el hecho de que su vigencia se haya producido con posterioridad al fallo de primera instancia. La Sala rectifica su posición jurisprudencial contenida en el auto de agosto 14 de 1991 (Exp. 795), en el cual se adoptó la decisión de que, frente a casos como el que se analiza, lo procedente era declarar la terminación del proceso por pérdida de jurisdicción sobre el acto demandado, toda vez que los principios sobre los cuales reposa la técnica jurídica indican la necesidad de evitar que subsistan decisiones jurisdiccionales que no produzcan efectos jurídicos, como sería el caso del fallo de primera instancia producido en este proceso.

REVOCA LA NULIDAD de la Ordenanza No. 004 de 1989 (noviembre 1o.) expedida por la Asamblea del Departamento del Cesar, que creó el Municipio de El Paso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1734. Actor: Municipio de Chiriguaná.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de El Paso, en su condición de parte demandada, contra el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, de fecha 9 de abril de 1991.

I. — ANTECEDENTES

a) El actor, el tipo de acción incoada, el acto acusado y las pretensiones de la demanda

El Municipio de Chiriguana, por medio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Cesar la nulidad de la Ordenanza No. 004 de 10. de noviembre de 1989, por la cual se creó el Municipio de El Paso y se dictaron otras disposiciones (fls. 106 a 109, Cdn. No. 1).

b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se infringieron los artículos 2o. y 187-4 de la Constitución Política de 1886, y 14 y 16 del Decreto-Ley 1333 de 1986, por los conceptos que de su violación expone en el correspondiente acápite de la demanda (fls. 134 a 145, Cdn. No. 1).

c) Razones de la defensa

En su contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, la parte demandada expone las razones que le asisten en defensa de la legalidad del acto acusado y solicita se denieguen las súplicas de la demanda (fls. 340 a 362 y 493 a 496, Cdn. No. 2).

d) La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 7 de febrero de 1990 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 157 a 163, Cdn. No. 1).

Mediante providencia visible a folios 364 y 365 del Cdn. No. 2 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitudes por las partes.

Dentro del término para alegar de conclusión las partes hicieron uso de tal derecho (fls. 493 a 496 y 517 a 534, Cdn. No. 2).

II. – LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de Primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que no se daban las condiciones, que como excepción a la regla general contenida en el artículo 14, consagra el artículo 16 del Decreto-Ley 1333 de 1986. Dicho en otras palabras, el Tribunal consideró que no obstante haberse acreditado dentro del proceso la existencia de yacimientos carboníferos en el área del Municipio de El Paso, existen medios adecuados de comunicación entre éste y la cabecera de Chiriguaná, además de que el concepto favorable emitido por el Departamento Nacional de Planeación no es el pertinente de que habla la norma, pues en él se remitió a lo expresado por Planeación Departamental del Cesar.

Como consecuencia de lo anterior, "... habiendo faltado dos de los requisitos exigidos por la ley para crear municipios por vía de excepción y siendo todos ellos concurrentes, no era jurídicamente posible crear el Municipio de El Paso ..." (fls. 546 a 564, Cdo. No. 2).

III. – LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la cual se encuentra contenida en un total de 63 folios, la parte demandada fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, por una parte, en el hecho, por ella detenidamente analizado, consistente en que el a-quo no valoró debidamente las pruebas aportadas al proceso, en unos casos, y en otros ni siquiera las consideró, con las cuales se demostraba fehacientemente que el Municipio de El Paso carece de medios adecuados de comunicación, y por la otra, en que el concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación no solo cumplió con el requisito que exige la norma, sino que éste se fundamentó en serios estudios técnicos y económicos, y tomando en cuenta las conveniencias administrativas que se derivarían de la creación del proyectado Municipio.

De otra parte, el recurrente expresa que la nueva Carta Política consagró en su artículo transitorio No. 40 la validez de las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990, lo cual "... tiene la virtud de convalidar, si es que a ello hubiere habido lugar, las deficiencias o ilegalidades supuestamente cometidas en la expedición de las ordenanzas creadoras de municipios, con la condición de que se hubieran adoptado o proferido antes del 31 de diciembre de 1990.

"En ningún momento el Municipio de El Paso estima que su creación haya dejado de satisfacer las condiciones excepcionales dentro de las cuales hubiera podido haber nacido; mas si ello hubiere ocurrido, la norma constitucional transcrita le da su respaldo y hace improcedente e imposible la

anulación de la ordenanza 04 de 1o. de noviembre de 1989" (fls. 17 a 79, Cdno. No. 3).

IV.— EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación considera que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda, por las siguientes razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 85 a 89, Cdno. No. 3):

Del estudio de las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso resulta que el Municipio de El Paso o bien no cuenta con "adecuados medios de comunicación" o, en muchos casos, éstos son inexistentes.

En cuanto al concepto del Departamento Administrativo de Planeación Nacional se considera que en él se concluyó, luego de analizarse detalladamente el estudio socio-económico elaborado por la Oficina de Planeación del Cesar, "... que por hallarse las vías de comunicación del municipio de El Paso en mal estado y por contar dentro de su jurisdicción con yacimientos carboníferos, se encuentra el municipio de El Paso dentro de las circunstancias exceptivas del artículo 16 del Decreto 1333 de 1986".

Finalmente, la Fiscalía llama la atención sobre lo dispuesto por el artículo 40 de las normas transitorias de la Constitución Política, a lo cual hizo referencia la parte apelante, como ya quedó reseñado.

V.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aún cuando la mayoría de las razones en que se sustentan los motivos de inconformidad del apelante frente al fallo de primera instancia se encaminan a demostrar cómo éste reposa sobre bases fácticas y jurídicas erradas, la Sala considera que el punto central que ha de ocupar su atención se circunscribe a determinar si, tal como lo insinúa la colaboradora Fiscal de esta Corporación en su concepto de fondo, y se solicita en la última parte del memorial sustentatorio del recurso, debe darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 40 transitorio de la Constitución Política, el cual señala:

"Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990".

En primer término, cabe hacer notar que las normas constitucionales no solo deben aplicarse desde el momento mismo de su entrada en vigor, sino que algunas de ellas, no obstante su transitoriedad, como el referido artículo 40, producen de pleno derecho efectos frente a las situaciones allí reguladas, así se hayan producido éstas en el pasado, como es el caso precisamente de las previstas en la citada norma constitucional.

De la aplicación de lo atrás expuesto al caso controvertido se tiene que la mencionada norma transitoria de la Carta Política consagró una ficción sobre la validez de las ordenanzas mediante las cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, la cual está referida a la existencia misma del acto administrativo alrededor del cual gira este proceso y sin que para nada incida el hecho de que su vigencia se haya producido con posterioridad al fallo de primera instancia.

En este mismo orden de ideas y tal como lo expresó esta Sala en reciente decisión, se tiene que “De la norma transcrita fluye la consecuencia de que el Constituyente, ‘en ejercicio de su poder soberano’, como lo señala el preámbulo de la Constitución, le imprimió sello de validez a todos los actos mediante los cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, independientemente de que ellos hubieran sido creados o no de conformidad con los requisitos exigidos por las normas jurídicas vigentes en ese momento de su creación y de que los actos de creación hubieran sido o no objeto de acciones por la vía contencioso administrativa; obviamente, siempre y cuando en el primer evento la posible decisión anulatoria no se haya ejecutoriado, pues en tal caso el acto de creación habrá desaparecido de la vida jurídica, debido a los efectos de la cosa juzgada” (auto de 14 de agosto de 1991, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Municipio del Líbano, Expediente No. 795).

Lo anterior implica, a juicio de la Sala, que en este momento procesal y, más concretamente a partir de la vigencia de la citada norma constitucional, no le es permitido al juzgador adentrarse en el reestudio de las posibles causales de nulidad invocadas en sustento de la demanda, ni en las razones que le asistieron al a-quo para dictar su decisión, ni mucho menos para enfrentar esta última con los argumentos expuestos en su contra por el apelante, en virtud de que, independientemente de los vicios que pudieran invalidar el acto, el artículo 40 transitorio de la Carta le imprimió, desde su nacimiento a la vida jurídica, un sello de validez de tal entidad, que cualquier controversia judicial está destinada al fracaso ante la citada presunción de derecho de categoría constitucional sobre la validez del acto.

Corolario de lo expuesto es que esta Sala habrá de proceder a la revocatoria de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, a denegar las pretensiones de la demanda.

En los términos expuestos, esta Sala rectifica su posición jurisprudencial contenida en el citado auto de 14 de agosto de 1991, en el cual se adoptó la decisión de que, frente a casos como el que se analiza, lo procedente era declarar la terminación del proceso por pérdida de jurisdicción sobre el acto demandado, toda vez que los principios sobre los que reposa la técnica jurídica indican la necesidad de evitar que subsistan decisiones jurisdiccionales que no produzcan efectos jurídicos, como sería el caso del fallo de primera instancia producido en este proceso.

SECCION PRIMERA

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.— REVOCASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, de fecha 9 de abril de 1991, mediante la cual se declaró la nulidad de la Ordenanza No. 004 de noviembre 10. de 1989, expedida por la Asamblea del Departamento del Cesar, que creó el Municipio de El Paso.

SEGUNDO.— Deniéganse las súplicas de la demanda.

TERCERO.— Reconócese al doctor Hernán Guillermo Aldana Duque como apoderado judicial del Municipio de El Paso (Cesar), en los términos y para los efectos del poder conferido (Fl. 80 Cdo. No. 3).

CUARTO.— Comuníquese esta decisión con envío de copia de la sentencia al Presidente de la Asamblea Departamental del Cesar, al Gobernador del mismo Departamento y a los Alcaldes de los Municipios de Chiriguana y El Paso.

QUINTO.— En firme este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

AERONAVEGABILIDAD/TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL

Los permisos que previamente otorgue la autoridad aeronáutica, a las empresas extranjeras para prestar el servicio de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, no sólo deben sujetarse, en el caso de inexistencia o inaplicabilidad de convenios o acuerdos internacionales a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos que debe demostrarse a la autoridad nacional, sino que es igualmente indispensable que el procedimiento o actuación administrativa precedente al permiso o autorización se surta mediante la celebración de audiencias públicas que garanticen la intervención de terceros interesados, en orden a garantizar el "adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto".

DECRETASE LA NULIDAD de los artículos 2o. del Decreto Ejecutivo No. 339 de 1991 y de la Resolución No. 1369 del mismo año proferida por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cuanto ellos no contemplan la celebración de audiencias públicas, en orden a garantizar el "Adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto", y, por el contrario, se establece que los servicios que se realicen por las empresas allí mencionadas y los permisos que se concedan no tendrán y establecerán limitaciones con respecto a dicha necesidad y conveniencia. DECRETASE LA NULIDAD de la frase: "... Para tal efecto, la autoridad aeronáutica sólo deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera", del artículo tercero del Decreto Ejecutivo 339 de 1991. DECRETASE LA NULIDAD de los artículos 1o. y 3o. del Capítulo I de la Resolución 1369 de 1991, proferida por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cuanto deja de incluir en el procedimiento para el trámite de las solicitudes de Permiso

SECCION PRIMERA

de Operación para establecer, ampliar o modificar los servicios de transporte aéreo internacional regulares de carga, el requisito de la celebración de audiencias públicas ordenado por el artículo 1861 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1730. Acción de nulidad en relación con varias disposiciones del decreto 339 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República, y de la Resolución 1369 del mismo año dictada por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Actor: Consuelo Morales Montejo.

La doctora CONSUELO MORALES MONTEJO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se decrete la nulidad de:

1. El aparte del artículo 2o. del Decreto 339 de 1991, proferido por el señor Presidente de la República que reza: (...) sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio”.

2. El aparte del artículo 3o. del mismo Decreto que dice: “Para tal efecto, la autoridad Aeronáutica sólo deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera...”.

3. El artículo Primero del Capítulo I de la Resolución 1369 de 1991 que reza: “Salvo lo previsto en los Convenios o Acuerdos Internacionales en que Colombia sea parte, los permisos de operación para la prestación de servicios de transporte aéreo internacional regulares de carga, en aeropuertos colombianos, por parte de empresas extranjeras, se someterán al procedimiento establecido en la presente Resolución”.

4. El artículo Segundo del Capítulo I de la misma Resolución, que a la letra dice: “De conformidad con lo previsto en el Artículo 2o. del Decreto 339 de 1991, los Permisos de Operación no establecerán limitaciones para las Empresas extranjeras de transporte aéreo Internacional regular de carga, por razones de necesidad del servicio, número de vuelos, capacidad de los mismos y rutas servidas, y no se requerirá de la celebración de audiencias públicas”.

5. La totalidad del artículo tercero del Capítulo I de la misma Resolución, que establece el procedimiento para el trámite de las solicitudes de Per-

miso de Operación para establecer, ampliar o modificar los servicios de transporte aéreo internacional regulares de carga.

I. – FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA ACCION

Considera la actora que con los actos acusados se vulneran las siguientes normas de rango superior: Constitucionales: el art. 11 de la Constitución Política de 1886; legales: los artículos 1852, 1857, 1860, 1861 y 1870 del Código de Comercio; el art. 18 del Código Civil, y el art. 3o. incisos 1, 7 y 8 del C.C.A.

II. – LA ACTUACION

Mediante providencia de 6 de junio de 1991, la Sección admitió la demanda por reunir los requisitos de ley, decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados y ordenó la notificación personal de la providencia a los señores Ministros de Desarrollo Económico y de Relaciones Exteriores; así como al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Este último, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, interpuso recurso de reposición contra la providencia precitada, en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional de los actos demandados, el cual fue resuelto en el proveído del 17 de julio de 1991, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

Igualmente, dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, contestó la demanda, lo cual no fue aceptado por haberse producido por fuera del término señalado para ello. Dentro de ese mismo término, la accionante presentó el respectivo alegato insistiendo en los planteamientos y en la solicitud de nulidad de los actos acusados.

Finalmente, la señora Fiscal Primera de la Corporación rindió su concepto sobre las pretensiones de la demanda.

III. – EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, en concepto de 31 de enero del presente año, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, por cuanto está de acuerdo con el criterio expresado por la Sección con motivo de la decisión de la solicitud de suspensión provisional y en donde se llega a la conclusión de que la reglamentación va más allá de las previsiones legales al exonerar a las empresas extranjeras de los trámites establecidos para la concesión de permisos de operación, como son las audiencias públicas indicadas para garantizar el análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto.

IV. - LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a.- Para proferir el decreto de suspensión provisional la Sala razonó así:

“SUSPENSION PROVISIONAL

“Considera la actora que los artículos 2o. del Decreto 339 de 1991 y 2o. de la resolución 1369 del mismo año, están en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1861 del Código de Comercio del país, y que para establecerlo basta leer las disposiciones indicadas, a lo cual procede la Sala utilizando el sistema de la doble columna, así:

ARTICULO 1861 DEL CODIGO DE COMERCIO.

“El procedimiento para la concesión de permisos de operación, así como para las modificaciones que de ellos se soliciten, serán determinados por la autoridad aeronáutica, la cual celebrará audiencias públicas que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto”.

ARTICULO 2o. del DECRETO 339 de 1991, reglamentario del indicado código.

“Salvo lo previsto en los convenios o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte de carga, sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio, números de vuelos, capacidad y rutas servidas, siempre que se otorgue una adecuada reciprocidad a empresas de transporte aéreo colombianas y cumplan los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación.

“La reciprocidad de que trata el presente artículo consiste en el otorgamiento de derechos a empresas de transporte aéreo colombianas, equivalente a los concedidos en Colombia, a una empresa extranjera, por parte de la autoridad competente del estado de bandera de dicha empresa.

PARAGRAFO. El hecho de que una empresa de transporte aéreo colombiana no utilice la reciprocidad concedida por autoridad competente de otro estado, no impide el otorgamiento del permiso de operación que solicite una empresa extranjera”.

ARTICULO 2o. DE LA RESOLUCION 1369 DE 1991 del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 2o. del Decreto 339 de 1981, los permisos de operación no establecerán limitaciones para las empresas extranjeras de transporte aéreo internacional de carga, por razones de necesidad del servicio, número de vuelo, capacidad de los mismos y rutas servidas, y no se requerirá de la celebración de audiencias públicas”.

“La accionante expresa que el quebrantamiento de la norma reglamentaria es ostensible, por cuanto la facultad del Gobierno Nacional y de la Aeronáutica Civil de establecer el procedimiento para la concesión de permisos de operación en materias aeronáuticas civiles, está restringida, exigiéndose por la norma violada, en forma prioritaria e imperativa, que todo proceso de concesión u otorgamiento de permisos de operación aeronáuticos se celebrará a través de audiencias públicas, que son indispensables para hacer efectivos los principios jurídicos de publicidad y oponibilidad que deben estar presentes en toda actuación administrativa según la ley (art. 3o. del C.C.A.), para determinar en materia de aeronáutica, la conveniencia y necesidad del servicio, audiencias públicas que se suprimen en los actos acusados al eliminar el análisis de la conveniencia y necesidad y de modo expreso en el art. 2o. de la resolución demandada.

“Para llegar a una conclusión sobre el particular, la Sala considera conveniente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1870 del Código de Comercio, invocado en la resolución acusada como fundamento de ella, que dice:

“Las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, o, cuando ellos no sean aplicables *mediante permiso previo de la autoridad aeronáutica, debiendo sujetarse, en este último caso, las respectivas licencias de operación a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos* (subrayado fuera de texto).

“Teniendo en cuenta dichas normas y otras contenidas en el capítulo I, parte 2a., Libro 5o. del Código de Comercio, que son las reglamentadas por medio del decreto ejecutivo demandado, con fundamento en el cual se dicta la Resolución también acusada en cuanto a su artículo 2o., la Sala encuentra lo siguiente:

“a) Las actividades de aeronáutica civil se rigen por el capítulo indicado del Código Civil, las cuales quedan sometidas a la inspección, vigilancia y reglamentación del gobierno. En consecuencia quedan sujetas a ese régimen las aeronaves que utilicen espacios sometidos a la soberanía nacional, así

SECCION PRIMERA

como las aeronaves de matrícula colombiana que se encuentren en espacio no sometido a la soberanía o jurisdicción de otro Estado (art. 1773 del C. de Co., invocado en el decreto acusado).

“b) Por ‘autoridad aeronáutica’ se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asume las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura, y corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos (art. 1782 del C. de Co., invocado por la resolución acusada como fundamento del reglamento que se expide por medio de ella).

“c) El Gobierno puede prohibir, condicionar y restringir, por razones de interés público la utilización de los espacios, la navegación aérea sobre determinadas regiones, el uso de ciertas aeronaves o el transporte de determinadas cosas (art. 1778 del C. de Co., también invocado por el decreto acusado, supuestamente para acondicionar el otorgamiento del permiso de operación de empresas extranjeras de transporte internacional de carga, a la adecuada reciprocidad a empresas aéreas de transporte colombianas).

“d) El artículo 1861 del C. de Co., invocado como quebrantado por la actora, establece perentoriamente que ‘el procedimiento para la concesión de permisos de operación, así como para las modificaciones que de ellos se soliciten, serán determinados por la autoridad aeronáutica —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como vimos—, *la cual celebrará audiencias públicas que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto*’ (se subraya).

“e) Finalmente, el artículo 1870 del C. de Co., invocado por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en los considerandos de su resolución acusada, preceptúa que ‘Las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales de que Colombia sea parte, o, *cuando ellos no sean aplicables, mediante permiso previo de la autoridad aeronáutica*, debiendo sujetarse, en este último caso, las respectivas licencias de operación a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos’ (se subraya por la Sala).

“Analizadas estas dos últimas normas, para la Sala es incontrovertible que los permisos que previamente otorgue la autoridad aeronáutica, a las empresas extranjeras para prestar el servicio de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, no sólo deben sujetarse, en el caso de inexistencia o inaplicabilidad de convenios o acuerdos internacionales, a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos que debe demostrarse a la autoridad nacional, sino que es igualmente indispensable que el procedimiento o actuación administrativa procedente al permiso o autorización se surta mediante la celebración de audiencias públicas que

garanticen la intervención de terceros interesados, en orden a garantizar el 'adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto'.

En consecuencia, encontrando la Sala el quebrantamiento ostensible de lo dispuesto en el artículo 1861 del Código de Comercio, que se reglamenta por los actos acusados, debe decretarse la suspensión provisional de los artículos 2o., del decreto ejecutivo 339 de 1991 y de la Resolución 1369 del mismo año del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cuanto por ellos se elimina del procedimiento administrativo la celebración de audiencias públicas, en orden a garantizar el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto por las empresas extranjeras.

“En cuanto a los artículos 3o. del decreto acusado que dice que ‘Para tal efecto, la autoridad aeronáutica *sólo* deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera’, y 1o. y 3o. de la resolución acusada, que consagran el procedimiento a que deben someterse las empresas extranjeras que soliciten la licencia o permiso para operar en Colombia, también procede el decreto de suspensión provisional, pues son simples aplicaciones de los dos artículos a que antes se refirió la Sala”.

2a.— A ello agregó, en la providencia por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, lo siguiente:

“I.— FUNDAMENTOS DEL RECURSO

“Se fundamenta en las siguientes consideraciones:

“1a.— La decisión recurrida se fundamenta en el ostensible quebrantamiento del artículo 1861 del Código de Comercio, por el cual se consagra el procedimiento para concesión de permisos de operación de empresas aéreas y sus modificaciones.

“2a.— Sin embargo, desconoce la demanda que la norma invocada está dada para regular el otorgamiento del permiso de operación a empresas nacionales que por primera vez nacen a la vida aeronáutica, para que puedan desarrollar su objeto, y a las modificaciones de dichos permisos, mas no para el otorgamiento de permiso a empresas extranjeras que ya lo tienen otorgado por su país de bandera, a las cuales les es aplicable es el art. 1870 ib.

“3a.— En efecto, las dos normas precitadas —las contenidas en los artículos 1861 y 1870 del C. de Co., incorporadas al Capítulo ‘Explo-tador de Aeronaves’, sistemáticamente analizadas llevan a la conclusión de que:

SECCION PRIMERA

“a) En los artículos 1851 a 1854, el legislador quiso establecer pautas generales para la explotación;

“b) Luego clasificó los servicios aéreos en nacionales e internacionales en el artículo 1855;

“c) A continuación, en los artículos 1856 a 1869, reguló el transporte interno nacional; y

“d) Finalmente, se ocupa el explotador extranjero en el art. 1870, no extendiéndose en más artículos sobre la materia, por ser ese tópico, el del transporte aéreo internacional, susceptible de estipulaciones internacionales, circunstancia ésta que previó acertadamente.

“4a.— Sentadas esas premisas, se tiene entonces, que mientras se trate del permiso de operación de las empresas aéreas que se constituyan en el país, la norma aplicable es el artículo 1861 del C. de Co., cuando se trate de servicios de transporte aéreo internacional por parte de empresas extranjeras en aeropuertos colombianos, es el artículo 1870 del mismo Estatuto el que rige, debiendo, adecuarse, en este caso, la respectiva licencia a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos ante la inexistencia de tratados o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte.

“En consecuencia, el artículo 1861 del C. de Co. no se quebrantó por los actos acusados, por la sencilla razón de que está conforme con las previsiones del 1870 del mismo Código, que es disposición especial que prefiere en su aplicación”.

“Para resolver, SE CONSIDERA:

“1o.— Para proferir el decreto de suspensión provisional la Sala consideró que las actividades de aeronáutica civil en Colombia se rigen por el Capítulo X del Libro 5o. del Código de Comercio, y, que, en consecuencia, están sometidas a las disposiciones contenidas en ese Libro no sólo las aeronaves de matrícula colombiana que se encuentran en espacio no sometido a la soberanía o jurisdicción de otro Estado, sino igualmente todas las aeronaves que utilicen espacios sometidos a la soberanía de Colombia, según el claro mandato contenido en el art. 1773 del C. de Co., invocado en el decreto acusado.

“2o.— Sin embargo, las aeronaves o empresas aéreas extranjeras pueden realizar servicios de *transporte aéreo internacional* en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte (parte primera del artículo 1870 del C. de Co.).

“En otras palabras, ante la inexistencia de convenios o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, las empresas aéreas extranjeras no solo deben obtener el permiso o licencia de operación que se les exige a las nacionales para el mismo objetivo, al cual debe anteceder la audiencia o audiencias públicas necesarias *que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto* (art. 1861 del C. de Co.), sino que, para que se les otorgue la susodicha licencia o permiso, es menester que demuestren, acrediten o aleguen la existencia de una adecuada reciprocidad dada a los explotadores colombianos por las autoridades del país de la bandera de la empresa que pretende operar en aeropuertos colombianos (parte in fine del precitado artículo 1870 del C. de Co.).

“La interpretación sistemática o integral de las disposiciones contenidas en el capítulo X parte segunda, del Libro 5o. del C. de Co., y, en especial de las que se encuentren en los artículos 1861 y 1870 del Estatuto, llevaron a la Sala a la conclusión de que los actos acusados quebrantan de manera ostensible las indicadas normas.

“3o.— Los argumentos expuestos por el recurrente para sustentar el recurso interpuesto, no son de recibo para la Sala, pues, de un lado, no es cierto y admisible que el servicio de transporte aéreo prestado por empresas extranjeras tan solo esté regulado por el artículo 1870 del C. de Co., no extendiéndose la reglamentación a más artículos, por ser ello materia de estipulaciones internacionales de que sea parte Colombia; la Sala ha considerado, y así lo reitera ahora, que aspectos tales como la necesidad y conveniencia del servicio propuesto por empresa o empresas extranjeras de aeronavegación, deben ser materia de análisis por parte de las autoridades aeronáuticas colombianas, previa la celebración de una audiencia, o de varias, según el caso, en donde los terceros interesados tengan la oportunidad de expresar sus opiniones sobre ese particular, como acontece en relación con las solicitudes que eleven nuevas empresas aéreas de bandera colombiana, a menos que existan convenciones o acuerdos internacionales en que la República sea parte, pues de lo contrario, como bien lo observa la demandante, se desconocería el principio de igualdad ante la ley consagrado tanto en el anterior como en el nuevo Ordenamiento Constitucional.

“De otro lado, como también lo anota la demandante, no puede presumirse que la empresa aérea extranjera posea un permiso de operación con características similares al consagrado en nuestra legislación, por el solo hecho de operar el servicio de transporte, ya que es claro que la necesidad y conveniencia del servicio propuesto podrá tener —seguramente las tendrá— relación con las del país bandera de la empresa que pretende servir aeropuertos colombianos, pero probablemente no las tendrá, o al menos no las considerará, en relación con las de los colom-

SECCION PRIMERA

bianos y las de sus empresas de aviación que ante una competencia extranjera innecesaria por la calidad del servicio que aquéllas prestan y el volumen de personas y de carga transportadas, pueden verse seriamente afectadas.

3a.— Para la Sala los argumentos expuestos para fundamentar en ellos tanto la decisión de suspensión provisional de los actos acusados, como la de no reponer la providencia en la cual ella se adoptó, conservan su vigencia, pues no se han desvirtuado por el señor apoderado de la parte demandada y, de otro lado, tampoco se encuentra motivo alguno para variarlos. Por tanto, con base en ellos, habrá de decretarse la nulidad de los actos acusados, sin necesidad de más consideraciones de carácter jurídico.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

1o.— Decrétase la nulidad de los artículos 2o. del Decreto ejecutivo No. 339 de 1991 y de la Resolución No. 1369 del mismo año proferida por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cuanto ellos no contemplan la celebración de Audiencias Públicas, en orden a garantizar el “Adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto”, y, por el contrario, se establece que los servicios que se realicen por las empresas allí mencionadas y los permisos que se concedan no tendrán y establecerán limitaciones con respecto a dicha necesidad y conveniencia.

2o.— Decrétase la nulidad de la frase: ... Para tal efecto, la autoridad aeronáutica sólo deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera”, del artículo tercero del Decreto ejecutivo 339 de 1991.

3o.— Decrétase la nulidad de los artículos 1o. y 3o. del Capítulo I de la Resolución 1369 de 1991, proferida por el señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en cuanto deja de incluir en el procedimiento para el trámite de las solicitudes de Permiso de Operación para establecer, ampliar o modificar los servicios de transporte aéreo internacional regulares de carga, el requisito de la celebración de audiencias públicas ordenado por el artículo 1861 del Código de Comercio.

4o.— Por no haberse utilizado, por la Secretaría de la Sección devuélvase la suma depositada por la demandante para gastos del proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministros de Desarrollo Económico y Relaciones Exteriores, y al señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

NOTA DE RELATORIA: La sentencia se limita a transcribir apartes de los autos de junio 6 de 1971 y julio 17 de 1991, mediante los cuales, respectivamente se decretó y confirmó la suspensión provisional de las normas demandadas, publicados en Tomos XII y XIII de Extractos.

INTRA/COMPETENCIA/AUTORIDAD DE TRANSITO/PLACA UNICA NACIONAL/CONGRESO/FACULTAD IMPOSITIVA

Como el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1147 de 1971 asignó funciones de tránsito al Intra, que era una entidad que para la época de su expedición no ostentaba la calidad de autoridad de tránsito, aquella norma quebrantó la ley vigente en ese momento. Siendo legal y válida la asignación al Intra de las funciones de elaborar o fabricar y distribuir placas, una consecuencia necesaria de dicha asignación, como garantía de su cumplimiento, es la de que ningún otro organismo o autoridad de tránsito pudiera, sin autorización del Intra, realizar las funciones legalmente asignadas a ese Instituto. Es atribución propia del Congreso Nacional, de las asambleas y de los concejos municipales, la de señalar el valor de la placa única nacional, por ser dicho valor de resorte del sistema tributario y presupuestal que sólo compete fijar a aquellos tres órganos.

DECLARASE LA NULIDAD de los literales a), b), c), e), f), g), h), i), y j) del artículo 1o. del Decreto 1147 de 1971; del parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 2199 de 1988 y de las Resoluciones 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989, expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1274. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurado por el ciudadano PABLO J. CACERES CORRALES en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 1o. del Decreto 1147 de 9 de junio de 1971, el artículo 2o. inciso 1o. y su parágrafo 2o. y el artículo 3o. del Decreto 2199 de 25 de octubre de 1988, expedidos por el Gobierno Nacional y las Resoluciones Nos. 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989 expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

I.- ANTECEDENTES

a. Los actos acusados

Son los siguientes:

1. El artículo 1o. del Decreto 1147 de 9 de junio de 1971 con excepción del literal d), expedido por el Gobierno Nacional, en el cual se señalan funciones al Instituto Nacional del Transporte (fl. 13).

2. El artículo 2o. inciso 1o. y parágrafo 2o.; y el artículo 3o. del Decreto 2199 de 25 de octubre de 1988, expedido por el Gobierno Nacional (fl. 16), en los cuales se dispone:

“Artículo 2o.: Asígnase al Instituto Nacional del Transporte INTRA, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la fabricación o elaboración de la Placa Unica Nacional y su distribución a los diferentes organismos y autoridades de tránsito del país”.

“

“Parágrafo 2o.: La Junta Directiva del INTRA fijará el valor de la Placa Unica Nacional”.

“Artículo 3o.: Ningún organismo o autoridad de tránsito podrá, sin previa autorización del INTRA fabricar o elaborar la placa única nacional, ni distribuirla a otros organismos o autoridades similares”.

3. La Resolución No. 10815 de 3 de noviembre de 1988 expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte por la cual se determinan las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la placa única nacional (fl. 4 y 5).

4. La Resolución No. 817 de 9 de febrero de 1989 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 10815 de 3 de noviembre de 1988 (fls. 8 y 9).

b. Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 21 a 29):

1. El Presidente de la República expidió en uso de facultades extraordinarias el Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970), reglamentado por el Decreto 1147 de 1971, que en su artículo 1o. otorgó al Instituto Nacional del Transporte funciones propias del control de la circulación y tránsito de personas y vehículos.

2. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2199 de 1988 en que asignó funciones, en relación con la placa única nacional, al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al Instituto Nacional del Transporte y a la Junta Directiva del INTRA, con base en el artículo 8o. del Decreto 1344 de 1970, por considerar que dichas funciones no estaban atribuidas de manera singular a ninguna otra autoridad de tránsito, sin tener en cuenta la ilegalidad de dar atribuciones de tránsito al INTRA, cuando esta entidad no está concebida en el Código de Tránsito como autoridad del ramo.

3. En virtud de la expedición del citado decreto, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte profirió las resoluciones Nos. 10815 de noviembre 3 de 1988 y 817 de febrero 9 de 1989 que no tienen otro fin que el de ordenar el cambio de la placa única actual por otra de dimensiones, colores, nomenclaturas y calidades distintas.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición de los actos acusados, se violaron las siguientes normas (fl. 30):

— Artículos 30, 43, 76 num. 13, 187, num. 7o., 191 y 197 num. 5o. de la Constitución Nacional.

— Decretos extraordinarios Nos. 1344 de 1970, 2169 de 1987 en sus artículos 3o., 4o., 8o., 88 y 97 (sic, se refiere realmente al Decreto 2169 de 1970).

— Ley 15 de 1983, artículos 49 a 60 (sic, se refiere realmente a la Ley 14 de 1983).

— Artículo 1o. del Decreto 2169 de 1988 (sic, se refiere realmente al Decreto 2199 de 1988).

Hace consistir el actor el concepto de la violación en los cargos que se resumen a continuación (fls. 21 a 54):

PRIMER CARGO.— Los actos demandados quebrantan las normas superiores enunciadas porque le adscriben funciones de circulación y tránsito al Instituto Nacional del Transporte que no es una autoridad de tránsito sino que tiene centro de sus atribuciones la de ejecutar la política del Estado en materia de transportes terrestres y cumplir una política económica no policiva.

Además, el Código Nacional de Tránsito indica taxativamente cuáles son las autoridades de tránsito en su artículo 3o., modificado por el artículo 1o. del Decreto 2169 y de manera alguna aparece el Instituto Nacional de Transporte.

Una de las funciones que los decretos demandados estimaron que no estaban específicamente asignadas a una autoridad es la relacionada con las placas. Pero la facultad de suministrar y entregar las placas está evidentemente adscrita por el Código Nacional de Tránsito directamente a las autoridades locales que reciban las solicitudes de licencia de tránsito y adelanten los trámites de la revisión, comprobación documental sobre procedencia y propiedad del automotor. Lo mismo acontece con la función exclusiva y excluyente que se dió al INTRA de fabricar, elaborar y distribuir la placa única nacional a las autoridades de tránsito del país y autorizar a otros organismos la fabricación o elaboración y distribución de las placas, que también compete a las autoridades locales, esto es, autoridades departamentales, municipales e intendenciales del ramo, vale decir, a “las oficinas de origen” y no “oficinas centrales”.

SEGUNDO CARGO.— Los actos administrativos acusados son violatorios de los artículos 43; 76 num. 13; 187 num. 7o.; 191; 197 num. 2o. y 5o. de la Constitución Nacional, al asignar a la Junta Directiva del INTRA la potestad de establecer un impuesto al “fijar el valor de la placa única nacional”, ya que el Código Nacional de Tránsito respetando los ingresos de los municipios, departamentos e intendencias que tienen la responsabilidad de la vigilancia y el control de la circulación, preceptúa en el inciso final del artículo 8o. que “asimismo, en todo tiempo, el Gobierno podrá cambiar la asignación o reparto de tales funciones, *sin alterar el origen, destino y carácter nacional, departamental o municipal de los impuestos, contribuciones o expensas que se cobren por concepto de tránsito o circulación*”. (subraya fuera de texto el actor).

Es evidentemente ilegal e inconstitucional, atribuir a la Junta Directiva del INTRA la potestad de fijar el valor de un documento público como lo son las placas, ya que compete a la ley, la ordenanza o los acuerdos municipales establecer un valor para las placas a título de impuesto o de expensa, porque así lo señalan las reglas constitucionales citadas.

TERCER CARGO.— Ilegalidad del cambio de la placa única nacional.

SECCION PRIMERA

El Código de Tránsito en su artículo 88 señala que "Al tiempo de la inscripción se asignará a cada vehículo un número de placa". En el mismo artículo, inciso primero, se dice que la placa tiene caracteres de "permanencia, intransmisibilidad y validez en toda la Nación" y que "identificará al vehículo externa y privativamente".

El pretender cambiar mediante una resolución a la que se le dan efectos retroactivos, la nomenclatura y demás elementos de identificación de las placas únicas asignadas en el momento de la inscripción y expedición de las respectivas licencias de tránsito a los vehículos que hasta la fecha de las resoluciones demandadas tenían licencia, es modificar la permanencia de la placa y sus características que el Código ha hecho inmodificables, y obligar de nuevo a los particulares al trámite de otras licencias de tránsito en las cuales deben figurar por orden del mismo, los números de las placas, además de que el Decreto 2199 de 1988 no le confiere al Ministro de Obras Públicas esta facultad.

d. Las razones de la defensa

En el escrito de sustentación del recurso de súplica interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional y en su alegato de conclusión, la parte demandada, en este caso la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y la parte impugnadora de la demanda, el ciudadano Guillermo Vargas Ayala en su propio nombre y como apoderado del Instituto Nacional del Transporte, expresan, en síntesis, lo siguiente (fls. 84 a 89; 157 a 158; 356 a 359 y 380 a 391):

1. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte argumenta:

a.) El INTRA sí es autoridad de tránsito porque el artículo 3o. del Decreto 1344 de 1970 señala dentro de las autoridades de tránsito al Consejo Superior de Tránsito, y el Decreto Ley 154 de 1976 modificó la denominación del Consejo Superior de Tránsito llamándolo: "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre". Posteriormente al Decreto Ley 1173 de 1980 dispuso en su artículo 36 que las funciones que ejerce el Consejo Nacional de Tránsito Terrestre serán ejercidas en lo sucesivo por la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte en lo que se refiere al tránsito, luego las funciones de tránsito que tenía el Consejo Nacional de Tránsito son en la actualidad del INTRA.

b.) La naturaleza jurídica del valor de la placa única nacional no corresponde a un gravamen sino que se ubica en el concepto de servicio. Es el pago de una prestación desempeñada por el INTRA o una retribución por el servicio que se le va a prestar al usuario. Establecido que no corresponde a ningún tipo de gravamen, la Junta Directiva del INTRA puede fijar el valor de la placa única nacional como una actividad encuadrada dentro de la órbita de sus funciones ordinarias.

c.) Establece el artículo 57 de la Constitución Nacional que 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 el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno. Es así como el Decreto 2199 de 1988 está expedido por el Gobierno, toda vez que aparece refrendado por el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transporte; luego el Ministro de Obras Públicas tiene facultad para dictar las resoluciones 10815 de 1988 y 817 de 1989.

d.) Finalmente sostiene la demandada que en el presente caso hay sustracción de materia porque las normas objeto de la impugnación se encontraban derogadas por la Ley 53 de 1989 que en forma expresa ha asignado al INTRA facultades y competencia como autoridad de tránsito llegando al punto de cambiar la denominación de esta entidad; y en igual forma el Decreto Ley 1809 de agosto 6 de 1990 derogó las normas acusadas al entrar a regular íntegramente la materia, asignándole al INTRA la facultad de elaborar y suministrar las placas a las demás autoridades de tránsito, por lo que se está en presencia de lo que jurisprudencialmente se llama purga de ilegalidad o convalidación de los actos administrativos.

2. Por su parte, el apoderado del Instituto Nacional del Transporte, quien obra además en nombre propio, manifiesta:

a.) El INTRA sí es autoridad de tránsito y como tal puede ejercer las funciones de circulación que la ley o el Gobierno le asignen.

b.) En el presente caso hay sustracción de materia ya que tanto las normas acusadas como las disposiciones legales que sirvieron de sustento principal al actor para incoar la acción han sido derogadas y modificadas expresamente por la ley 53 de 1989, Decreto Ley 403 de 1990 y Decreto Ley 1809 de 1990. Pero en el remoto evento de no aplicarse la teoría de la sustracción de materia y se considere que los actos acusados son ilegales, ellos han sido convalidados, purgándose así la supuesta ilegalidad.

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 auto de fecha 21 de septiembre de 1989, se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que le corresponde y se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados (fls. 69 a 77) decisión ésta última que fué revocada con excepción del Parágrafo 2o. del art. 2o. Decreto 2199 de 1988 que continúa suspendido mediante providencia de 12 de marzo de 1990, que resolvió el recurso de súplica ordinario interpuesto (fl. 201).

SECCION PRIMERA

Por auto visible al folio 238 se abstuvo el Consejero conductor del proceso de decretar pruebas por no haber sido solicitadas y ser la cuestión de puro derecho.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar, ejercieron este derecho la parte demandada (fls. 356 a 359) y la parte impugnadora de la demanda (fls. 380 a 391).

II. — EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal de la Corporación estima lo siguiente:

Desde la expedición del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970) se autorizó al Gobierno para adscribir las funciones que el mismo Código no atribuya singularmente a alguna autoridad, a las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo y en este sentido se produjo la siguiente normatividad: Decreto Ley 154 de 1976; 1173 de 1980; 2623 de 1985, Ley 33 de 1986; Decreto 2199 de 1988; Ley 53 de 1989 y Decreto 1809 de agosto 6 de 1990, este último derogatorio de todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial los decretos 460 de 1988; 2199 de 1988 y 403 de 1990.

En lo que atañe al valor de la placa, el precio de la misma obedece a un servicio público ocasional que no constituye tasa, contribución ni impuesto.

Y finalmente, siendo el INTRA autoridad de tránsito está investido de la potestad suficiente en lo que corresponde a la placa única nacional.

III. — CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala, en primer término, analizar la excepción formulada tanto por la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, así como por la parte impugnadora conformada por el ciudadano Guillermo Vargas Ayala y el Instituto Nacional del Transporte y que se hace consistir en la sustracción de materia que se presenta en este caso por cuanto las normas objeto de la impugnación se encuentran derogadas por la Ley 53 de 1989, el Decreto-Ley 403 de 1990 y el Decreto-Ley 1809 de 1990.

Al respecto, para la Sala es suficiente recordar que si bien el Consejo de Estado había aplicado tradicionalmente la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de allí se derivaba, esa posición jurisprudencial fue radicalmente modificada por la Sala Plena de la Corporación, para dar paso al fallo de mérito a pesar de que las normas acusadas hayan sido derogadas al momento de dictar sentencia, en aras de la defensa de la legalidad, cuya violación no desaparece retroactivamente por la derogatoria de la norma ilegal, y en defensa de los posibles

derechos subjetivos que hubieren sido irrespetados durante la vigencia de la norma ilegal derogada (véanse, sentencia de Sala Plena del 14 de enero de 1991, Consejero Ponente: doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Actor: Robert Bruce Raisbeck, Expediente No. S-157; y sentencia de la Sala Plena del 2 de diciembre de 1991, Consejero Ponente: doctora Dolly Pedraza de Arenas, Actor: Guillermo Chahín Lizcano y otra, Expediente No. S-167).

Por esta razón, la excepción que por sustracción de materia se ha planteado no tiene asidero jurídico y se impone un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de los actos demandados frente a las normas vigentes al momento de su expedición y por el tiempo en que hubieren permanecido vigentes aquellos actos.

Para efectos de dicho pronunciamiento, la Sala considera necesario hacer previamente las siguientes precisiones:

El actor, al señalar las normas quebrantadas (fl. 30), hace referencia, entre otras, a los artículos 49 a 60 de la Ley 15 de 1983, pero en el desarrollo de los cargos se refiere a la Ley 14 de 1983 (fl. 61) para tratar de establecer que dichas normas se consagran impuesto alguno por la expedición de placas.

Lo mismo acontece con los Decretos 2169 y 2199 que a pesar de que en el capítulo de disposiciones violadas (fl. 30) se citan, el primero de ellos como del año de 1987 y el segundo bajo el número 2169 de 1988, también en el desarrollo del concepto de la violación (fls. 37 y 52) el actor indica correctamente el año de su expedición y el número del decreto, esto es, 2169 de 1970 y 2199 de 1988. Por ello, al estudiar los cargos se tendrán en cuenta las referencias correctas de las citadas disposiciones.

EN RELACION CON EL PRIMER CARGO, según el cual los actos acusados violan las disposiciones enunciadas porque:

a) Le adscriben funciones de circulación y tránsito al Instituto Nacional del Transporte que no era autoridad de tránsito ya que sólo le correspondía ejecutar la política del Estado en materia de transporte terrestre y cumplir una política económica no policiva, además de que en el artículo 1o. del Decreto 2169 de 1970 no se encontraba enlistado como autoridad de tránsito.

b) La facultad de suministrar y entregar las placas estaba adscrita por el Código Nacional de Tránsito a las autoridades locales y por lo mismo la función exclusiva y excluyente de elaborar y distribuir la placa única nacional también competía a dichas autoridades, no siendo posible autorizar a otros organismos la fabricación o elaboración y distribución de las placas, con lo cual se violaron los artículos 88 y 97 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

SECCION PRIMERA

Para resolver el cargo es necesario, entonces, estudiar si con los acusados se estaban adscribiendo funciones de circulación y tránsito a un instituto que no posea tal calidad y si se violaron o no las normas citadas por el actor.

Al respecto, esta Corporación, en sentencia de fecha 20 de septiembre de 1990, expedientes acumulados 1043 y 1074, Ponente doctor Rodrigo Vieira, al estudiar la legalidad del Acuerdo No. 031 de 1987 emanado de la Junta Directiva del INTRA, llegó a la conclusión de que con la expedición del decreto 1173 de 1980 el "Consejo Nacional del Transporte" sustituyó al "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre", y al prescribir en su artículo 36 que las funciones que en ese entonces ejercía el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, serían ejercidas en lo sucesivo por la Junta Directiva del INTRA en lo que se refiere al tránsito, le dió al INTRA la investidura de autoridad de tránsito.

De manera pues, que, con la expedición del citado decreto de 1980 y, posteriormente con la de la Ley 53 de 1989, el Instituto Nacional del Transporte hoy denominado Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, adquirió la calidad de autoridad de tránsito.

No obstante lo anterior, como el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1147 de 1971 asignó funciones de tránsito al INTRA, que era una entidad que para la época de su expedición no ostentaba la calidad de autoridad de tránsito, según reza el artículo 2o. del Decreto Ley 2169 de 1970, aquella norma quebrantó la ley vigente en ese momento, por lo cual es procedente declarar su nulidad, con excepción del literal d) que fue expresamente excluido de la demanda. Debe aclararse, sin embargo, que no obstante que el demandante solicita la nulidad del "artículo 1o. del Decreto 1147 del 9 de junio de 1971, con excepción de su literal d)" (fl. 20 del expediente), debe entenderse que dicha solicitud está dirigida contra todos los literales de dicho artículo, salvo el citado literal d), pero no comprende el encabezamiento del artículo; pues este es necesario para conservar el sentido gramatical del literal d) cuya nulidad no se decreta.

En lo que respecta a la elaboración, fabricación y distribución de la placa única nacional, la Sala observa que si bien el inciso primero del artículo 2o. del Decreto 2199 de 1988, norma también acusada, efectivamente asigna al INTRA dichas funciones, también es cierto que la parte final del inciso hace referencia a que el INTRA hará "su distribución a los diferentes organismos y autoridades de tránsito del país", y el Parágrafo 1o. del mismo artículo reitera que "El suministro de la Placa Unica Nacional a los usuarios estará a cargo de las autoridades de tránsito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del Decreto-Ley 1344 de 1970".

La intelación lógica de las normas anteriores lleva a la Sala a considerar que existen dos grupos de funciones separadas: de una parte, las funciones

consistentes en “elaborar o fabricar y distribuir” la placa única nacional, las cuales fueron asignadas al INTRA; y, de otra parte, la función de “suministrar” directamente la placa a los usuarios, la cual fué asignada a “las autoridades de tránsito”.

En ese orden de ideas la Sala entiende que como de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 8o. del Decreto 1344 de 1970, “el gobierno adscribirá las ... demás (funciones) que este Código no atribuya singularmente a alguna, a las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo”, estaba abierta legalmente la posibilidad de que el ejecutivo, como lo hizo a través del inciso primero del artículo 2o. del Decreto 2199 de 1988, asignará al INTRA la facultad de elaborar y fabricar las placas pues, adicionalmente a lo anterior, como ya quedó establecido, a partir del Decreto 1173 de 1980 el INTRA adquirió la calidad de autoridad de tránsito. Como consecuencia de lo anterior, para la Sala es elementalmente lógico que la norma acusada asignará también al INTRA la función de distribuir las placas a los diferentes organismos y autoridades encargados de suministrarlas directamente a los usuarios.

Respecto de la posible violación de los artículos 88 y 97 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, modificado el último por el artículo 13 del Decreto Ley 2169 de 1970, la Sala no encuentra la transgresión alegada por el actor, ya que a pesar de que pueda concluirse que dichas normas consagraban para las autoridades locales de tránsito la función de “entregar al interesado” las placas correspondientes, ya se vio que la norma acusada asigna al INTRA las funciones de “elaborar o fabricar” las placas y de “distribuir las” a los diferentes organismos y autoridades encargados de suministrarlas (o entregarlas, agrega la Sala) a los usuarios, con lo cual se estaba precisamente respetando el sentido de las normas que el actor considera violadas.

Finalmente, en relación con la posible ilegalidad del artículo del artículo 3o. del Decreto 2199 de 1988, la Sala tampoco la encuentra ya que siendo legal y válida la asignación al INTRA de las funciones de elaborar o fabricar y distribuir las placas, una consecuencia necesaria de dicha asignación, como garantía de su cumplimiento, es la de que ningún otro organismo o autoridad de tránsito pudiera, sin autorización del INTRA, realizar las funciones legalmente asignadas a ese Instituto.

Por las razones expuestas, este cargo sólo prospera parcialmente en relación con la ilegalidad del artículo 1o. del Decreto 1147 de 1971, con excepción de su literal d).

EN RELACION CON EL SEGUNDO CARGO. Según este cargo, los actos administrativos acusados son violatorios de los artículos 43, 76 num. 13, 187 num. 7o., 191, 197 numerales 2o. y 5o. de la Constitución Nacional de 1886, al asignar a la Junta Directiva la potestad de establecer un impuesto

SECCION PRIMERA

al fijar el valor de la placa única nacional, ya que compete a la ley, ordenanzas o acuerdos municipales establecer dicho valor a título de impuesto o de expensa.

Al estudiar este cargo la Sala encuentra que conservan su valor las argumentaciones que motivaron el decreto de suspensión provisional del Parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 2199 de 1988, por haberse conferido, a través de un simple decreto reglamentario y en contra de la Carta Fundamental, atribuciones propias del Congreso Nacional, de las asambleas y de los concejos municipales, como es la de señalar el valor de la placa única nacional, por ser dicho valor del resorte del sistema tributario y presupuestal que sólo compete fijar a aquellos tres órganos.

Sobre este particular razonó así la Sala al decretar la suspensión provisional:

“Específicamente en cuanto hace al Parágrafo 2o., del artículo 2o. del Decreto 2199/88, según el cual “La Junta Directiva del Intra fijará el valor de la Placa Unica Nacional”, está confiriendo en contra de la Carta Fundamental atribuciones propias del Congreso Nacional, de las Asambleas y de los Concejos Municipales, en cuestiones de tránsito, a una autoridad de transporte, ya se trate el valor de dicha Placa Unica de una contribución, de una tasa o de un impuesto, tributo o expensa, toda vez que tal valor es de resorte del sistema tributario “de rentas del Estado, de lo fiscal y presupuestal”, que solamente compete señalar a aquellos tres órganos de los órdenes nacional, departamental y municipal, conforme al artículo 43 de la Carta. Además tal Parágrafo 2o. contraría al artículo 8o. del Decreto 1344 de 1970. Prospera, también, el cargo segundo” (auto del 21 de septiembre de 1989, fl. 74 del expediente).

Y al resolver el recurso de súplica interpuesto contra el decreto de suspensión provisional, dijo la Sala en relación con este cargo:

“Acerca de la atribución conferida a la Junta Directiva del Intra por el Decreto 2199 de 1988 en el parágrafo 2 de su artículo 2o. para fijar el valor de la Placa Unica Nacional, concuerda la Sala con las apreciaciones de la providencia suplicada porque se advierte prima facie que se trata de una carga pecuniaria impuesta sobre el administrado y que a su vez constituye ingreso público para el Intra – sea como quiera que se denomine tal valor: Impuesto, tasa, contribución, expensas etc. – que sólo puede ser establecida o autorizada por el Legislador (ordinario o extraordinario), las Asambleas, o los Concejos dentro de sus órbitas de actividad cual lo previenen los textos constitucionales que se han señalado como desconocidos, a saber: los artículos 43, 76-13, 187-7, 191 y 197-5.

“Y todavía se advierte la siguiente incongruencia: el Decreto 2199 de 1988 persigue según su motivación, en virtud del artículo 8o. del Decreto 1344 de 1970, “establecer la competencia para determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la Placa Única Nacional, así como la entidad responsable por su fabricación o elaboración y distribución”. Luego la potestad de fijar el precio de la placa no se encuentra relacionada en este texto deduciéndose también que mucho menos podía hacerse delegación de ella a la susodicha Junta Directiva del Intra” (auto del 12 de marzo de 1990, fls. 213-214 del expediente).

En relación con las anteriores argumentaciones, a pesar de que las partes demandada e impugnante insisten en hacer notar que el artículo 13 de la Ley 53 de 1989 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Nacional de Tránsito Terrestre en lo referente a licencias de conducción, licencias de tránsito, autoridades, placas, etc., y que, en desarrollo de dichas facultades se expidieron los Decretos 403 de 1990 y 1809 del mismo año, en que se autoriza al INTRA para fijar el valor de la placa única nacional teniendo en cuenta los costos de elaboración y suministro a las autoridades de tránsito, es evidente que dichas facultades y decretos extraordinarios sólo tienen vigencia hacia el futuro y no pueden darle sustento legal retroactivo a normas que fueron expedidas sin ese fundamento, mucho menos cuando, como en el caso presente, se está analizando la legalidad de un acto administrativo en relación con el régimen jurídico vigente al momento de su expedición. Por lo tanto, como para la fecha en que se produjo el acto acusado (25 de octubre de 1988), no existía norma legal que lo sustentara como lo alega el actor y sin que las partes demandada y coadyuvante hayan siquiera tratado de demostrar lo contrario, y no habiendo la Sala detectado una norma en tal sentido, la consecuencia necesaria es la prosperidad del cargo y la consiguiente declaratoria de nulidad de dicho acto.

EN RELACION CON EL TERCER CARGO.— “Ilegalidad del cambio de la placa única nacional”. Frente a este cargo, el actor hace consistir la violación en el hecho de que el Código de Tránsito en su artículo 88 le da a la placa caracteres de permanencia, intransmisibilidad y validez en toda la nación, de tal manera que pretender cambiar mediante una resolución, a la que se le dan efectos retroactivos, la nomenclatura y demás elementos de identificación de las placas únicas, es modificar la permanencia y características que el Código ha hecho inmodificables, además de que el Ministro de Obras Públicas no tenía tal facultad.

Para el estudio de este cargo es preciso hacer referencia a la sentencia citada ab initio de las consideraciones, toda vez que la situación allí analizada, por tratarse de una misma materia, permite que se tengan como valederos los planteamientos esgrimidos. En efecto:

SECCION PRIMERA

En el precitado fallo, al examinar el Acuerdo 031 de 1987 de la Junta Directiva del INTRA "Por el cual se modifica la placa única nacional", encontró esta Corporación que tal modificación era violatoria del principio de permanencia atribuida en el artículo 88 del Decreto 1344 de 1977 a la placa vehicular, la que tiene carácter de inmodificable por ser este documento el que identifica e individualiza el vehículo en el tiempo y en el espacio, constituyendo la carta de presentación del mismo. Lo que no significa que no se puedan introducir a la placa los cambios que la técnica, la operatividad y sistematización de los mecanismos de tránsito impongan o demanden, ya que esto será jurídicamente posible en la medida en que exista un mandamiento jurídico de igual o superior jerarquía que así lo determine y que precise su ámbito de validez.

Como se puede observar, en el evento sub lite subsisten las mismas circunstancias que condujeron a la Sala en su oportunidad a declarar la nulidad del citado acuerdo, pues, de una parte, si bien es cierto que el artículo 1o. del Decreto 2199 de 1988 había designado al Ministro de Obras Públicas, como la autoridad de tránsito encargada de determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la placa única nacional, no es menos cierto que se requería de una norma de igual jerarquía a la del Decreto Ley 1344 de 1977 que variará el carácter de permanencia atribuido a la placa única nacional en el decreto citado, de tal manera que, en el caso que nos ocupa, las Resoluciones Nos. 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de febrero 9 de 1989 proferidas por el Ministro de Obras Públicas, carecían de la fuerza jurídica capaz de derogar las normas aplicables en el momento en que se produjeron dichos actos acusados. Por tal razón el cargo está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

PRIMERO.— Declárase la nulidad de los siguientes actos, con efectos durante el tiempo en que hubieren tenido vigencia:

a.— De los literales a), b), c), e), f), g), h), i) y j) del artículo 1o. del Decreto 1147 de 1971.

b.— Del párrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 2199 de 1988.

c.— De las Resoluciones 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989, expedidas por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

SEGUNDO.— Deniégase la declaratoria de nulidad del inciso 1o. del artículo 2o. y del artículo 3o. del Decreto 2199 de 1988.

TERCERO.— Comuníquese esta decisión, con envío de copia íntegra de la sentencia, al Ministro de Obras Públicas y Transporte y al Director General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito — INTRA —.

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 veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y dos.

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

**REGISTRO DE MARCA/SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO— Facultades/DERECHO DE PRIORIDAD— Improcedencia**

La expresión "Volvo", cuyo registro como marca fue denegado por la resolución acusada no cabe duda que tiene enorme semejanza gráfica, ortográfica y fonética con la marca Volmo, cuyo registro se le opusiera, semejanza que ciertamente induce al público a error. Tales semejanzas implican un medio o sistema encaminado a crear confusión respecto de los productos de la sociedad industrial Volmo S. A., como así lo entendió acertadamente la Superintendencia de Industria y Comercio. Como el término de seis meses previsto en la norma que permite solicitar válidamente la prioridad de la solicitud de registro, estaba en exceso vencido, tal circunstancia no da, ni daba para ese entonces derechos a que se la reconociera. La protección legal de la propiedad de la marca sólo surgirá con el lleno de los requisitos previos de la respectiva ley nacional, lo cual se traduce en que la prioridad reclamada quedaría supeditada a que se cumplieran las exigencias contenidas en las disposiciones que regulan la materia que, en nuestro caso, se encuentra en el Código de Comercio. La marca Volvo es notoria para distinguir vehículos, productos comprendidos en la clase 12 del Decreto 755 de 1972, que no son similares a los comprendidos en la clase 7 *ibídem*.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO/INTERPRETACION PREJUDICIAL/
DERECHO ANDINO/DERECHO COMUNITARIO**

La interpretación prejudicial hecha por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, respecto de las normas de la Decisión 85, aprobada por el Decreto 1190 de 1978, se respetará en el presente litigio, dado el carácter obligatorio que tiene por corresponder a un pronunciamiento definitorio del derecho andino hecho con autoridad por aquel Tribunal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 491. Actor: Sociedad Aktiebolaget Volvo.

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 AKTIEBOLAGET VOLVO en virtud del silencio administrativo negativo de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la solicitud de registro de la marca VOLVO en la clase séptima (7a.) del Decreto 755 de 1972.

I.— ANTECEDENTES

a.— El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO, de nacionalidad sueca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demanda de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones (fls. 182 a 184 del Cdno. No. 1):

1. Que se tenga por denegada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, la solicitud que ante esa División fue presentada el 29 de enero de 1976, a nombre de AKTIEBOLAGET VOLVO, y a la que se le asignó el número de expediente 156.315, para el registro de la expresión VOLVO como marca para distinguir productos de la clase séptima (7a.) del Decreto 755 de 1972.

2. Que se tenga por denegado, de acuerdo con el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de apelación que se interpuso el 25 de abril de 1984 ante el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico contra la Resolución No. 8082 del 14 de noviembre de 1983, notificada el 3 de abril de 1984 por Edicto No. 52 que fue desfijado el 16 de abril de 1984 y mediante la cual se decidió negativamente la solicitud mencionada en el numeral anterior.

3. Que por sentencia se declare la nulidad por ilegalidad de la decisión resultante del silencio administrativo negativo de la División de Propiedad

Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto de la solicitud de registro de la marca VOLVO, en la clase séptima (7a.), a la que se hace referencia en las dos peticiones precedentes.

4. Que en consecuencia, por sentencia se declare que la referida División no puede negar el registro de la marca VOLVO para distinguir artículos de la clase séptima del Decreto 755 de 1972, a favor de la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO.

5. Que se ordene la publicación de la sentencia que haya de recaer en este proceso en la Gaceta de Propiedad Industrial.

b.— El acto acusado (fls. 122 a 125 del cdno. No. 1)

De las peticiones precedentes se desprende que los actos acusados son la Resolución No. 8082 del 14 de noviembre de 1983 y los silencios administrativos resultantes de la petición presentada el 29 de enero de 1976 y del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 8082 citada. Esta última contiene fundamentalmente las siguientes decisiones:

1. Declárase fundada la oposición promovida contra el registro de la marca VOLVO, para distinguir productos de la clase 7 del Decreto 755 de 1972.

2. Niégase el registro de la expresión VOLVO, como marca de fábrica y comercio para distinguir productos de la clase 7 del Decreto 755 de 1972.

3. Declárase infundada la oposición promovida por AKTIEBOLAGET VOLVO contra el registro de la expresión VOLMO, como marca de fábrica y comercio para distinguir productos de la clase 7 del Decreto 755 de 1972.

4. Concédese el registro de la marca VOLMO a favor de INDUSTRIAS VOLMO LTDA., domiciliada en Bogotá, por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de esta Resolución, para distinguir "Máquinas de coser de pedal o accionadas mecánicamente", producto comprendido en la clase 7 del Decreto 755 de 1972.

5. Por la Secretaría de la División de Propiedad Industrial háganse las anotaciones correspondientes en los Libros de Registro de Propiedad Industrial.

c.— Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 184 a 213):

1. AKTIEBOLAGET VOLVO es una sociedad sueca con domicilio en Gotemburgo, ciudad de dicho país.

2. El nombre comercial de la sociedad es VOLVO que ha utilizado y utiliza como marca para la mayoría de sus productos que fabrica directamente o por medio de sus filiales en muchos países, donde también tiene registrada dicha marca.

3. En Colombia se registró la marca VOLVO para distinguir todos los productos de la clase 12 del Decreto 1707 de 1931, lo que ocurrió sin ningún distintivo a través de los certificados Nos. 34.288 y 34.289.

4. Al entrar en vigencia en Colombia la clasificación internacional de marcas, aprobada por Decreto 755 de 1972, mediante solicitud que se tramitó en el expediente No. 148.134, los registros aludidos en el numeral que antecede fueron reclasificados en la clase doce del citado Decreto 755, omitiendo reclasificar, amén de otros productos, también las dos marcas para que quedaran así amparados los productos correspondientes en la clase 7a. como era lo procedente, razón por la cual la demandante solicitó el registro para la marca VOLVO en esta clase 7a. de aquel Decreto, lo cual hizo el 29 de enero de 1976. E, igualmente, solicitó la ampliación de la reclasificación de los registros 34.288 y 34.289 que se había hecho el 23 de octubre de 1974, solicitud que se presentó el 8 de agosto de 1979.

5. AKTIEBOLAGET tenía derecho a la ampliación de la reclasificación por cuanto al solicitar los registros de su marca VOLVO se enunció en su totalidad el encabezamiento de la clase doce (12), con lo cual se indicó que no se hacía exclusión alguna, pero que así quedaran incluidos productos que con posterioridad corresponderían a diversas clases de la clasificación adoptada posteriormente por el Decreto 755 de 1972, entre otros los que irían a corresponder a la clase séptima (7a.).

6. No obstante que VOLVO tenía derecho a la ampliación de la reclasificación, ésta fue negada por Resolución No. 03709 de 26 de septiembre de 1980, contra la que oportunamente se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, los que fueron decididos desfavorablemente por las Resoluciones 08325 de 25 de noviembre de 1983 y 0530 de 21 de marzo de 1985, respectivamente.

7. La solicitud de registro de la marca VOLVO en la clase séptima, hecha el 29 de enero de 1976, publicada en la Gaceta 223 de 4 de diciembre del mismo año, fué objeto de demanda de oposición por la sociedad INDUSTRIAS VOLMO, S. A., domiciliada en Bogotá, el 5 de marzo de 1977, fundada en el registro de la marca VOLMO, la cual no fue solicitada ni tampoco registrada para distinguir todos los productos de la clase veinte (20) del Decreto 1707 de 1931, sino tan solo algunos de ellos, como en efecto se

SECCION PRIMERA

indicó desde su solicitud original "para distinguir aparatos y accesorios eléctricos, especialmente ventiladores, licuadoras, aspiradoras y demás artículos electrodomésticos; artículos comprendidos en la clase 20 del Decreto 1707 de 1931", presentada el 9 de diciembre de 1965.

8. El registro otorgado para la marca VOLMO el 3 de noviembre de 1966, bajo el número 62.836, a favor de la sociedad MOISES VOLOVITZ & CIA. LTDA., domiciliada en Bogotá, fué concedido para distinguir tan sólo los productos para los que había sido solicitada la marca, aunque algunos de ellos fueron identificados de manera distinta en la solicitud y en el registro ya que en aquella se mencionaron los 'artículos electrodomésticos' y en éste los 'artículos eléctricos', como se aprecian en la publicación respectiva donde se lee:

"Denominada: Volmo, Número 62.836 del 3 de noviembre de 1966. Expediente número 95.359. Distingue: Aparatos y accesorios eléctricos, especialmente ventiladores, licuadoras, aspiradoras y demás artículos eléctricos; artículos comprendidos en la clase 20 del Decreto 1707 de 1931, de propiedad de la sociedad Moisés Volovitz & Cía. Limitada, domiciliada en Bogotá, Colombia".

9. El anterior registro para la marca VOLMO fué traspasado posteriormente a favor de la sociedad INDUSTRIAS VOLMO S. A., domiciliada en Bogotá y reclasificado, entre otras, en la clase séptima (7a.) del Decreto 755 de 1972, para amparar en dicha clase los muy limitados productos correspondientes a ella que habían quedado amparados por el registro original.

10. En vista de la oposición presentada por la sociedad INDUSTRIAS VOLMO S. A., y consciente de tener un mejor derecho para el registro de la marca VOLVO en la clase séptima (7a.) para distinguir los productos señalados en la solicitud, no sólo por tratarse de una solicitud anterior para tales productos sino también porque tales productos no podían confundirse con los muy restringidos amparados por la marca VOLMO, la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO adicionó la solicitud de registro en la clase séptima (7a.), en el sentido de reivindicar válidamente para ella las siguientes prioridades:

a) La fundamentada en lo previsto por la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, firmada en Washington en 1929, y aprobada en Colombia por la ley 59 de 1936, derivada del registro de la marca VOLVO en el Perú No. 38.580, de fecha 24 de diciembre de 1952 para distinguir los productos de la clase séptima (7a.) de la clasificación internacional, o sea, la que fue adoptada por Colombia mediante el Decreto 755 de 1972.

b) La fundamentada en el Tratado para el Desarrollo de las Relaciones Comerciales con Suecia, aprobado por la Ley 58 de 1928, que hace extensiva la prioridad consagrada en la Convención de Washington a los nacionales suecos, y derivada de los registros que la sociedad demandante reseña a folios 202 del Cdno. No. 1.

11. El derecho de prioridad está consagrado en la ley colombiana, en la citada Convención de Washington y en la Convención General Interamericana de protección Marcaria y Comercial.

12. Como la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO tiene legalmente protegida su marca VOLVO en el Perú, y como el Perú es país parte de la Convención de Washington, lo mismo que Colombia, la citada sociedad puede reivindicar válidamente en Colombia la prioridad consagrada en la mencionada Convención, del registro obtenido en otro Estado parte de ella, como es en este caso el Perú.

13. VOLVO está facultada legalmente para reivindicar no sólo la prioridad derivada del registro de la marca VOLVO en el Perú sino también la derivada de los registros de la marca VOLVO en Suecia porque este país tiene pactada en Colombia la cláusula de la nación más favorecida en asuntos comerciales, que incluyen la propiedad industrial, por medio del Tratado aludido en el hecho 10.b), en virtud del cual los colombianos en Suecia y los suecos en Colombia pueden invocar cualesquiera favores que el otro Estado haya concedido a terceros Estados.

14. Por auto del 16 de marzo de 1982 la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó, sin estar prevista en la ley, la mal llamada "fusión" de los expedientes números 156.315 y 160.219, o sea del expediente en que se tramitaba la solicitud de registro de la marca VOLVO de AKTIEBOLAGET VOLVO y a la que se había opuesto INDUSTRIAS VOLMO S. A., con el expediente en que se tramitaba la solicitud de registro de la marca VOLMO de INDUSTRIAS VOLMO S. A. y a las que se había opuesto AKTIEBOLAGET VOLVO.

15. Pesé a los hechos anteriores, es decir, sin tener en cuenta que la solicitud de AKTIEBOLAGET No. 156.315 para el registro de la marca VOLVO en la clase 7a. del Decreto 755 de 1972 era anterior a la solicitud de INDUSTRIAS VOLMO S. A. No. 160.219 para el registro de la marca VOLMO, en la misma clase; sin pronunciarse en manera alguna sobre la indebida reclasificación de la marca VOLVO No. 62.836; y sin pronunciarse tampoco en ninguna forma sobre la reivindicación de prioridad incluida en la solicitud No. 156.315 de AKTIEBOLAGET, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por Resolución No. 8082 del 14 de noviembre de 1983, notificada el 3 de abril de 1984, negó la solicitud No. 156.315 para el registro de la marca VOLVO a favor de

AKTIEBOLAGET VOLVO y ordenó en cambio el registro de la marca tramitada en el expediente posterior No. 160.219, o sea el registro de la marca VOLMO a favor de INDUSTRIAS VOLMO, S. A.

16. Mediante Mercantil radicado ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio el 25 de marzo de 1984, AKTIEBOLAGET VOLVO interpuso recurso de apelación contra la Resolución citada en el punto anterior, habiendo transcurrido desde entonces más de dos años sin que sobre él haya recaído ninguna decisión, por lo cual se ha operado el silencio administrativo negativo, entendiéndose negado el recurso, conforme al artículo 60 del C.C.A.

d.— Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls. 214 a 217 y 925 a 954):

Artículo 586, numeral 1, del Código de Comercio, porque no se tuvo en cuenta la prohibición establecida en esta norma en el sentido de que no podrán registrarse como marcas las que se asemejen a una marca solicitada con anterioridad por un tercero, como tampoco las que se asemejen a una marca aún solicitada posteriormente pero con reivindicación válida de una prioridad.

Artículo 58, literales f) y g), de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena aprobada por el Decreto 1190 de 1978, porque según esta disposición — literal f) — no podrán ser objeto de registro como marcas las que sean confundibles con otras solicitadas con anterioridad y además con las solicitadas con reivindicación válida de una prioridad, lo que no se tuvo en cuenta al ordenarse el registro de la marca VOLMO, solicitada el 12 de agosto de 1976, no obstante la existencia de la solicitud anterior presentada el 29 de enero para el registro de la marca VOLVO, como tampoco se tuvo en cuenta que conforme a la misma norma — literal g) — no podrán ser objeto de registro como marcas las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior, como es el caso de la marca VOLVO, para productos o servicios idénticos o similares.

Artículo 62 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, porque no se tuvo en cuenta lo dispuesto en esta norma respecto del examen que de las solicitudes debe hacer la Oficina Nacional competente, o sea la División de Propiedad Industrial, a la luz de lo consignado en los literales f) y g) del artículo 58 *ibídem*.

Artículo 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, ya que no se tuvo en cuenta lo establecido en esta disposición respecto de que en caso de

incumplimiento de la advertencia, en este caso de lo dispuesto en los literales f) y g) del artículo 58 de la Decisión, podía decidir sobre el rechazo de la solicitud.

Artículo 30. del Decreto 755 de 1972, porque según esta norma las reclasificaciones de marcas deben limitarse a los productos comprendidos en la clase a que se refiere la clasificación anterior y no pueden extenderse a los demás productos de la nueva clase, aspecto que dejó de examinarse al negarse el registro de la marca VOLVO, con base en la existencia del registro No. 62.836 para la marca VOLMO, reclasificada en la clase 7a. del Decreto 755 de 1972.

Artículos 1 y 7 de la Convención Interamericana de Washington de 1929, aprobada por la Ley 59 de 1936 y Tratado para el Desarrollo de las Relaciones Comerciales con Suecia, aprobado por la Ley 58 de 1928, porque no se tuvieron en cuenta estas reglas, omisión que condujo a la negativa del registro de la marca VOLVO a favor de AKTIEBOLAGET, no obstante haberse reclamado prioridad válidamente por éste.

e.— Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada INDUSTRIAS VOLMO S. A. expresa, en síntesis los siguientes argumentos (fls. 291 a 304 y 956 a 966):

El acto de pedir la reclasificación de productos para ciertas clases es inmodificable, pues artículos no reclasificados en su debida oportunidad equivalen a artículos excluidos del registro. Una vez ejercido el derecho a reclasificar éste se agota, y por consiguiente pretender pedir adiciones a la reclasificación con posterioridad a la oportunidad legal para hacerlo, carece de apoyo legal.

La teoría de la reivindicación de prioridad que alega la demandante como fundamento de sus pretendidos derechos no existe porque se basa en una incorrecta interpretación de la Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial de Washington de 1929 que no comparte la jurisprudencia ni la doctrina colombianas y porque su extensión (la de la Convención) al Reino de Suecia por existir un Tratado firmado entre Colombia y Suecia se funda en una concepción equivocada de la llamada cláusula de nación más favorecida.

El profesor Manuel Pachón expresa que “el derecho a reclamar prioridad (por elipsis “derecho de prioridad”) implica siempre que la misma persona (o su causahabiente) presenta dos solicitudes en dos países, y otorga a quien lo puede invocar, el derecho a que la segunda solicitud en el tiempo se juzgue, en cuanto a la viabilidad del registro no por la fecha de presenta-

ción en el segundo país, sino por la fecha de la primera solicitud, por lo cual los hechos ocurridos en el período entre la presentación de la solicitud en el extranjero y en el país en donde se invoca la prioridad, no afectan la registrabilidad y las solicitudes presentadas por terceros en ese intervalo no pueden dar lugar al nacimiento de un derecho válido" ("Las preferencias en las solicitudes de los registros marcarios". Bogotá, Temis, 1983, págs. 4 y 5).

Esta noción de prioridad está en un todo de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena: "La admisión de la solicitud de registro de una marca en un país miembro, otorgará al peticionario un derecho de prioridad durante un plazo de seis meses para que dentro del mismo pueda solicitar el registro en otros países miembros".

Vencido el término previsto en la norma que fija la prioridad, el hecho de haberse solicitado el registro, ni el hecho de haberse otorgado en un país extranjero, da derecho a alegar prioridad.

Esta noción no la extiende la doctrina colombiana a la Convención de Washington, sobre cuyo alcance se pronunció la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 10 de noviembre de 1983 (Vergara-Molano Alberto. 14 años de jurisprudencia, V.I., Bogotá, Foro de la Justicia, págs. 433 a 453) dejando claro la no existencia de prioridad bajo la Convención.

La interpretación que la sociedad actora hace sobre la cláusula de nación más favorecida no se acomoda a la que normalmente se da en derecho internacional público.

De acuerdo con lo previsto en el artículo I del Convenio Colombo-sueco, la cláusula de la nación más favorecida se aplica en lo referente al derecho de sus ciudadanos, tratamiento de mercancías de importación, exportación y tránsito y en lo relativo a la navegación, es decir, opera para ciertas y determinadas materias y no en forma absolutamente general, como lo pretende la actora.

Y de acuerdo con el artículo II de dicho tratado, los derechos de los nacionales suecos en Colombia (igualdad interna) existen únicamente en lo que toca a: protección de sus personas y sus bienes, el ejercicio del comercio, de la navegación y de la industria, el derecho de poseer bienes muebles o inmuebles y disponer de ellos, obligación de pagar impuestos, tributos, pero no incluye la propiedad industrial.

Ahora bien, dice la demanda, afirmar que la noción de comercio equivale a propiedad industrial es un grave error, son conceptos distintos. Comercio es una actividad mientras que propiedad industrial es un conjunto de normas que regulan la protección de derechos especiales de las personas como marcas, nombres, enseññas, patentes, modelos.

La anterior interpretación aparece confirmada por fallos como los del Tribunal Comercial del Sena en el caso *Lloyds Bank v. De Ricgles and De Gaillard*; de la Corte de Apelación de París de 1947 en el caso *Nacional Provincial Bank v. Dollfus*; y de la Corte Suprema del Estado de Washington en 1928, en el caso *Lukich v. Department of Labor and Industries*, entre otros.

Así pues, un tratado sobre comercio, como es el firmado entre el Reino de Suecia y Colombia no se refiere a la propiedad industrial.

El hecho de que en el Tratado entre Colombia y Suecia figure la cláusula de nación más favorecida, no significa que se deba aplicar a la propiedad industrial, porque la cláusula de nación más favorecida es de interpretación más restringida, y comercio no equivale a materias regidas por el derecho comercial y menos a derecho de propiedad industrial, que es el criterio de la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias.

La existencia de la Convención de Washington tampoco favorece para nada las pretensiones del actor porque sus disposiciones sólo son aplicables a los nacionales de los países miembros y a las sociedades que tengan un establecimiento serio. La sociedad actora no tiene un establecimiento real y serio en ningún país signatario. La demandante manifiesta que los establecimientos fabriles en Perú y Estados Unidos son propiedad de VOLVO del Perú y de VOLVO of America Corp., entes diferentes a la sociedad actora y que no configuran como demandantes en este proceso.

f.- La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante auto de 16 de diciembre de 1986 (fl. 250) se admitió la demanda.

Mediante proveído del 8 de mayo de 1987 se tuvo por contestada la demanda y se abrió el proceso a pruebas, decretando las pedidas por la parte actora, ya que la demandada no solicitó por estimar que lo que se discute son puntos de derecho (fls. 308 y 309).

Entre las que se ordenaron se sometió el caso planteado a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, para lo cual se dispuso agregar como anexo a la solicitud correspondiente, fotocopia auténtica de la demanda.

SECCION PRIMERA

Esta interpretación fue evacuada mediante la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y que obra a folios 595 a 623 del Cdno. No. 1.

Mediante proveído del 14 de noviembre de 1990 (fl. 915 del Cdno. 1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término del cual hicieron uso la parte actora y la demandada Industrias VOLMO S. A..

II.— EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 968 a 972 del Cdno. No. 1):

Al tenor de lo que se evidencia en el proceso las dos peticiones contenidas en los expedientes 156.315 y 160.219 se refieren a productos que se encuentran delimitados dentro de la clase 7a. y prestan en sí diferentes servicios o fines, de tal manera que no era en efecto registrable en la clase 7a. la denominada VOLVO por ser, de acuerdo con el fallo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, confundible fácilmente con la marca VOLMO, mediante por lo demás el hecho de que si bien VOLVO se registró desde el año de 1954 y VOLMO desde el año de 1965, sin embargo la primera se inscribió para la clase 12 y la otra para la clase 7a.

Como según el Tribunal citado “De acuerdo con el art. 68 de la Decisión 85 ‘el registro de una marca y su protección se extenderán solamente a una clase’, entonces el derecho a la marca no se extiende a productos que estén clasificados en un grupo distinto del nomenclador o nomenclátor oficial, así se trate de productos que puedan ser considerados similares o análogos. La extensión de este derecho, en consecuencia, está limitada por la clase o categoría oficial y formal y no cubre otros productos de clasificación distinta, cualquiera que sea su semejanza o parecido con el producto registrado. Cabe observar que la Decisión 85 únicamente acepta el registro de la marca especial o específica, que pueda inscribirse en una sola y determinadas clase del nomenclátor (art. 68)”.

Por lo anterior, estima la Fiscalía que no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

III.— CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Antes de entrar al examen de los cargos, es pertinente precisar que de autos se desprende que la solicitud presentada por AKTIEBOLAGET VOLVO el 29 de enero de 1976 ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico, a la que se le asignó el número de expediente 156315, en orden a obtener el registro de la marca VOLVO para distinguir productos

de la clase séptima (7a.) del Decreto 1755 de 1972, fué resuelta por el Jefe de la mencionada División mediante la Resolución 8082 de 14 de noviembre de 1983, notificada por edicto que se desfijó el 16 de abril de 1984 y apelada oportunamente por el solicitante, sin que hubiera obtenido respuesta, operándose así el silencio administrativo negativo, razón por la cual la demanda aquí tramitada y presentada el 31 de octubre de 1986, podía instaurarse en cualquier tiempo a términos del inciso 5o. del artículo 136 del C.C.A., por lo que en tales circunstancias corresponde a esta Corporación competencia para tramitarla y decidirla de fondo, teniendo en cuenta que en el presente caso se cumplen los demás presupuestos procesales.

Además, debe precisarse por la Sala que habiéndose decidido la solicitud inicial mediante la Resolución 8092 del 14 de noviembre de 1983, y siendo necesario analizar este acto expreso, no hay lugar a cuestionar el acto presunto resultante del silencio administrativo frente a dicha petición inicial.

EXAMEN DE LOS CARGOS

1.— En relación con los cargos de violación del artículo 586—1 del Código de Comercio y 58, literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Estima el actor que con las decisiones acusadas se quebrantó, en primer lugar, el numeral 1o. del artículo 586 del C. de Co., sin advertir que esta norma fue sustituida por el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, lo cual se establece confrontando sus respectivos textos, disposición ésta última, que también el actor señala como infringida y sobre la cual, por consiguiente, se hará enseguida el respectivo análisis.

En efecto, considera el demandante que se han quebrantado los artículos 58, literales f) y g), 62 y 64 de la Decisión 85 citada y aprobada por el Decreto 1190 de 1978, disposiciones éstas que han sido objeto en este proceso de interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la que se respetará en la decisión de este litigio, dado el carácter obligatorio que tiene por corresponder a un pronunciamiento definitorio del derecho andino hecho con autoridad por aquel Tribunal.

En consecuencia, en este acápite se trata de determinar si la decisión tomada por la División de Propiedad Industrial que negó el registro de la marca VOLVO, para artículos de clase 7a., se acomoda a lo dispuesto por el artículo 58 literal f) de la mencionada Decisión 85, o si por el contrario la contradice.

Según el actor, al ordenarse el registro de la marca VOLMO, solicitada el 12 de agosto de 1976, no obstante la existencia de la solicitud anterior

SECCION PRIMERA

presentada el 29 de enero del mismo año para el registro de la marca VOLVO, se quebrantó esta regla que dispone que no podrán ser objeto de registro como marcas las que sean confundibles con otras solicitadas con anterioridad y además con las solicitadas con reivindicación válida de una prioridad.

Respecto de la “marca confundible” el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena consignó en su sentencia de interpretación prejudicial:

“Para un mejor entendimiento de las normas objeto de la presente decisión prejudicial, importa precisar en qué consiste la posibilidad de confundir una marca con otra, o sea el llamado “riesgo de confusión”. Es necesaria tal precisión ya que, de acuerdo con el art. 58, f) de la Decisión 85, una marca no puede ser objeto de registro si es “confundible” con otra marca ya registrada, o cuyo registro haya sido debidamente solicitado o reivindicado. La marca confundible con otra, además, carece por lo mismo de fuerza distintiva y de la novedad, que son requisitos para su registrabilidad (art. 56), y por tanto la oficina nacional competente debe rechazar la correspondiente solicitud de registro (art. 64).

“Tampoco puede ser objeto de registro la marca capaz de producir engaño a los medios comerciales o al público consumidor sobre las características principales del producto o servicio de que se trate (art. 58, a), y es obvio que la confusión de marcas puede llegar a ser motivo de engaño. Puede decirse, en tal sentido, que lo confundible engaña y no distingue, por lo cual no debe darse en la nueva marca que se pretenda registrar.

“

“En cuanto al cotejo o comparación de marcas denominativas — de las que trata el presente proceso — para decidir si son susceptibles de confusión, deberá tenerse en cuenta la visión de conjunto, la totalidad de sus elementos integrantes, la unidad fonética y gráfica de los nombres, su estructura general y no las partes aisladas unas de otras, ni los elementos particulares distinguibles en los nombres, ya que por tratarse de estructuras lingüísticas deberá atenderse antes que nada a la unidad fonética. Debe evitarse, entonces, la disección o fraccionamiento de los nombres que se comparan, o el pretender examinarlos en sus detalles, ya que el consumidor medio no procede en tal forma. Por lo mismo, deberá ponerse atención preferente a los elementos caracterizantes de cada denominación, de los cuales suele depender en la práctica la primera impresión o impacto que recibe ese consumidor medio ante el nombre que sirve de marca” (fls. 614 y 615, Cdo. No. 1).

La Resolución No. 8082 del 14 de noviembre de 1983, acusada, que resolvió no sólo la solicitud de VOLVO, sino también la de VOLMO, para

distinguir también productos de la clase 7a., las que con sus recíprocas oposiciones se fusionaron para su decisión, señaló que la expresión VOLVO no reúne los requisitos de novedad y distintividad que se exigen en el artículo 56 de la Decisión 85, ya que al hacer un examen comparativo respecto de la marca registrada VOLMO, no tiene la suficiente capacidad diferenciadora, tipificándose así la causal de irregistrabilidad consagrada en el artículo 58 literal f) de la Decisión nombrada.

La expresión VOLVO, cuyo registro como marca fué denegado por la Resolución acusada, no cabe duda que tiene enorme semejanza gráfica, ortográfica y fonética con la marca VOLMO cuyo registro se le opusiera, semejanza que ciertamente induce al público a error.

Las semejanzas anotadas con la marca que, según el mismo acto acusado se hallaba registrada, o sea VOLMO, implican un medio o sistema encaminado a crear confusión respecto de los productos o servicios de la sociedad oponente INDUSTRIAS VOLMO S. A., como así lo entendió acertadamente la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir la citada Resolución No. 8082, pues tal concepción coincide justamente con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cuya parte pertinente se ha transcrito ut supra.

Si se tiene en cuenta que la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO al oponerse a la solicitud de registro de la marca VOLMO para productos de la 7a. clase del Decreto 755 de 1972 presentó abundantes argumentos para demostrar la semejanza entre las marcas VOLMO y VOLVO, es absolutamente innecesario e inútil hacer más consideraciones sobre este particular.

Agrega el demandante en esta acusación que no se tuvo en cuenta lo establecido en el citado literal f) del artículo 58 de la Decisión 85, en el sentido de que no pueden ser objeto de registros como marcas las que sean confundibles con otras solicitadas con anterioridad y además con las solicitadas con reivindicación válida de una prioridad.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su interpretación prejudicial a este respecto concluye:

“La Oficina nacional competente, en cumplimiento del artículo 62 de la Decisión 85, al examinar si las solicitudes de registro de marca cumplen con los requisitos legales y reglamentarios, debe rechazar aquellas que sean para marcas confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de prioridad, siempre que tales marcas correspondan a productos o servicios comprendidos en una misma clase del nomenclátor”. (fls. 621 y 622 Cdno. No. 1).

SECCION PRIMERA

La División de Propiedad Industrial negó el registro de la marca VOLVO aduciendo que los productos que pretende proteger son los de la clase 7a., o sea los mismos que ampara la marca ya registrada de VOLMO.

Es cierto que la solicitud de registro de la marca VOLVO (enero 29 de 1976) es anterior a la de registro de la marca VOLMO (agosto de 1976) para artículos de la misma clase 7a.; pero si se atiende al hecho de que por certificado No. 62.836 se hallaba registrada y vigente desde el 3 de noviembre de 1966 la marca VOLMO para distinguir productos de las clases 7a. y 9a. del Decreto 755 de 1972, circunstancia que encuentra respaldo probatorio en los informes del Jefe de Registro que obran a folios 45 vto. y 121 del Cdno. No. 1 en el primero de los cuales se informa también que por certificados números 34.288 y 34.289 se halla registrada y vigente la marca VOLVO desde el 26 de octubre de 1954 hasta el 26 de octubre de 1979 pero para productos de la clase 12 del Decreto 755 de 1972, registros que, además se encuentran en trámite de renovación, según reza el mismo informe, resulta improcedente la objeción del actor y ajustada por este aspecto la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio plasmada en la Resolución 8082 a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena pretranscrita.

De otra parte, el demandante fundamenta también este cargo, en el desacato de las reglas de la Convención Interamericana de Washington, de 1929, y del Tratado para el Desarrollo de las Relaciones Comerciales con Suecia, toda vez que tales reglas permiten reivindicar válidamente, para la Sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO, las prioridades basadas en los artículos 1 y 7 de la primera, y en el texto del segundo.

A este propósito alega que como la sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO tiene legalmente protegida su marca VOLVO en el Perú, y como Perú es país parte de la Convención de Washington, lo mismo que Colombia, la citada sociedad puede reivindicar válidamente en Colombia la prioridad consagrada en la dicha Convención, del registro obtenido en otro Estado parte de ella, como es en este caso el Perú.

Además, considera la parte actora que puede reivindicar la marca VOLVO derivada de los registros de dicha marca en Suecia porque este país tiene pactada con Colombia la cláusula de la nación más favorecida en asuntos comerciales, que, dice incluyen la propiedad industrial, por medio del Tratado aludido y en virtud del cual los colombianos en Suecia y los suecos en Colombia pueden invocar cualquier favor que el otro Estado haya concedido a terceros Estados.

Con referencia a éste asunto, aparte de lo que atrás se transcribió, la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena también consignó:

“El artículo 73 de la Decisión 85 dispone que la “admisión de la solicitud de registro de una marca en un País Miembro otorgará al peticionario un *derecho de propiedad* durante un plazo de seis meses para que, dentro del mismo, pueda solicitar el registro en los otros Países Miembros”. Esta norma consagra el llamado derecho de prioridad que el Acuerdo de Cartagena concede a quien registra una marca en un País Miembro. A quien se le haya admitido una solicitud de registro en un País Miembro, en consecuencia, le corresponde el derecho de prioridad en otro País Miembro, dentro de los seis meses siguientes al primer registro. Así lo dispone el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 cuando prohíbe que se registre una marca que sea confundible con otra que haya sido válidamente reivindicada con posterioridad. También lo contempla así el artículo 76 de la misma Decisión cuando ordena a la oficina nacional competente que cancele, de oficio o a solicitud de parte, el registro de una marca cuando verifique que se ha hecho desconociendo el derecho de prioridad.

“Quien reivindique la propiedad de una marca registrada en un País Miembro, deberá acompañar a la solicitud de reivindicación el documento que pruebe la admisión de la solicitud de su primer registro. Esta prueba permitirá a la oficina nacional competente determinar si la reivindicación es tempestiva”. (fls. 620 y 621, Cdno. No. 1).

A folio 46 del Cdno. No. 1 aparece la petición que el demandante elevó ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio reclamando la prioridad de la solicitud de registro que para la misma marca se presentó en Perú y que fué registrada bajo el número 38.580 desde el 24 de diciembre de 1952.

Como el término de seis (6) meses previsto en la norma que permite solicitar válidamente la prioridad estaba en exceso vencido, desde el momento mismo en que se hizo el reclamo de la misma, tal circunstancia no da ni daba para ese entonces derecho a que se la reconociera.

Como atrás se anotó, el actor también discute que Perú es país parte de la Convención de Washington, al igual que Colombia, y la prioridad reclamada en este caso es así válidamente reivindicable.

Los textos de los artículos 1o. y 7o. de la Convención General Interamericana de protección marcaría y comercial, firmada en Washington y aprobada por Colombia mediante Ley 59 de 1936 son del siguiente tenor:

“ARTICULO 1o.— Los Estados contratantes se obligan a otorgar a los nacionales de los otros Estados contratantes y a los extranjeros domiciliados que posean un establecimiento fabril o comercial o una explotación agrícola en cualquiera de los Estados que hayan ratificado o se

hayan adherido a la presente Convención, los mismos derechos y acciones que las leyes respectivas concedan a sus nacionales o domiciliados, con relación a marcas de fábrica, comercio o agricultura, a la protección del nombre comercial, a la represión de la competencia desleal y de las falsas indicaciones de origen o procedencia geográficos”.

“ARTICULO 7o.— Todo propietario de una marca legalmente protegida en uno de los Estados contratantes conforme a su legislación interna, que tenga conocimiento de que alguna persona o entidad usa o pretende registrar o depositar una marca sustancialmente igual a la suya o susceptible de producir confusión o error en el adquirente o consumidor de los productos o mercancías a que se apliquen, tendrá el derecho de oponerse al uso, registro o depósito de la misma, empleando los medios, procedimientos y recursos legales establecidos en el país en que se use o pretenda registrar o depositar dicha marca, *probando que la persona que la usa o intenta registrar o depositar tenía conocimiento de la existencia y uso en cualquiera de los Estados contratantes, de la marca en que se funde la oposición, y que ésta se usaba y aplicaba y continúa usándose y aplicándose a productos o mercancías de la misma clase; y, en consecuencia, podrá reclamar para sí el derecho a usar preferente y exclusivamente, o la prioridad para registrar o depositar su marca en el país de que se trate, siempre que tiene las formalidades establecidas en la legislación interna y en esta Convención*” (Subraya la Sala).

Sobre la primera de las normas que anteceden el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 10 de noviembre de 1983, consignó que “la fórmula transcrita no tiene el alcance de la extraterritorialidad del registro de la marca sino que apenas consagra el principio de la igualdad de trato nacional para los extranjeros, o lo que es lo mismo elimina la discriminación dentro de cada país entre nacionales y extranjeros en la esfera del derecho marcario, de tal modo que la regulación legal nacional sea igual tanto para el nacional como (sic) el extranjero, en el derecho marcario. . .”, interpretación que comparte la Sala y que, en efecto, se deduce del título que precede al artículo 1o. de la citada Convención que dice: “De la igualdad de nacionales y extranjeros ante la protección marcaria e industrial”. El contenido del artículo así lo preconiza y en manera alguna permite dar validez al argumento de la protección legal, de la propiedad de la marca, que sólo surgirá con el lleno de los requisitos previos de la respectiva ley nacional, lo cual se traduce en que la prioridad reclamada quedaría supeditada a que se cumplieran las exigencias contenidas en las diversas disposiciones que regulan la materia y que, en nuestro caso, se encuentran en el Código de Comercio. Criterio éste que no desarmoniza con el principio de que los colombianos y los extranjeros domiciliados en Colombia pueden solicitar de las correspondientes autoridades judiciales o administrativas, la aplicación de toda ventaja que resulte de una convención suscrita y ratificada por Colombia en materia de propiedad industrial (artículo 615 del C. de Co.).

El artículo 3o. de la mencionada Convención de Washington que no invoca el actor como fundamento de su pretensión, corrobora la validez de la precedente apreciación, al establecer que “Toda marca debidamente registrada o legalmente protegida en uno de los Estados contratantes será admitida a registro o depósito, y protegida legalmente en los demás Estados contratantes, *previo el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley nacional de dichos Estados*” (Subraya el Consejo).

El texto del artículo 7o. de la Convención, igualmente transcrito, confirma aún más lo dicho, si fuere necesario a las exigencias del demandante. Además de que el aspecto probatorio a que allí se alude, y que ha subrayado la Sala, no se ha acreditado por el demandante, y los productos o mercancías para los cuales se pretende reivindicar la marca VOLVO registrada en el Perú no corresponden a los que se clasifican en la clase 7a. del Decreto 755 de 1972, según se aprecia en el registro 38580 del Perú, que aparece a folio 63 del Cdno. No. 1, en donde se determina que los productos allí relacionados corresponden a las clases Nos. 17, 22 y 25 “de la Nomenclatura Oficial”.

Pero aún en el evento de que estas dos últimas circunstancias se dieran, resulta imprescindible, conforme al texto de dicha norma de la Convención de Washington, que se llenen “las formalidades establecidas en la legislación interna y en esta Convención”.

Lo anterior permite concluir que no resulta siquiera posible la violación de los artículos 1o. y 7o. de la Convención General Interamericana de protección marcaría y comercial de Washington, que el demandante invoca como fundamento de su pretendida reivindicación de la marca VOLVO para los productos que relaciona en su petición del 29 de Enero de 1976 y que dice haber sido desconocida por la Resolución 8082 de 1983 que acusa.

En cuanto a la aplicación del Tratado para el desarrollo de las relaciones comerciales con Suecia en orden a reclamar reivindicación para productos de la marca VOLVO, según registros otorgados a ésta en Suecia, y que dice el actor no se tuvo en consideración por la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución acusada, tampoco le asiste razón al impugnante, por lo siguiente:

Dicho Tratado se refiere al comercio. El título del Tratado y el contenido de sus disposiciones así lo revelan clara e inequívocamente. La palabra comercio, cuando se emplea en los tratados públicos, indica ciertamente el intercambio de bienes lo cual excluye, de por sí, lo referente a la propiedad industrial.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1o. del convenio Colombo-Sueco, la cláusula de la nación más favorecida se aplica en lo referente al

SECCION PRIMERA

derecho de sus ciudadanos, al tratamiento de las mercancías de importación, exportación y tránsito y en lo relativo a la navegación, de lo cual se infiere que la cláusula de la nación más favorecida opera en el caso de Colombia y Suecia para ciertas y determinadas materias y no en forma absolutamente general, como lo pretende la parte demandante.

Los derechos de los nacionales suecos en Colombia (Igualdad Interna) a que se refiere el artículo II del Tratado Colombo-Sueco, existe únicamente en lo que toca a: protección de sus personas y sus bienes, el ejercicio del comercio, de la navegación y de la industria, al derecho de poseer bienes muebles o inmuebles, y disponer de ellos, obligación de pagar impuestos, tributos y contribuciones, pero no incluye la propiedad industrial, como lo destaca con acierto la parte demandada.

Se colige de lo anterior, que el Tratado entre Suecia y Colombia sobre materias de comercio, que contiene la cláusula de nación más favorecida, no tiene ninguna incidencia válida en las pretensiones de la parte actora.

2o.— En relación con el cargo de violación del artículo 58, literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Su texto reza:

“No podrán ser objeto de registro como marcas:

“

“g) Las que sean confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas en el país o en el exterior para productos o servicios idénticos o similares”.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su interpretación prejudicial sobre esta norma, consignó:

“Tiene especial interés, en este proceso la noción de “marca notoria”, ya que ella está protegida por las normas del Acuerdo de Cartagena que son materia de esta consulta, más allá de los límites de “la clase” de producto o servicio o “regla de especialidad”, siempre que, además de ser notoria, esté también registrada, así sea en el exterior.

“En efecto, el literal f) del art. 58 de la Decisión 85, protege del riesgo de confusión a las marcas registradas o válidamente solicitadas, en general, pero tal protección se otorga únicamente dentro de la regla de la especialidad, o sea, como dice la norma, en relación con “productos o servicios comprendidos en una misma clase”. El literal g) del mismo artículo, en cambio, protege además a la “marca notoriamente conocida y registrada en el país o en el exterior”, en relación con “productos

o servicios idénticos o similares”, no necesariamente de la misma “clase” o sea más allá de los límites que establece la “regla de la especialidad” (fl. 613, Cdno. No. 1).

La parte actora, en orden a establecer la notoriedad de la marca VOLVO, solicitó como prueba en el proceso que se pidiera a más de una veintena de países para que se certificara por las autoridades competentes respectivas sobre el registro de la marca VOLVO para productos tales como vehículos, motores, equipos y maquinaria, sus partes y accesorios.

La prueba fué ordenada y recaudada casi en su totalidad. Sin embargo, con los registros obtenidos de países y ciudades como Japón, México, Finlandia, Noruega, Portugal, Dinamarca, Bélgica, Paraguay, Suiza, Quito, Lima, Amsterdam, La Haya, Bruselas, Buenos Aires, Madrid, lo que se demuestra es que la firma sociedad AKTIEBOLAGET VOLVO se encuentra registrada para productos de transportes en general: automóviles, remolcadores, tractores, vehículos para todo terreno y accesorios y afines, lo mismo que accesorios para barcos. Es decir, que la marca VOLVO es notoria para distinguir vehículos, productos comprendidos en la clase 12, que *no son similares* a los comprendidos en la clase 7. Son realmente diferentes a “Máquinas de coser de pedal o accionadas mecánicamente”, producto para el cual se concedió el registro a la marca VOLMO en la clase 7, del Decreto 755 de 1972 por la Resolución 8082 de 1983, demandada.

Así que no habiéndose acreditado por el demandante el registro en el exterior de una marca notoria para distinguir productos de la clase 7., o en otras clase pero idénticos o similares a ésta, no puede afirmarse, como lo sostiene aquel, que se quebrantó la disposición contenida en el literal g) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

3.— En relación con el cargo de violación de los artículos 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Sobre esta censura del actor, la Sala observa: Si se ordenó la publicación del extracto de las solicitudes presentadas por VOLVO y VOLMO, que se resolvieron en la resolución demandada, como se evidencia en el proceso, hay que concluir que las solicitudes de registro ante la División de Propiedad Industrial no merecieron observaciones con relación a los presupuestos contemplados en los literales f) y g) del artículo 58 de la Decisión 85, que la parte actora considera vulnerados, razón por la cual se ordenaron las publicaciones de sus respectivos extractos en la Gaceta de Propiedad Industrial, para efectos de que cualquier persona pudiese hacer oposición al registro de las marcas solicitadas. Es por ello que, en este orden de ideas, resultan absolutamente infundadas las pretendidas infracciones de los artículos 62 y 64 de la aludida Decisión 85.

**4.— En relación con el cargo de violación del artículo 3o.
del Decreto 755 de 1972**

En este punto el demandante alega que al concedérsele los registros de la marca VOLVO números 34.288 y 34.289 para amparar los productos de la clase 12, dentro de éstos obviamente quedaron comprendidos todos los que con posterioridad irían a corresponder, entre otras, a la clase 7a. de la clasificación posteriormente aprobada por el Decreto 755 de 1972, pero que pese a ello, esta ampliación de la reclasificación a la que AKTIEBOLA-GET VOLVO tenía derecho, fue negada por Resolución No. 03709 del 26 de septiembre de 1980, contra la que oportunamente se interpusieron los recursos de reposición y de apelación que al decidirse en sendas resoluciones fueron despachados desfavorablemente.

Como quiera que sobre estas resoluciones no recaen las pretensiones anulatorias del actor en este proceso, mal puede la Sala ocuparse de considerar su legalidad o ilegalidad. Tales actos administrativos gozan de la presunción de legalidad mientras no sean anulados o suspendidos por esta jurisdicción, circunstancias que no alega ni demuestra el demandante.

Tampoco es de recibo en este proceso el argumento de la parte actora en el sentido de que el Registro 62.836, otorgado para la marca VOLMO, era un registro que originalmente se había hecho para productos de la clase 20 del Decreto 1707 de 1931 y que posteriormente, de conformidad con lo previsto en el Decreto 755 de 1972, la Superintendencia de Industria y Comercio lo clasificó en la mencionada clase 7a. por lo cual dicha reclasificación sería violatoria del artículo 3o. de dicho Decreto al haberse extendido el alcance de los productos amparados por el registro original, toda vez que en este proceso las nulidades pretendidas no comprenden el mencionado acto que ahora el demandante tilda de ilegal. Por esta sencilla razón, resultaría a a todas luces un antiprocesalismo pretender siquiera ocuparse de dicho argumento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.— DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

SEGUNDO.— Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de la Propiedad Industrial, conforme al literal d) del artículo 2o. del Decreto 109 de 1957.

TERCERO.— De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, condénase en costas a la parte actora. Liquidense por Secretaría.

CUARTO.— Comuníquese esta decisión, con envío de copia de la sentencia al Superintendente de Industria y Comercio.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

PROYECTO DE ORDENANZA— Objeciones/GOBERNADOR— Facultades/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL— Facultades

La Asamblea Departamental no podía, en aplicación de una norma derogada (artículo 6o. de la Ley 47 de 1945), sancionar la ordenanza; sin dejar de quebrantar los artículos 81 y 94 numeral 7 del Decreto 1222 de 1986, que radican en cabeza del Gobernador la facultad de sancionar y promulgar las ordenanzas en legal forma.

CONFIRMA LA NULIDAD de la Ordenanza “por medio de la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza No. 02 de octubre 3 de 1989 y se dictan otras disposiciones”, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío y sancionada por la Presidencia de la misma en octubre 25 de 1990.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1899. Recurso de apelación contra la sentencia de 1o. de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío. Actor: Saúl Giraldo García.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnante GLORIA AMPARO TABORDA RAIGOSA contra la sentencia de la referencia que declaró la nulidad de la Ordenanza “Por medio de la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza No. 02 de Octubre 3 de 1989 y se dictan

otras disposiciones”, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío y sancionada por la Presidencia de la misma, el día 25 de octubre de 1990.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION APELADA

Consideró el juzgador de primer grado que el Presidente de la Asamblea no podía, por ningún motivo, proceder a sancionar el proyecto de ordenanza con el argumento de que el Gobernador no cumplió con la obligación de enviar dicho proyecto al Tribunal Administrativo en el término de 24 horas, sino que tenía que esperar el resultado del trámite consagrado en el artículo 80 del decreto 1222 de 1986, máxime si la ley 47 de 1945 en que se basó la Asamblea, no se halla vigente.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca la recurrente su inconformidad en el hecho de que si el presidente de la Asamblea no tenía la facultad para sancionar, entonces se está en presencia de un simple proyecto de ordenanza, por lo que falta el verdadero sujeto procesal — el acto administrativo completo —, motivo más que suficiente para que el Tribunal hubiera dictado un “acto inhibitorio” por inepta demanda.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el evento sub lite pretende la recurrente que la ordenanza, por el hecho de haber sido sancionada por órgano diferente al competente, es un simple proyecto y no un verdadero acto administrativo.

En relación con lo anterior la Sala observa que el acto acusado es un acto administrativo, susceptible del control por esta jurisdicción, y no un “simple proyecto” de manifestación de voluntad administrativa, pues precisamente, en razón de la sanción que le impartió el señor Presidente de la Asamblea, la cual constituye el aspecto central, materia de la contención, se convirtió precisamente en un acto administrativo de carácter general, no sólo desde el punto de vista material, sino formal, que de no ser juzgable por el juez administrativo haría imposible su control para determinar si podía o no ser objeto de sanción por parte del servidor público que la realizó, o, por el contrario, ante la objeción del ejecutivo departamental, debía esperarse el trámite de ley subsiguiente a aquella.

SECCION PRIMERA

La Sala, en providencia de 15 de marzo de 1991, por la cual confirmó el auto que decretó la suspensión provisional del acto objeto de estudio, consideró que el decreto 1222 de 1986, reitera la facultad de los Gobernadores para objetar, por motivos de inconveniencia, ilegalidad o inconstitucionalidad, los proyectos de ordenanza aprobados por las Asambleas, al igual que establece el término de que dispone el Gobernador para hacer las respectivas objeciones según el articulado del proyecto y, prevé, el envío del mismo al Tribunal Administrativo para que decida sobre su exequibilidad, sin señalar un término perentorio para su remisión; y, que de acuerdo con el artículo 339 *ibídem*, las normas de la ley 47 de 1945, por no haber sido codificadas, se encuentran derogadas.

De suerte que, no habiendo desaparecido los fundamentos que se tuvieron en cuenta para decretar la suspensión provisional, la Asamblea Departamental del Quindío, no podía, en aplicación de una norma derogada (artículo 6o. de la Ley 47 de 1945), sancionar la ordenanza, sin dejar de quebrantar los artículos 81 y 94 numeral 7o. del Decreto 1222 de 1986 señalados por el actor como vulnerados, y que radican en cabeza del Gobernador la facultad para sancionar y promulgar las ordenanzas en legal forma. Por ello, asistió razón al a-quo en acceder a las pretensiones del libelo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de fecha 1o. de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

MEDIO AMBIENTE/CONTAMINACION VISUAL/AVISO PUBLICITARIO/PODER DE POLICIA/INDERENA/SANEAMIENTO AMBIENTAL

El acto impugnado sujeta a sus disposiciones la instalación y colocación de vallas y avisos publicitarios o de propaganda en general; establece prohibiciones, restricciones, regulaciones y requisitos no solamente en cuanto a dicha instalación y colocación, sino también respecto a su localización, dimensiones y áreas, todo, sin que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para proferirla, hubiera obrado conjuntamente con el Inderena, como lo ordena la ley.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 12087 de octubre 12 de 1989, expedida por la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte, "por la cual se reglamenta la colocación e instalación de vallas y avisos con fines publicitarios o de propaganda en general, a lo largo de las zonas aledañas a las carreteras nacionales."

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

— Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1549. RESOLUCIONES MINISTERIALES.
Actor: Walter Mejía Restrepo y Otros.

Los actores de la referencia, a través de apoderado, han solicitado a esta Corporación la declaración de nulidad de la Resolución número 12087 de octubre 12 de 1989, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y

SECCION PRIMERA

Transporte, mediante la cual se reglamentó la instalación de vallas y avisos con fines publicitarios.

LOS HECHOS Y OMISIONES presentados por el actor, se pueden sintetizar así:

1.— El Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con el propósito de garantizar la instalación y colocación de vallas y avisos publicitarios, expidió una serie de resoluciones de imposible cumplimiento por los administrados, al desconocer la topografía de nuestro país y especialmente la de los Departamentos de Antioquia y Caldas, excediendo mandatos claros de estirpe constitucional y legal. La última de esas resoluciones, la número 12087 fue expedida el 12 de octubre de 1989.

2.— Tal Resolución 12087 dice haber sido emitida “en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto Ley 1173 de 1980 y los artículos 116 y 6o. del Decreto 1344 de 1970”. En apoyo de dicha resolución, el Ministerio considera “que de acuerdo con el Decreto 1715 de 1978, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte conjuntamente con el INDERENA, deberán prevenir la contaminación visual y proteger el medio ambiente en lo referente al paisaje”.

3.— La Resolución mencionada viola ostensiblemente las normas en que dice fundamentarse, al fijar una zona al lado y lado de las carreteras nacionales como protegible, sin contar con la necesaria intervención o participación del INDERENA, ni con la indispensable e ineludible declaración previa de paisajes dignos de protección. “De otro lado, la Resolución que se impugna no sólo ha desatendido la escala de sanciones establecida en las normas superiores que le sirven de fundamento, sino que inclusive ha excedido su marco al imponer nuevas sanciones”. En aplicación de la Resolución, el Distrito de Obras Públicas de Antioquia, ha venido retirando vallas antiguas, sin fórmula de juicio y sin que las personas interesadas tengan oportunidad alguna de defensa y de oposición.

DISPOSICIONES VIOLADAS

El actor señala como violadas estas normas:

Constitución Política de Colombia: Artículos 16 y 17.

Ley de Facultades 23 de 1973: Artículos 17 y 18.

Decreto Extraordinario 2811 de 1974 o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente: Artículos 302 y 339.

Decreto Reglamentario 1715 de 1978: Arts. 1, 3, 5 y 6.

Explicando el concepto de la violación, se refiere así a las normas constitucionales: “La Resolución que se impugna viola los artículos 16 y 17 en cuanto afecta el dominio y posesión de bienes y constituye óbice para la realización de un trabajo legítimo que se ha venido ejecutando de tiempo atrás y que involucra no solamente a los anunciadores y publicistas, sino también a quienes laboran alrededor de esas actividades”.

Hace referencia también el actor a los intereses particulares afectados con la expedición del acto demandado al decir que “. . . el mismo Estado debe respetar los derechos adquiridos y el ejercicio legal y legítimo del derecho de dominio y la consiguiente posesión de los bienes particulares. Y, por supuesto, no sólo propiciar el trabajo o empleo de las personas, sino abstenerse de entorpecer u obstaculizar el trabajo lícito que realizan los particulares”.

Enfatizando el perjuicio y los traumatismos causados a esos intereses particulares, agrega:

“Es verdad que la propiedad tiene una función social y que en consecuencia el Estado debe velar porque esa función se cumpla, para lo cual inuestionablemente (sic) puede afectar los intereses particulares. Pero si estos mismos intereses se han expresado por autorización del mismo Estado, resulta prudente y justo que se den las condiciones mínimas para que el cambio normativo no genere traumatismos ni perjuicios de ninguna especie. Es decir, de buenas a primeras no puede pretenderse que se desvarate (sic) una infraestructura legítima”.

En relación con la Ley 23 de 1973 que concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República, de conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, para expedir el Código de Recursos Naturales y de protección al Medio Ambiente, manifiesta el actor que “La Resolución 12087 ha violado los artículos 17 y 18 de tal Ley en cuanto, en primer lugar, no precisó técnicamente las actividades que generan contaminación del medio ambiente y, en segundo término, desconoció la escala o jerarquía o progresión de las sanciones imponibles, amén de que impuso una nueva sanción. Lo que equivale a decir que omitió e incurrió en exceso”.

Sobre el Decreto Extraordinario 2811 de 1974, o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, dice que la Resolución acusada lo quebranta en sus artículos 302 y 339 “en tanto que pretermitió la determinación de los paisajes protegibles e igualmente desatendió el marco de sanciones establecidas, incurriendo de esta manera también en una omisión y en un exceso”. Y explica:

“Y por otro lado, creó una nueva sanción, como ya se dijo, no contemplada ni en la ley ni en el Decreto y consistente en el retiro forzoso

SECCION PRIMERA

de vallas que resultaban ubicadas dentro de las zonas señaladas en la misma Resolución”.

Por último, la violación del Decreto Reglamentario 1715 de 1978, la explica la parte accionante así:

- “La Resolución 12087 infringió los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 en el sentido que se omitió la actuación previa del Inderena en la determinación de los paisajes protegibles, pretermitió la participación del mismo Instituto en el señalamiento de la anchura de las zonas protegibles y desatendió, una vez más, la escala de sanciones establecidas para los actos violatorios de la protección del paisaje (omisión)”.

Ampliando lo dicho, expresa:

“ ... Pero en todo caso, son anulables de manera particular los artículos 4o. y 9o. del acto administrativo que se ataca porque, en relación con el artículo 4o., se requería la determinación de los paisajes protegibles a fin de señalar de consiguiente las zonas que debían guardarse para que se pudiera disfrutar de tales paisajes; y en lo atinente al artículo 9o., porque quebrantó el orden de las sanciones imponibles y creó una no contemplada en las normas superiores. De ahí que se hubiera planteado en las declaraciones una de anulación general y otra de anulación parcial”.

En la demanda se pidió la suspensión provisional del acto administrativo denunciado, la que fue negada en auto del 26 de octubre de 1990, por no tipificarse “en forma manifiesta, en ninguna de las normas superiores invocadas por el actor, la violación por parte de la Resolución acusada”.

Al dársele traslado para alegar en conclusión, el actor guardó silencio.

ACTUACION DE LA PARTE DEMANDADA

De la demanda se corrió traslado a la Nación a través del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Por medio de apoderado debidamente constituido se dió respuesta a la misma en un suscinto memorial en el que se manifiesta que “con la expedición del acto acusado, no se han pretermitido trámites, ni se ha (sic) desconocido procedimientos establecidos en la ley”.

Al alegar en conclusión, la parte demandada se refiere al quebrantamiento de los artículos 16 y 17 de la Carta en estos términos:

“Está tan interesado el Estado en la protección al medio ambiente, que el artículo 16 de la Ley 23/73 lo declara civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de pro-

piedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente”.

“ ... No se debe olvidar de una parte que el interés privado deberá ceder al interés público o social, ni tampoco que la garantía de la libertad de empresa y la iniciativa privada debe ajustarse al bien común. No tiene sentido la argumentación del actor destinada a hacer creer que se están desconociendo derechos y actividades lícitas de las personas, cuando el acto impugnado está brindando una protección a un patrimonio común: el medio ambiente”.

En cuanto al planteamiento hecho por el actor sobre la violación de la Ley 23 de 1973, dice que éste es erróneo, “toda vez que el acto acusado no debe definir esas actividades contaminantes. Esa determinación corresponde a la ley y, fue precisamente la Ley 23/73 en sus artículos 4o. y 5o. la que definió esos conceptos. La Resolución acusada es un desarrollo de la materia definida en la Ley, y en ningún precepto se nota que ha excedido el precepto legal”. “En otro aspecto del ataque planteado por el actor, tampoco es cierto que el artículo 18 de la Ley 23/73 establezca una escala progresiva de sanciones. El artículo citado establece sanciones, pero en modo alguno está indicando que ellas se apliquen progresivamente. La norma no obliga a seguir un orden sancionatorio: así no es necesario que para imponer la multa previamente haya existido una amonestación”.

Dice también, que el actor está equivocado en cuanto a que el acto, objeto de la impugnación, quebranta los artículos 302 y 339 del Decreto 2811 de 1974. Estas son sus palabras:

“ de la misma manera tampoco señaló los paisajes que merezcan protección, habida cuenta que previamente habían sido señalados en virtud de corresponder esa facultad a otra entidad diferente del Ministerio. En efecto, el Decreto 1715 de 1978 por el cual se reglamentó parcialmente el Decreto-Ley 2811/74, la Ley 23/73 y el Decreto-Ley 154/76, en cuanto a protección del paisaje, estableció en su artículo 1 que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA), determinará los paisajes que merezcan protección teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 302 y 304 del Decreto Ley 2811/74”.

Concluye el apoderado del Ministerio, asegurando que la Resolución demandada no está determinando los paisajes objeto de la protección.

“Este artículo (se refiere al 3o. del acto acusado) lo que indica claramente es que la colocación de vallas y avisos, no podrá interrumpir el disfrute de ciertos escenarios paisajísticos y, a renglón seguido enuncia a título de ejemplo algunos de esos sitios. Esa comunicación no

SECCION PRIMERA

corresponde a una determinación específica, habida consideración que en forma general el acto acusado no puede hacerlo. Esa determinación y las condiciones de protección corresponden al INDERENA, y el acto persigue un fin diferente: Reglamentar la colocación e instalación de vallas y avisos con fines publicitarios, así las cosas, el acto acusado tomó el campo general de protección del medio ambiente, de la definición general que existe en el Código de Recursos Naturales y sobre esa base se estructuró su artículo tercero”.

LA VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora representante del Ministerio Público ante la Sección Primera de esta Corporación, examinó los términos de la demanda, hizo un análisis, comparativo de las normas superiores, y concluye que la resolución traída a juicio no contraria dichas normas, no estando llamada a prosperar, en consecuencia, la acción propuesta.

Esta es la conclusión de la funcionaria;

“De manera que el Ministerio de Obras Públicas y de Transporte sí tenía competencia para emitir la Resolución acusada, y, al contrario de lo afirmado por el demandante, gracias a la reiterada intervención del Gerente del INDERENA, volviendo por los fueros legales, la administración, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, emitió la Resolución acusada, dejando sin vigencia la Resolución 6243 del 19 de julio de 1989 por la que se había modificado, sin sujeción a las previsiones legales, la Resolución 10656 del 10. de noviembre de 1988. En efecto, de la lectura de los antecedentes administrativos se establece como ya se habían establecido las mismas distancias a guardar en la instalación de vallas publicitarias en las carreteras, mediante la Resolución 10656 del 10. de noviembre de 1988 del Ministerio de Obras Públicas con la participación del INDERENA y cómo sin audiencia de esta última entidad se redujeron tales distancias a la mitad por la Resolución 6243, lo cual suscitó la reacción del Gerente General de esta entidad y su acción encaminada a restablecer las medidas iniciales.

“El mismo acto acusado en el que, se insiste, tuvo audiencia el INDERENA, se señalan los paisajes a preservar para el disfrute de los viajeros, se prevé el trámite de las licencias para la colocación de avisos publicitarios y se fijan las sanciones a imponer a quienes contravengan las disposiciones establecidas en la resolución sin sobrepasar los límites fijados en la Ley 23 de 1973 y en el Decreto Ley 2811 de 1974.

“No se ve entonces cómo puede contrariar la resolución traída a juicio las normas que se invocan en la demanda y por lo tanto las súplicas de la misma no están llamadas a prosperar”.

PARA DECIDIR, LA SALA CONSIDERA:

Los representantes legales de tres firmas comerciales a saber: Vallas Nacionales y Cía. Comandita por Acciones o VANAL C.P.A.; Vallas de Colombia Ltda. y Servicios en Publicidad Exterior Ltda. o SERPEX LTDA. constituyeron apoderado para que demandara ante el Consejo de Estado, en acción de nulidad, la Resolución número 12087 de octubre 12 de 1989 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. En dicha resolución se reglamenta la colocación e instalación de vallas y avisos con fines publicitarios o de propaganda en general, a lo largo de las zonas aledañas a las carreteras nacionales.

Expuestos como han sido, según las transcripciones hechas en la primera parte de este proveído, los puntos de vista de las partes interesadas en el proceso que va a decidirse, se entra seguidamente en el análisis de las normas superiores presuntamente violadas a fin de determinar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo cuestionado.

En primer lugar, alude el nulidiscente a los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886, vigente a la época de la expedición del acto demandado.

Consagran dichos artículos la protección que las autoridades de la República deben a la vida, honra y bienes de los ciudadanos, así como al trabajo que, siendo una obligación social, debe gozar de una especial protección del Estado. Cuando el actor se fundamenta en estas normas para asegurar que “el mismo Estado debe respetar los derechos adquiridos y el ejercicio legal y legítimo del derecho de dominio y la consiguiente posesión de los bienes particulares” y que debe “abstenerse de entorpecer u obstaculizar el trabajo lícito que realizan los particulares”, está haciendo abstracción de otro mandato igualmente importante que establece la misma norma y que está por encima de todos los demás si se observa la relevancia que adquiere a la luz del artículo 32 de la misma codificación constitucional. Efectivamente, si el artículo 16 establece que las autoridades deben “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”, el 32 resalta la primacía de esos *deberes sociales* al estatuir que “se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada *dentro de los límites del bien común*”. (subraya la Sala). Indudablemente, el medio ambiente, a cuya protección tienden las medidas adoptadas, es uno de los bienes comunes por excelencia y es el Estado quien debe protegerlo por encima de cualesquiera otros bienes de carácter particular.

Por otra parte, las genéricas afirmaciones de la parte actora y las etéreas conjeturas sobre perjuicios causados por la aplicación de nuevas normas sobre vallas y avisos publicitarios que anulan los paisajes en las carreteras nacionales, no tienen respaldo alguno probatorio y de tenerlo, daría pie para otra acción distinta a la invocada.

Conforme a lo dicho no consta pues, violación constitucional alguna.

Sobre la acusación del actor de que la Resolución 12087 de 1989 viola los artículos 17 y 18 de la Ley 23 de 1973 “en cuanto, en primer lugar, no precisó técnicamente las actividades que generen contaminación del medio ambiente y, en segundo término, desconoció la escala o jerarquía o progresión de las sanciones imponibles, amén de que impuso una nueva sanción”, habrá que analizar los textos de las normas confrontadas a fin de establecer la agresión denunciada.

El artículo 17 de la Ley 23 de 1973 dispone:

“Será sancionable conforme a la presente ley, toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente, en los términos y condiciones señaladas en el artículo cuarto de este mismo estatuto”.

Y así reza el artículo 18:

“Cuando llegue a demostrarse técnicamente que se están produciendo acciones que generen contaminación, podrán imponerse las siguientes sanciones, según la gravedad de cada infracción: amonestaciones, multas sucesivas en cuantía que determinará el Gobierno Nacional, las cuales no podrán sobrepasar la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00), suspensión de patentes de fabricación, clausura temporal de los establecimientos o factorías que estén produciendo contaminación y cierre de los mismos, cuando las acciones anteriores no hayan surtido efecto”.

Dijo esta Sala, en las consideraciones atinentes a la suspensión provisional que se había solicitado en la demanda, que el desbordamiento no se había producido y que la interpretación de la norma con excesiva literalidad podría incidir en la sustancialidad de sus objetivos y sus efectos. Así también, que “no indica la ley aplicada una “progresión de las sanciones” o “una escala sancionatoria” para la aplicación de las sanciones que contempla, sino que establece como pauta la expresión “según la gravedad de cada infracción” dejando así al correcto criterio de la autoridad competente, la aplicación de la pena que pueda merecer el infractor”.

Sin embargo, observa la Sala que la Resolución 12087, acto impugnado, sujeta a sus disposiciones la instalación y colocación de vallas y avisos publicitarios o de propaganda en general; establece prohibiciones, restricciones, regulaciones y requisitos no solamente en cuanto a dicha instalación y colocación, sino también respecto a su localización, dimensiones y áreas, todo, sin que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para proferirla, hubiera obrado conjuntamente con el Inderena tal como lo ordena el artículo 3o. del Decreto 1715 de 1978 en concordancia con el 303 del Decreto

2811 de 1974 o Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente.

El primeramente citado expresa:

“Para los fines de este decreto el Ministerio de Obras Públicas y Transporte conjuntamente con el Inderena determinará la anchura de la zona a que se refiere el artículo anterior y establecerá en la misma forma las *prohibiciones, restricciones o regulaciones* a que haya lugar en relación con la instalación y colocación de vallas y avisos que tengan fines publicitarios o de propaganda en general. . .”.

Y, el artículo 303 del Decreto 2811 de 1974, dice:

“Para la preservación del paisaje corresponde a la administración:

“a). Determinar las zonas o lugares en los cuales se prohibirá la construcción de obras;

“b). Prohibir la tala o siembra o alteración de la configuración de lugares de paisaje que merezca protección;

“c). Fijar límites de altura o determinar estilos para preservar la uniformidad estética o histórica, y

“d). Tomar las demás medidas que correspondan por ley o reglamento”.

Armonizando, estas dos disposiciones, para efectos de las medidas protectoras del paisaje, por Administración debe entenderse el Ministerio de Obras Públicas y el Inderena, los que deben actuar conjuntamente.

En este aspecto, la Secretaría de la Sección Primera en oficio número 104 del 23 de febrero de 1991 dirigido al Gerente General del Inderena solicitó informes respecto a “si el Ministerio de Obras Públicas y Transporte ha solicitado la intervención del Inderena en la determinación de la anchura de la zona a lado y lado de las carreteras nacionales y en caso positivo a través (sic) de qué actos administrativos”.

El Inderena en oficio 05472 del 12 de junio de 1991 dió respuesta a lo solicitado haciendo referencia a cierta actividad del Ministerio con el fin de conseguir la aprobación y la firma del mencionado Instituto de una resolución diferente, la número 10656 del 1o. de noviembre de 1988, que también reglamentaba la colocación e instalación de vallas y que más tarde fue modificada por la 6243 del 19 de junio de 1989, sin que tampoco se hubiese tenido en cuenta el concepto previo del Inderena.

SECCION PRIMERA

Aparte del vicio anteriormente expuesto (falta de intervención del Inderena) que desde luego afecta el texto íntegro del acto acusado, éste en su artículo 9o. transgrede el artículo 18 de la Ley 23 de 1973, que reza:

“Cuando llegue a demostrarse técnicamente que se están produciendo acciones que generen contaminación, podrán imponerse las siguientes sanciones, según la gravedad de cada infracción: amonestaciones, multas sucesivas en cuantía que determinará el Gobierno Nacional, las cuales no podrán sobrepasar la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00), suspensión de patentes de fabricación, clausura temporal de los establecimientos o factorías que estén produciendo contaminación y cierre de los mismos, cuando las sanciones anteriores no hayan surtido efecto”.

Mientras que el artículo 9o. de la Resolución impugnada es del siguiente tenor:

“El que contravenga las disposiciones de la presente resolución, será sancionado por el Director Regional del Distrito de Obras Públicas respectivo, con multa hasta de doscientos mil pesos (\$200.000.00), cuando el daño producido fuere subsanable por el propio infractor, y hasta de \$500.000.00 (quinientos mil pesos), cuando el daño no fuere subsanable por el mismo infractor, sin perjuicio del retiro de la valla o aviso a su costa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 1715 de 1978 y del artículo 18 de la Ley 23 de 1973”.

“Las sanciones deberán ser impuestas mediante resolución motivada, de acuerdo al informe técnico emitido por el Jefe de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas respectivo, para cuya elaboración podrá solicitarse concepto del INDERENA.

“En caso de reincidencia, el Director Regional del Distrito de Obras Públicas suspenderá la licencia por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho, sin perjuicio de las sanciones que esa conducta amerita”.

Si bien es cierto que el artículo 18 de la Ley 23 de 1973 ya transcrito, no establece una progresión dentro de las primeras sanciones (la multa, al parecer de la Sala), sí condiciona las últimas (suspensión de patentes y clausura temporal y cierre de los establecimientos que están produciendo contaminación), a la circunstancia de que “las acciones anteriores no hayan surtido efecto”. Quiere decir lo anterior que la sanción de clausura temporal y cierre de los establecimientos que estén produciendo contaminación, sólo sería legalmente aplicable, cuando las multas no hayan dado resultado.

Dentro de esta perspectiva, el artículo 9o. de la resolución acusada, al establecer la posibilidad de sancionar al presunto infractor con el “retiro de

la valla o aviso a su costa" sin sujetarla además a condición alguna, resulta violatorio de los artículos 18 de la Ley 23 de 1978 y 5o. del Decreto 1715 de 1978, por cuanto dichas normas no contemplan la sanción de marras.

En efecto, como ya se ha expresado, para las acciones que generen contaminación, el artículo 18 de la Ley 23 de 1973, establece sanciones de multas sucesivas en cuantía que determinará el Gobierno Nacional, las cuales no podrán sobrepasar los \$500.000.00, y las de suspensión de patentes de fabricación, clausura temporal y cierre de los establecimientos, cuando las acciones anteriores no hayan surtido efecto; y el artículo 5o. del Decreto 1715 de 1978, para quienes alteren perjudicial y antiestéticamente los paisajes naturales, consagra las siguientes sanciones:

"1a. Requerimientos para retirar las vallas y anuncios que se consideren antiestéticos y limpiar los elementos naturales que hayan sido pintados con fines publicitarios o de propaganda en general.

"2a. Multas hasta de doscientos mil pesos (\$200.000.00) cuando el deterioro se pueda subsanar por el propio contraventor y hasta de quinientos mil pesos (\$500.000.00) cuando no se pueda subsanar por el propio contraventor; el monto de estas multas se fijará teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la capacidad económica del contraventor".

Los artículos citados y consiguientemente las sanciones en ellos contempladas operan en la materia reglamentada por el acto que se acusa (colocación e instalación de vallas y avisos con fines publicitarios o de propaganda en general, a lo largo de las zonas aledañas a las carreteras nacionales, porque su aplicación irreglamentaria, puede llegar a producir la contaminación visual del medio ambiente y la alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales, al tenor de lo previsto en los considerandos del acto acusado, en el mismo artículo 5o. del Decreto 1715 de 1978, y además en el artículo 8o. letra j) del Decreto-ley número 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, después de oír el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLARASE la nulidad de la Resolución número 12087 del 12 de octubre de 1989, expedida por la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte, "Por la cual se reglamenta la colocación e instalación de vallas y avi-

SECCION PRIMERA

sos con fines publicitarios o de propaganda en general, a lo largo de las zonas aledañas a las carreteras nacionales”.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

LICENCIA DE CONSTRUCCION/PERMISO DE POLICIA/MULTA/URBANISMO

Cuando la Ley 9 de 1989, en su artículo 63 exige permiso o licencia “para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reparación, etc.”; y en su artículo 66 sanciona con multa a quienes construyan sin licencia, requiriéndola, el sustantivo “construcción” y la inflexión verbal “construyan” vienen a ser el género y las otras acepciones (ampliación, modificación, adecuación, reparación) las especies o modalidades comprendidas en él. Si las actividades de adecuación y reparación que fueron las ejecutadas por la demandante y por las que se le sancionó, están comprendidas en el concepto genérico de la construcción, lógico resulta incluirlas dentro de las sancionables con multa para quienes construyan, cuando lo hace, sin licencia, requiriéndola.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1689. ASUNTOS MUNICIPALES. Actora: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda “Davivienda”.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Armenia, contra la sentencia del 4 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento del Quindío, mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones D-013 del 14 de diciembre de 1989 y 151 del 22 de marzo de 1990 por las que, la Alcaldía de la entidad municipal ya citada, impuso una sanción a la actora.

ANTECEDENTES

El Alcalde de Armenia con fundamento en las atribuciones que le confiere el literal a) del artículo 66 de la Ley 9a. de 1989, en Resolución D-013 del 14 de diciembre de 1989, impuso a la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda – DAVIVIENDA – una multa de \$3'255.960 porque “adelantó trabajos de adecuación y reparación en las dependencias de esta Corporación, sin obtener el permiso o licencia que exige la ley y que debe expedir el Municipio a través del Director de la Oficina de Planeación Municipal, quien es el responsable y representante legal de este Despacho”.

Contra la citada Resolución la sancionada, mediante apoderado interpuso recurso de reposición con el fin de que fuera revocada, argumentando de una parte, que previa solicitud y tramitación al respecto, había sido autorizada por Planeación Municipal para reformar la fachada y adecuar el local, y de otra, que el literal a) del artículo 66 de la Ley 9a. de 1989 sólo autoriza sancionar a quienes PARCELEN, URBANICEN o CONSTRUYAN sin licencia, mas no previó sanción alguna para las demás actividades allí mismo enunciadas.

La reposición fue resuelta desfavorablemente en virtud de la Resolución No. 151 de 22 de marzo de 1990, después de considerarse por parte de la Alcaldía que “se realizaron obras de adecuación, reparación, reforma y remodelación de un local; acepciones éstas que implican necesariamente la labor de construir y que de acuerdo a la norma prescrita requiere de una licencia de construcción, previos los trámites de rigor”.

Agotada la vía gubernativa, DAVIVIENDA, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en demanda presentada contra el Municipio de Armenia solicita la anulación de las Resoluciones D-013 y 151 del 14 de diciembre de 1989 y 22 de marzo de 1990, y el restablecimiento del derecho en el sentido de que se le restituya el valor de la multa “oportunamente cancelada”, con sus intereses respectivos y ajustado conforme a lo previsto en los artículos 178 y 140 del C.C.A.

Citó la demandante en aquella oportunidad como normas violadas las contenidas en los artículos 28 y 20 de la Constitución Nacional, vigente por la época, y 66 de la Ley 9a. de enero 11 de 1989.

Fundamentó sus pretensiones en las circunstancias de haber contado con el permiso, autorización o visto bueno de la entidad correspondiente (Planeación), y de no aparecer la ejecución de las obras dentro de las sancionables con dicho tipo de multa, en el literal a) del artículo 66 de la Ley 9a. de 1989, fundamento de los actos acusados.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como ya se expresó, es la proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 4 de febrero de 1991, previo concepto favorable de su colaborador fiscal, por la que accede a las pretensiones de la demanda, después de considerar configurada la violación de las normas citadas por el accionante.

Para el a-quo la multa impuesta no aparece en ninguna ley como sanción por el hecho que alega el Municipio de Armenia. “ya que el artículo 66 de la Ley 09 de 1989, que es el que se invoca como sustento de las resoluciones objetadas, no contempla el caso de falta de licencia, para la realización de trabajos de remodelación, de tal manera que la responsabilidad que se pretende endilgarle a Davivienda, no figura como dañosa o violatoria por ser un hecho inexistente, pues las obras de reforma efectuadas no aparecen sancionadas en la ley tantas veces citada”.

El juzgador de primera instancia compartió también los planteamientos del actor en lo relacionado con el significado de la expresión “construcción” a la que le da el sentido de “fabricar, erigir una cosa”, diferente desde luego a los términos “adecuar y reparar”, descartando, en esta forma, la interpretación que de las mismas hace la entidad demandada para quien la remodelación es una especie del género construcción.

Consideró así mismo el Tribunal que no era del caso “entrar a analizar si existió, o no, la autorización para los trabajos de remodelación efectuados por la entidad demandante, pues aún en el caso de que no hubiera existido tal permiso, el artículo 66 de la Ley 09 de 1989 no prevé sanción alguna para los casos de remodelación sin previa autorización”.

EL RECURSO INTERPUESTO

La apelación contra la sentencia la interpone mediante apoderado el Municipio de Armenia, quien para el efecto presenta los argumentos que la Sala se permite sintetizar así:

La Resolución D-013 de diciembre 14 de 1989 cuya nulidad fue declarada, sancionó el hecho de haberse adelantado obras de *adecuación y reparación*, sin licencia, requiriéndola, pero no por haberse *remodelado* como lo afirma el Tribunal, pues esta modalidad de la construcción no está consagrada en la enumeración que hace el artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, ni a ella se refiere la Resolución.

El artículo 63 de la Ley 9a., no emplea el verbo CONSTRUIR, sino el sustantivo CONSTRUCCION que según el Diccionario de la Lengua Española, hace relación a la acción de construir y significa “Hacer una obra material

o inmaterial, ordenando y juntando los elementos necesarios de acuerdo con un plan". Como las obras realizadas por Davivienda para la adecuación y reparación de sus instalaciones requieren de un proyecto, cuyo desarrollo corresponde a un plan de ejecución, resulta indispensable recurrir a la noción técnica de construcción contenida en el reglamento de honorarios para trabajos de Arquitectura, adoptado por la Junta Directiva Nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y aprobada por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto No. 2090 de 1989, según la cual "se entiende por construcción la realización de los trabajos correspondientes a la ejecución de la obra de acuerdo con el proyecto arquitectónico, estudios de ingeniería, especificaciones y planes técnicos", que implica la elaboración de planos, la contratación de obreros y operarios, la adquisición de materiales y herramientas, el alquiler de equipos, etc.

Como quiera que en el acervo probatorio obran todos los documentos que demuestran cómo las obras ejecutadas corresponden a la noción técnica de la actividad de la Construcción, resulta antitécnico y contrario a la sana y racional interpretación acudir al simple expediente de tomar parcialmente y fuera de contexto, definiciones de índole general aplicables por igual a cualquier campo de la actividad humana.

CONCEPTO DE LA FISCALIA

La señora Fiscal Primera del Consejo de Estado considera que el fallo apelado debe ser confirmado. Estas son sus razones:

"Para el caso presente, la Ley 9a. del 11 de enero de 1989 — o Ley de Reforma Urbana — contiene en su Capítulo VI lo relativo a las "Licencias y Sanciones Urbanísticas". Dentro del artículo 63 se describen las actividades urbanísticas que requieren para su adelantamiento de permiso o licencia y, de estas actividades urbanísticas, que suman 8, sólo para 3 de ellas, las contempladas en el artículo 66, ibídem, se establecen las "Sanciones Urbanísticas". Y precisamente en dicha norma no se prevé sanción alguna para los hechos de remodelación o reparación ni "adecuación y reparación", hechos éstos por los cuales se impuso la sanción aquí demandada.

"Se observa por otra parte, a los folios 15 y ss. del cuaderno No. 1 del proceso, que a través de numerosos oficios la Oficina de Planeación Municipal de Armenia dió el permiso y la autorización para "reformular la fachada y adecuar el local". En uno de tales oficios, distinguido con el No. DU-371 del 4 de octubre de 1989, (fl. 17) se recomienda "que se de una mejor solución arquitectónica y constructiva" a la remodelación de la fachada. Lo que quiere decir que las reparaciones no se adelantaron a espaldas de la Oficina de Planeación sino precisamente ajustándose a sus recomendaciones y a la autorización

contenida en el oficio DU-205 del 29 de junio de 1984 (fol. 16) en el cual se expresa que por haberse observado en los planos el obediencia al oficio DU-200, se autoriza "la reforma de la fachada y la adecuación del local" (folio 8 cuaderno del Consejo).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 63 de la Ley 9a. de 1989 dice textualmente:

"Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización y parcelación para construcción de inmuebles, de terrenos en las áreas urbanas, suburbanas, y rurales de los municipios, se requiere permiso o licencia expedido por los municipios, áreas metropolitanas, del Distrito Especial de Bogotá o de la Intendencia de San Andrés y Providencia.

"El funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales, instituciones, administrativos y de servicios requerirá de licencia de uso y funcionamiento expedido por las mismas.

"Las entidades enumeradas en el inciso anterior tendrán un término máximo de 90 días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de otorgamiento de las licencias de urbanización y construcción y de 45 días para las licencias de uso y funcionamiento contados desde la fecha de la solicitud. Vencidos los plazos anteriores sin que la autoridad se hubiere pronunciado, las solicitudes de licencias se entenderán aprobadas en los términos solicitados pero en ningún caso en contravención a las normas que regulen la actividad. El plazo en el caso de las licencias de construcción podrá prorrogarse hasta en la mitad del mismo, mediante resolución motivada, por una sola vez, cuando el tamaño o la complejidad del proyecto lo ameriten. La invocación del silencio administrativo positivo se someterá al procedimiento previsto en los arts. 41 y 42 del decreto-ley 1 de 1984.

"La falta de pronunciamiento oportuno de los plazos previstos en el inciso anterior será causal de mala conducta para el funcionario competente".

Aparte de lo establecido en la norma legal pretranscrita, la Resolución No. C-007 de 1986 o Código Municipal de Urbanismo y Construcción de Armenia cuyas disposiciones, según su artículo 3o., son de obligatorio cumplimiento para "todas las construcciones nuevas, reformas o adiciones en construcciones existentes y demoliciones", exige para efectuar tales obras, permisos y licencias por parte del Municipio, previo el lleno de determinados requisitos.

SECCION PRIMERA

Es así como para el caso concreto de reformas o reparaciones que fueron las obras ejecutadas por Davivienda, tales requisitos están contemplados en los artículos 617, 620, 621 y 622 del mencionado Código Municipal de Urbanismo, e implican estudios y diseños y proyectos en orden a garantizar la seguridad frente a las cargas adicionales y la debida adecuación a la antigua construcción, de conformidad con las disposiciones urbanísticas del ya citado Código.

En el caso de autos, DAVIVIENDA no cumplió con los requisitos referenciados y por ende, tal como se deduce de algunas pruebas allegadas al proceso, no obtuvo el permiso definitivo para hacer las reformas que efectivamente llevó a cabo.

Al respecto la Oficina de Planeación Municipal de Armenia, a solicitud del Departamento Jurídico Municipal,

“CERTIFICA:

“Que una vez consultados los archivos de esta Oficina, se pudo constatar que la Corporación de Ahorro y Vivienda “DAVIVIENDA”, no satisfizo los requisitos y formalidades exigidos por el Código de Urbanismo del Municipio de Armenia, Resolución C-007 de 1986 y la Ley 9a. de 1989, para la obtención del permiso o licencia de construcción, requerida para adelantar obras de construcción en un inmueble de su propiedad ubicado en la carrera 16 No. 20-36/40/46 de esta ciudad”. (folio 14 cuaderno del Consejo).

La circunstancia anterior en nada contradice, al parecer de la Sala, lo dispuesto en los oficios DV-200 del 19 de junio de 1989 y DV-205 del 29 de junio del mismo año, pues si bien es cierto que mediante el primero se concede permiso a la Corporación para la demolición de un piso y por el segundo se autoriza la reforma de la fachada y adecuación del local, no lo es menos que dicho permiso “es de carácter provisional” y la mencionada autorización está supeditada — así se deduce de su texto —, a que los interesados soliciten la liquidación respectiva para obtener el permiso.

Los referidos oficios dicen así:

“Por tal motivo se le concede permiso, para demolición de este piso, sugiriéndole le sea colocada cubierta metálica y acabados buenos, tanto al techo como a la fachada que muestran la imagen de dicha Corporación.

“Este permiso es de carácter provisional debido a que el sector donde se encuentra ubicado, sólo se permiten edificaciones de 5 pisos como mínimo de altura, de acuerdo al Código de Urbanismo”. (folio 15 cuaderno No. 1).

Y, el DV-205 del 29 de junio de 1989:

“En revisión de los planos presentados a esta Oficina anteriormente y los cuales están de acuerdo a la comunicación DU-200/89 emanada por esta Dependencia a esa institución, autorizamos se proceda la Reforma de la fachada y adecuación del local.

“Por lo tanto, se deben acercar a esta oficina con el fin de solicitar la liquidación respectiva para obtener el permiso”.

De otro lado el artículo 66 de la Ley 9a. de 1989, preceptúa:

“Los alcaldes y el Intendente de San Andrés y Providencia podrán imponer las siguientes sanciones urbanísticas, graduándolas según la gravedad de la infracción:

“a.- Multas sucesivas que oscilarán entre medio salario mínimo legal mensual y 200 salarios mínimos legales mensuales cada una, para quienes parcelen, urbanicen o construyan sin licencia, requiriéndola, o cuando ésta haya caducado, o en contravención a lo preceptuado en ella, además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra, la suspensión de servicios públicos excepto cuando exista prueba de la habitación permanente de personas en el predio;...”.

Respecto de la disposición que acaba de transcribirse, consideran tanto la demandante como el Tribunal de primera instancia y la Fiscalía del Consejo de Estado que la sanción allí contemplada se aplica solamente a “quienes parcelen, urbanicen o construyan sin licencia, requiriéndola”, no para las obras de “adecuación y reparación” que fueron precisamente las realizadas por la actora, pues éstas no aparecen dentro de las sancionables en el literal a) del artículo 66 de la Ley 9a. de 1989.

Quienes así interpretan la norma, parten de la base de diferenciar el término “construcción” de donde viene la inflexión verbal, “construyan” que emplea el artículo 66 de la Ley 9a. de 1989, de las expresiones “adecuación” y “reparación” que utiliza el artículo 63 del mismo estatuto para exigir permiso o licencia por parte de los Municipios.

Empero, para la Sala una interpretación teleológica e inclusive gramatical de las normas mencionadas y una conjugación armónica de ellas, a la luz de lo dispuesto en las normas urbanísticas municipales de Armenia, llevan a la conclusión que para los efectos de la sanción, “adecuar” y “reparar”, implica “construcción”, y que en consecuencia, quienes “construyan”, pueden ser objeto de multa.

Consultando diversos diccionarios de la Lengua Española, tales como el de la Academia, el Hispano Universal y el Ideológico de Julio Cáceres, etc.,

SECCION PRIMERA

tenemos que el verbo "Construir" y su efecto "construcción" significan hacer una obra material o inmaterial, edificar, erigir, con los materiales necesarios, juntándolos ordenadamente, de acuerdo con un plan. Se le da, como debe dársele a dicha acepción, un contenido amplio y general que comprende todo lo que se haga y edifique.

Por este aspecto, las acciones de "adecuar" y "reformular" vienen a ser actividades de la construcción, si en cuenta se tiene que dichas obras, en el caso concreto, las de adecuación y reparación de los locales de la entidad demandante, requirieron de todo un plan de ejecución y de un proyecto arquitectónico, en el cual necesariamente figuran estudios, diseños, materiales, operarios, equipos, etc.

Todo parece indicar que esta noción amplia y genérica que al vocablo "construcción" se reconoce en esta providencia, encuentra respaldo en el Código Municipal de Urbanismo y Construcción de Armenia, en el cual como ya se expresó, se exigen para autorizar adiciones y reformas o reparaciones, requisitos relativos a estudios, diseños, proyectos, etc., propios de la construcción.

Al parecer, también el Gerente y el Arquitecto de la misma Corporación demandante consideran equivalentes los términos construcción y reforma. En efecto, obra en el expediente (folio 10 cuaderno 2), un oficio de fecha 25 de agosto de 1989, dirigido a Planeación Municipal, por medio del cual el Gerente y el Arquitecto de DAVIVIENDA solicitan la *aprobación de los planos arquitectónicos* para la reforma y a su vez, *la expedición de la respectiva LICENCIA DE CONSTRUCCION*. En el mismo escrito se designa como *proyectista y constructor* responsable al arquitecto LUIS ALVARO JIMENEZ P., designación que acepta este profesional en comunicación de septiembre 1o. de 1989 (folio 11) dirigida a Planeación en la que también declara conocer las disposiciones que rigen la materia y asume la responsabilidad "por eventuales perjuicios del *diseño* o la *construcción* exonerando al Municipio de toda responsabilidad, aceptando las sanciones previstas en caso de no ajustarse la *construcción* a los planes radicales y las normas vigentes". (Subrayas de la Sala).

De conformidad con los planteamientos anteriores puede concluirse que cuando la ley 9a. de 1989, en su artículo 63 exige permiso o licencia "para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reparación, etc."; y en su artículo 66, sanciona con multa a quienes construyan sin licencia, requiriéndola, el sustantivo "construcción" y la inflexión verbal "construyan" vienen a ser el género y las otras acepciones (ampliación, modificación, adecuación, reparación) las especies o modalidades comprendidas en él.

Así las cosas, si de conformidad con lo expuesto, las actividades de adecuación y reparación que fueron las ejecutadas por la demandante y por las

que se le sancionó, están comprendidas en el concepto genérico de la construcción, lógico resulta incluirlas dentro de las sancionables con multa por el artículo 66 literal a) de la Ley 9a. de 1989, para quienes construyan, cuando lo hacen, como en el caso de autos, "sin licencia, requiriéndola". De lo contrario, no se explicaría el que la ley establezca una prohibición (construir sin licencia) y deje sin sanción a quien la viole.

De todas las consideraciones se concluye que con el acto acusado no se ha violado ni la Ley 9a. de 1989 ni disposición constitucional alguna, por lo que entonces la sentencia apelada, debe revocarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, con fecha 4 de febrero de 1991, dentro del proceso de la referencia, y en su lugar, DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

EJERCICIO DE PROFESIONES/CORRETAJE/CORREDOR/AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL/CONTRATO DE FLETAMIENTO MARITIMO/ CORREDOR DE CONTRATOS DE FLETAMIENTO MARITIMO

Al llegar la Sala a la conclusión de que deben anularse varias disposiciones por establecer requisitos no previstos en la norma reglamentada y por cuanto, de otro lado, las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, es incontrovertible que también procede la nulidad de otras normas concordantes del mismo acto acusado, que establecen cuáles son los documentos que se deben presentar a la autoridad marítima para acreditar el cumplimiento de requisitos legales. También procede la nulidad de la norma que exige la presentación de dos certificaciones expedidas por entidades bancarias o de crédito reconocidas por la Superbancaria o la entidad nacional competente, en donde conste un correcto desempeño bancario, por cuanto se trata de un requisito no previsto en la norma que se reglamenta, para que se pueda ejercer la actividad u oficio de corredor.

DECLARA LA NULIDAD de los literales B, C, D, F y G del numeral 1o. del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1753 de 4 de julio de 1991, expedido por el Gobierno Nacional; del literal a.1 numeral 2o. del artículo 5o. del mismo Decreto; de los incisos segundo, tercero y quinto del artículo 6o., de los artículos 8o., 10 y 12 del Decreto precitado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. 1848. Acción de nulidad en relación con el Decreto 1753 de julio 4 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: Gabriel Mesa Zuleta.

El ciudadano GABRIEL MESA ZULETA, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 84 del C.C.A., solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto 1753 de julio 4 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República, por medio del cual se reglamenta parcialmente el decreto-ley 2324 de 1984 y el Código de Comercio, en lo relativo a los corredores de contratos de fletamiento marítimo.

En subsidio, solicita se declare la nulidad de los siguientes artículos del precitado decreto 1753 de 1991: 5, numeral 1, literales b, c, d, f y g; numeral 2, literales a.1 y a.3 del mismo artículo; 5, incisos segundo, tercero y cuarto; 8, 10 y 12.

I. FUNDAMENTO DE DERECHO

Considera el accionante que al proferirse la norma atacada, se violaron las siguientes normas: artículos 11, 17, 20, 26, 32, 39 y 120-3 de la Constitución de 1886, vigente en el momento de la expedición del decreto acusado; artículos 1340 y 1346 del Código de Comercio; artículo 5o., numeral 11 del decreto 2324 de 1984; artículo 15 de la Ley 9a. de 1991; y, los artículos 84, 100, 189-11, 26 y 29, inciso cuarto, de la Constitución Política de 1991.

II. LA ACTUACION

Mediante proveído de veinticuatro (24) de octubre de 1991, se admitió la demanda y se accedió a la solicitud de decreto de suspensión provisional de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o., del artículo 5o., del literal a.1 del numeral 2o. del mismo artículo, del inciso primero del artículo 6o. y de los artículos 8, 10 y 12 del Decreto demandado, negándose la de las demás normas del decreto precisadas en la demanda.

Notificada la demanda al señor Ministro de Defensa Nacional como representante de la Nación demandada, constituyó apoderado especial, el cual interpuso recurso de reposición contra la decisión de suspensión provisional, que se decidió mediante providencia de diciembre doce (12) de 1991, en el sentido de confirmar la medida precautelativa.

Igualmente, la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, por conducto del mismo apoderado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

SECCION PRIMERA

Demandante y apoderado de la demanda hicieron uso del término para alegar de conclusión, insistiendo, cada uno de ellos, en sus puntos de vista.

La señora Fiscal Primera de la Corporación no se refirió a las súplicas de la demanda dentro del indicado término de traslado para alegar.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dijo la Sección en su providencia de 24 de octubre de 1991, para adoptar la medida de la suspensión provisional de las normas atacadas, lo siguiente que conviene reproducir para dictar la sentencia de fondo:

“Los cargos están formulados de manera general contra la totalidad del decreto reglamentario acusado, sin precisar cuáles de los trece artículos que lo integran quebrantan concretamente esas disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda; sin embargo, del capítulo de la demanda que titula ‘Fundamento de las peticiones subsidiarias’, surge en concordancia con éstas, que se está refiriendo específicamente a los artículos 5, numeral 1, literales b, c, d, f y g; numeral 2, literales a.1, y a.3; 6o., incisos segundo, tercero y cuarto; 9, 10 y 12 del decreto 1753 de 1991, y por ello, la Sala haciendo uso de sus poderes de interpretación de la demanda, procederá a decidir sobre la suspensión provisional de dichas normas, previas las siguientes

“CONSIDERACIONES:

“1. Dice así el artículo 5o. del decreto acusado:

“La licencia de que trata el artículo precedente de este Decreto, será otorgada por la Autoridad Marítima Nacional previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“ ... b) Otorgar en favor de la Nación, Autoridad Marítima Nacional, una garantía de cumplimiento de sus obligaciones como Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, por el monto que la misma autoridad determine anualmente;

“c) Poseer los locales apropiados para el ejercicio de esta actividad cuya idoneidad será determinada por la autoridad Marítima Nacional mediante inspección que efectuará un funcionario designado por ésta.

En lo concerniente a personas jurídicas esta disposición es igualmente aplicable a las sucursales cuando a ello hubiere lugar;

“d) Contar con una póliza que ampare la eventual responsabilidad profesional del Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, la cual deberá ser expedida por una compañía de seguros legalmente reconocida. En el caso de personas jurídicas, esta póliza debe cubrir a los directores o administradores de la sociedad.

“... f) No encontrarse la persona natural o jurídica o cualquiera de sus directores o administradores, comprendidos dentro de las causales de incompatibilidad previstas por el artículo 8o. del presente Decreto.

“g) Acreditar que posee la debida experiencia profesional. Cuando se trate de una persona jurídica este requisito de idoneidad se predicará de los directores o administradores que dentro de la sociedad se dediquen a la actividad del corretaje.

“2. Además de los requisitos anteriores, tanto las personas naturales como jurídicas deberán cumplir con los siguientes:

“a) 1. Ser nacional colombiano.

“a) 3. Tener comicio permanente en el país y registrarlo ante la autoridad marítima nacional”.

“Confrontados por la Sala los literales b), c), d) y f) del numeral 1 del decreto reglamentario demandado, con el artículo 1340 del Código de Comercio que define el corredor, en general, como ‘la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación, encuentra, prima facie, el quebrantamiento de dicha norma legal que no establece requisitos o condiciones para el ejercicio de la actividad u oficio de corredor, y no sólo de ella sino del ordenamiento constitucional, entonces vigente, o sea, el artículo 39 de la Carta Política de 1886 en cuanto preceptuaba que ‘Toda persona es libre de escoger profesión u oficio’ y que ‘la Ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones’, hoy reemplazada, en esa materia, por el artículo 26 de la Constitución que entró a regir el 7 de julio del presente año que reza: ‘Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad.

Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan forma-

ción académica son de libre ejercicio salvo aquéllas que impliquen un riesgo social', que — observa la Sala — deben ser definidas por el legislador.

“Por ello habrá de decretarse la suspensión provisional de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto acusado.

“No encuentra, por el contrario, la Sala que, a primera vista, con el literal g) del numeral 1o. del mismo artículo 5o., también acusado, se hubiere quebrantado el artículo 1340 del C. de Co., si se tiene en cuenta que definiendo esta norma al corredor, en general, como la persona que, *por su especial conocimiento de los mercados ...*’, cabe dilucidar en la sentencia que ponga término a la acción, y solamente en esa oportunidad, si en ejercicio de la potestad reglamentaria puede el jefe del ejecutivo exigir la comprobación de que se posee ese especial conocimiento del mercado o mercados.

“En consecuencia, la Sala no accederá al decreto de suspensión provisional del literal g) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto demandado.

“En cuanto hace relación al literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o. del decreto acusado, la Sala también encuentra, de manera ostensible, el quebrantamiento no sólo de la norma del Código de Comercio — el art. 1340 — que define al corredor, en general, sin limitar la actividad, ocupación u oficio a las personas naturales, *nacionales colombianos*, sino igualmente del artículo 11 de la Carta Política de 1886 que regía entonces, en cuanto consagraba el principio de que ‘los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos’, salvo los derechos políticos que se reservarán a los nacionales y demás limitaciones o condiciones especiales que establezca *la ley*, disposición que, con la modificación consistente en que la ‘ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital’, se reproduce textualmente en el Art. 100 de la Constitución de 1991.

“Como resultado de ello, también habrá de accederse al derecho (sic) de suspensión provisional de este literal del numeral 2o. del artículo 5o. del decreto enjuiciado.

“Finalmente, en cuanto hace relación al literal a.3 del numeral 2o. de este mismo artículo 5o., que exige que las personas naturales que vayan a ejercer el oficio o actividad de corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, deben ‘Tener domicilio permanente en el país y registrarlo ante la autoridad marítima nacional’, la Sala no encuentra, a pri-

mera vista, el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como supuestamente contrariadas, si se tiene en cuenta que corresponde a la autoridad marítima nacional – la Dirección General Marítima y Portuaria – según lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 5o. del decreto-ley 2324 de 1984, ‘controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas en especial las de ... *corretaje de naves y de carga* ... y expedir las licencias correspondientes’, lo que podría llevar a pensar que para ejercer esa competencia que la ley le atribuye a la autoridad marítima nacional, es indispensable que la persona que ejerce la actividad debe tener su domicilio en el país y debe registrarlos ante aquélla.

“En consecuencia, no se accederá a la solicitud de suspensión provisional de dicha norma.

“2. Dice el artículo 5o. del decreto demandado:

“Para acreditar los requisitos exigidos por los ordinales e), f) y g) del numeral 2 del artículo precedente, la solicitud deberá estar acompañada por los siguientes documentos”:

“Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas por el presente Decreto, ni dentro de las causales de inhabilidad para ejercer el comercio.

“Presentar y aprobar el examen de calificación profesional ante la autoridad marítima nacional. Si el solicitante es una persona jurídica el citado examen deberá ser presentado por un directivo de la misma.

“Certificado de existencia y representación de la respectiva Cámara de Comercio”.

“La Sala encuentra que como consecuencia del decreto de suspensión provisional del literal f) del numeral 1o. del artículo 5o. del Decreto acusado, deberá igualmente decretarse la suspensión del inciso primero (sic) del artículo 6o., en cuanto exige la declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas por ‘el presente Decreto’; empero, debe negar la suspensión de la segunda parte de ese numeral, pues lo de la inhabilidad para ejercer el comercio proviene de la misma ley que se reglamenta, o sea, del Código de Comercio, no encontrándose, entonces, quebrantamiento alguno de la norma superior.

“También denegará la suspensión provisional de los numerales 2o. y 3o. (sic) del artículo 6o. del decreto, por las mismas consideraciones

que se tuvieron en cuenta para negar la suspensión del literal g) del numeral 1o. del artículo 5o., ib., y por cuanto, es obligación de las personas jurídicas que adelantan gestiones ante autoridad, administrativa o judicial, acreditar su existencia y su representación legal.

“3. Reza el artículo 8o. del decreto demandado:

“ “El corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo a quien se le haya otorgado una licencia que acredite tal calidad, no podrá operar simultáneamente como transportador, ni agente marítimo por sí ni por interpuesta persona. Tampoco podrá ser socio o copartícipe en organizaciones cuyo objeto social sea el transporte o agenciamiento marítimo.

“ “Parágrafo transitorio.

“ “A partir de la vigencia del presente Decreto las personas naturales o jurídicas que ostenten dos (2) o más de las calidades mencionadas, deberán optar por una de ellas en el término de seis (6) meses, en caso contrario, dichas licencias serán declaradas sin valor y efecto’.

“La Sala accederá a la solicitud de suspensión provisional de este artículo, por cuanto, a diferencia de la norma del Código de Comercio (art. 1347) que define a los ‘corredores de seguros’, que establece la limitante de que las sociedades o empresas que se constituyan para el desarrollo de dicha actividad, deben tener por objeto social el de *‘exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador’* (se subraya), las disposiciones del mismo Estatuto que definen y regulan el corretaje en general no establecen igual limitación o limitante, razón por la cual, a primera vista, se encuentra quebrantamiento de la norma reglamentada por exceso en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

“4. Dice el artículo 10 del decreto acusado:

“Periódicamente podrá la autoridad marítima nacional realizar inspecciones a la sede o sedes del Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, con el fin de verificar el cumplimiento del literal c) del artículo 5o. del presente Decreto’.

“Como consecuencia de la procedencia de la suspensión provisional del literal c) del artículo 5o. del decreto demandado, la Sala igualmente procederá a proferir decreto de suspensión provisional de esta disposición contenida en el artículo 10, pues no siendo legal la exigencia a los corredores de Contratos de Fletamiento Marítimo de que posean locales apropiados para el ejercicio de esta actividad, tampoco lo será la norma que le confiere la competencia a las autoridades marítimas colombianas para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en aquella norma’.

“5. Finalmente, preceptúa el artículo 12 del decreto demandado:

“ “En caso de incumplimiento a las normas contempladas en el presente Decreto, la autoridad marítima nacional de oficio o a petición de parte interesada, procederá a realizar una investigación e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con lo previsto en el Título V, artículos 76 a 82 del Decreto-Ley 2324 de 1984, pudiendo además hacer efectiva la póliza contemplada en el literal b) del artículo 5o. del presente Decreto’.

“ “Parágrafo: El Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo a quien se le haya cancelado su licencia no podrá volver a solicitar su inscripción directamente o por interpuesta persona, sino transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que la cancelación se hizo efectiva’.

Prima facie la Sala encuentra que la anterior disposición quebranta el artículo 1346 del C. de Co., invocado por el accionante, según el cual: ‘El corredor que falte a sus deberes o en cualquier forma quebrante la buena fe o la lealtad debidas será suspendido en el ejercicio de su profesión hasta por cinco años y, en caso de reincidencia, inhabilitado definitivamente’, conociendo ‘de esta acción el juez civil del circuito del domicilio del corredor mediante los trámites del procedimiento verbal’. Se impone, pues, la suspensión provisional como se ha solicitado”.

Posteriormente, con motivo de la decisión del recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la Nación— Ministerio de Defensa Nacional — la Sala expresó:

“I. SUSTENTACION DEL RECURSO

“El Corretaje de Contratos de Fletamiento Marítimo es una actividad marítima, por lo tanto sujeta al control de su ejercicio profesional por la Dirección General Marítima, según lo preceptuado en los Arts. 3, 4, 5 num. 11 del Decreto ley 2324 de 1984.

“ “Debe tener en cuenta la Honorable Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado lo particularmente especializado de la actividad del corretaje marítimo.

“ “En efecto, el corredor es una persona con especial conocimiento de un mercado (Art. 1340 C. Co.), por lo que requiere conocer de comercio exterior, tarifas, flétes, transporte marítimo, fletamiento, idiomas, regímenes aduaneros, tráfico marítimo, contabilidad, economía y conocimientos jurídicos.

SECCION PRIMERA

Es decir, que la Dirección General Marítima requiere de herramientas eficaces y precisas para poder ejercer el control de esta actividad, por lo que el Decreto 1753 del 4 de julio de 1991 suple adecuadamente el cometido de control sobre la actividad marítima que ejerce la Dirección General Marítima.

“ “Me permito, en armonía con lo anterior, presentar claridad sobre el contrato de corretaje.

“ “En el contrato de corretaje una persona que se denomina proponente o interesado, confiere encargo material a otra persona llamada corredor para que la asesore en la oportunidad y persona con la que pueda celebrar un negocio jurídico.

“ “El corredor se caracteriza por ser un experto o especialista en un área del mercado de bienes y servicios. Sus conocimientos deben armonizar con el manejo del transporte marítimo, dedicarse profesionalmente a esta actividad. Por esta razón los espontáneos u ocasionales que quieran asumir esta actividad no tienen el carácter de corredor.

“ “En razón de la definición que sobre corredor trae el Código de Comercio en su artículo 1340, el corredor no actúa en nombre de su cliente y tampoco es su representante. Es una persona independiente que no participa en la conclusión del contrato, solamente propicia su gestión profesional, simplemente pone en relación a las partes.

“ “El corredor por lo tanto, contrae la obligación de obrar diligentemente en el desarrollo de su actividad, según su encargo. El corretaje deberá considerarse como un contrato principal, se caracteriza por ser un negocio de colaboración.

“ “Debe concluirse para este aparte que el corredor tiene el encargo de poner en relación a dos o más personas, facilitar negocios, propiciar negocios y mediar sin vínculo alguno, con las partes. El mandatario por el contrario tendrá por encargo celebrar negocios por cuenta de otro, o en nombre de otro y el agente tendrá el encargo de promover negocios.

“ “II. Sobre las normas del Decreto 1753 de 1931 que la Honorable Sala decretó su suspensión provisional, presentó los siguientes argumentos:

“ “1. El literal b) del numeral 1 del artículo 5 que pide otorgar a favor de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima una garantía de cumplimiento de sus obligaciones como corredor de contratos de fletamiento marítimo.

“ Efectivamente, como ya se anotó inicialmente, la actividad marítima y en particular el corretaje marítimo son de su esencia profesiones específicas y muy especializadas en las que las negociaciones y transacciones se efectúan en moneda extranjera regularmente (US. dólares), por lo que ante una posible negligencia se podrían presentar grandes responsabilidades de tipo contractual y extracontractual. Por eso los espontáneos u ocasionales son un grave riesgo en el desarrollo de esta importante actividad comercial.

“ El corredor de contratos de fletamiento marítimo en la ejecución de su encargo debe responder por no haber actuado con la suficiente diligencia. Su responsabilidad también será precontractual por no cumplir con su deber de buena fe en el período del negocio, sin contar que se concluya o no el negocio.

“ En consecuencia, lo que pretende el Decreto 1753 de 1991 es dotar a la Dirección General Marítima de medios idóneos para controlar la actividad del corretaje marítimo y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, lo que le va a permitir al usuario o al particular desprevenido contar con las previsiones necesarias para la obtención de un adecuado servicio.

“ El Decreto 1753 en ningún momento pretende restringir la libertad de escoger profesión u oficio. Cualquier persona que desee desempeñar la actividad del corretaje marítimo puede solicitar libremente ante la Dirección General Marítima su registro e inscripción como corredor de contratos de fletamiento marítimo.

“ 2) El literal c) del numeral 1 del artículo 5 sobre la exigencia de que el corredor de contratos de fletamiento marítimo posea locales apropiados para el ejercicio de esta actividad.

“ En primer término debe tenerse en cuenta que los actos de las personas naturales o jurídicas que se desempeñen como corredores de contratos de fletamiento marítimo, conforme al artículo 20 del Código de Comercio, serán considerados como actos de comercio para efectos legales.

“ Lo normal es que el corredor de contratos de fletamiento marítimo tengan un local apropiado, es decir una oficina como centro de sus operaciones.

“ La actividad marítima exige que el corredor de contratos de fletamiento marítimo presente una situación estable que le permita ofrecer a sus clientes una imagen seria y de permanencia, a través de una oficina que además cuente con medios de comunicación mínimos que per-

SECCION PRIMERA

mitan y suministren un manejo de información y control idóneo en el asesoramiento de todos sus clientes.

“ “Antes de la vigencia del Decreto 1753 de 1991 se venían presentando una serie de anomalías en la prestación de este servicio, las que obedecían a que algunos corredores no disponían de medios mínimos para prestar su servicio a los usuarios. Con el Decreto impugnado se pretende que el corredor atienda y asesore a sus clientes potenciales en una forma adecuada.

“ “La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado en el Auto recorrido no descubre clara su posición frente a la exigencia de un local apropiado. El corredor debe velar por su buen desempeño profesional y esto no contraviene la norma constitucional que establece la libertad de profesión u oficio. El Decreto demandado protege esta profesión liberal y propugna porque el usuario reciba un buen servicio.

“ “El corretaje marítimo debe ser una actividad organizada y como parte de ésta, exige la utilización de medios adecuados (medios de comunicación, personal, mobiliario) para el ejercicio de la actividad marítima del corretaje. Es decir, la presencia y permanencia del corredor son elementos importantes y necesarios en el corretaje marítimo para la buena prestación del servicio a los usuarios.

“ “3) El literal d) del numeral 1 del artículo 5 sobre la póliza que ampara la eventual responsabilidad profesional del corredor de contratos de fletamiento marítimo.

“ “La misión primaria del seguro no es la de eliminar los riesgos sino atender la satisfacción de las necesidades que de ella se deriven, por lo que no puede ser del todo ajeno a la actividad preventiva.

“ “El seguro es una institución económica con influencia preponderante en todos los campos de la economía (producción, consumo, comercio, transporte, crédito, etc.).

“ “Dentro del contexto de la actividad productiva los riesgos significan un obstáculo. No es prudente exponer los patrimonios. Estos patrimonios pueden comprometerse en empresas arriesgadas.

“ “Dentro de la actividad del corretaje marítimo como actividad comercial, el seguro se encargará de contribuir a su desarrollo, como un factor indirecto de producción. El comercio internacional no puede entender el corretaje marítimo o la actividad del transporte sin la protección del seguro, las actividades de importación y exportación de ma-

terías primas de mercancías elaboradas, sujetas a los riesgos del mar solamente podrían ser prestadas por las grandes empresas capaces de hacer frente a todas estas contingencias. Vemos pues como el seguro juega un papel preponderante dentro del transporte marítimo nacional e internacional. Con el seguro ninguna empresa grande o pequeña podrá sentir amenazado su patrimonio por los riesgos marítimos. El seguro además, ha contribuido al perfeccionamiento de los medios de transporte.

“ “Un producto sin mercado carece de interés económico y ese mercado sin las facilidades de transporte no tendría sentido. Se concluye así que el transporte por mar y por aire encuentran en el seguro un mejor cumplimiento ya que el transporte marítimo y aéreo es el que más afronta riesgos. El transporte como obligación de resultado, es además una actividad peligrosa.

“ “El corredor de contratos de fletamiento marítimo presta un asesoramiento muy especializado y ante los muchos riesgos que se presentan lo lógico es que el usuario cuente con la garantía de una póliza de responsabilidad profesional contratada por el corredor que le permitirá garantizar capitales en juego que son transportados. El usuario y las diferentes cargas se verán así respaldadas y sus actividades comerciales protegidas e incrementadas.

“ “Se concluye así que una póliza de responsabilidad profesional suscrita por el corredor marítimo no limita o excluye su libertad de ejercer libremente su profesión. Es más, será también un beneficio al verse respaldado con esta póliza.

“ “4) El literal f) del numeral 1 del artículo 5 que hace referencia a las causales de incompatibilidad del artículo 8, el inciso primero del artículo 6 en la frase ‘... Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto ...’ y el artículo 8.

“ “El artículo 8 desarrolla la incompatibilidad, contemplada expresamente en el Código de Comercio en los artículos 1340 y siguientes, 1455, 1473, 1478, 1489 y siguientes, entre las figuras del agente marítimo, el corredor y el transportador.

“ “Como vimos inicialmente el corredor es un comerciante profesional que por una remuneración recibe el encargo de concertar la oferta y la demanda, y promueve la conclusión de un negocio, en este caso la celebración de un contrato de fletamento.

“ “El artículo 1340 del Código de Comercio enseña que el corredor es la persona que con un especial conocimiento del mercado relaciona a

SECCION PRIMERA

dos o más personas, y no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

“ “Esto quiere decir que debe reconocerse al corredor como una persona independiente, libre de todo vínculo y cuyo objetivo será el de relacionar a otras personas que celebren o concluyan negocios.

“ “De esta manera y consecuente con las previsiones del Código de Comercio, la función del corredor ríñe con figuras como el mandato, la representación, la colaboración y la dependencia.

“ “Efectivamente, si tomamos la figura del agente marítimo (artículo 1489 y siguientes del Código de Comercio) encontramos que este profesional en la actividad del transporte marítimo desarrolla presupuestos económicos determinantes en esta industria.

“ “Para el naviero se hace necesario nombrar apoderados generales por razón de sus operaciones. La estadía de la nave en puerto se presenta muy breve y el Capitán de la nave no puede desarrollar todas sus funciones, por lo que se hace necesario un representante permanente que vele por los intereses del armador.

“ “Entre el armador y el agente marítimo puede mediar un mandato con o sin representación que los liga inmediatamente.

“ “Es evidente entonces que las figuras de corredor de contratos de fletamiento marítimo y agente marítimo resultan totalmente opuestas en su regulación legal y sus objetivos.

“ “Sucede que el Decreto 1551 de 1974 permitía que el corredor ejerciera funciones de apoderamiento o representación, lo que facilitaba que, contrariando el Código de Comercio, las funciones de agente marítimo y corredor fueran prestadas simultáneamente por una misma persona. Entonces, un agente marítimo siendo representante de un armador podía ser corredor también, presentándose así esta dualidad de funciones incompatibles en una misma persona.

“ “El Decreto 1753 de 1991, corrige estos graves errores y pone la actividad del corretaje marítimo y el agenciamiento marítimo en armonía con el Código de Comercio.

“ “Dentro de la función del corretaje marítimo el corredor no puede tener el encargo de celebrar negocios por cuenta de otro o en nombre de otro, solamente puede propiciar, mediar o facilitar estos negocios.

“ “Se concluye entonces que las figuras de corretaje, el agenciamiento marítimo y el transporte marítimo, especialmente estas dos últimas deben estar desligadas en todo sentido del corretaje marítimo.

“ “En otra parte la figura del corretaje marítimo es bien distinta de la del corretaje de seguros dado su carácter y especialidad. Es así que el Decreto 1753 de 1991 desarrolla únicamente los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio que corresponden a la Sección Primera del Título XIV y no reglamenta la Sección II que regula en forma autónoma a los corredores de seguros. La facultad reglamentaria de que hizo uso el Gobierno al expedir el Decreto 1753 de 1991 está contenida expresamente en el artículo 1353 del citado Código.

“ “5) El artículo 10 que autoriza a la Dirección General Marítima para realizar inspecciones periódicas a la sede o sedes del corredor.

“ “Como anteriormente se comentó, en la actividad del corretaje marítimo se venían presentando una serie de anomalías en su desempeño profesional. En efecto los ‘Corredores de Maletín’ venían causando grandes trastornos en el servicio a los usuarios no pudiendo tener éstos respaldo o garantía en el servicio prestado. Por supuesto un local apropiado ofrece al usuario una situación estable que le permite tener un mejor y seguro servicio. Esto en armonía con el Decreto 2324 de 1984 que le otorgó a DIMAR la capacidad de controlar, dirigir, coordinar y fomentar la actividad marítima y para este caso en particular el corretaje marítimo.

“ “6) El artículo 12 que contempla las sanciones al corredor de contratos de fletamiento marítimo por violación a las normas de este Decreto y de la Marina Mercante.

“ Como quedó dicho con antelación, el Decreto 2324 de 1984 reorganizó la Dirección General Marítima como la Autoridad Marítima Nacional que dirige, controla, coordina y fomenta la actividad marítima. Este Decreto igualmente contempla el procedimiento de vía gubernativa establecido para las investigaciones por violación a las normas que regulan las actividades marítimas y de la Marina Mercante, en su Título V, artículos 76 a 82. Quiere decir esto que ante una presunta infracción por parte de un corredor de contratos de fletamiento marítimo el Decreto 1753 de 1991 o cualquier otra norma de marina mercante, la investigación se adelantará por el procedimiento del Decreto 2324 de 1984.

“ “Esta facultad disciplinaria de la Dirección General Marítima no puede ni debe confundirse con la responsabilidad contractual o extracontractual en que pueda incurrir un corredor de contrato de fletamiento

marítimo por razón del incumplimiento de sus obligaciones y deberes en un negocio específico y que necesariamente será declarada por la justicia ordinaria.

“ “Por lo que resulta claro que el Decreto 1753 de 1991 en lo que toca a este artículo en ningún momento se sustrae a la competencia de la justicia ordinaria respecto a la responsabilidad del corredor que pueda sobrevenir por causa de su culpa durante su gestión comercial.

“ “El artículo 12 suspendido provisionalmente en ningún momento viola ninguna norma superior o constitucional”.

“II. LA DECISION

Para decidir se *considera*:

“1o. Para decretar la suspensión provisional de varios de los artículos del decreto reglamentario acusado, la Sala hizo la confrontación de esas dos disposiciones con las normas contenidas en la Constitución Política, como aquéllas que consagran que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen un riesgo social, que deben ser definidas legislativamente, y también con aquellas que se encuentran comprendidas en las normas reglamentadas, o sea, los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio, encontrando que realmente el Ejecutivo Nacional se había excedido en el ejercicio de la potestad o facultad reglamentaria, al limitar la actividad o la ocupación de corredor de contratos de fletamiento marítimo a las personas naturales, *nacionales colombianos*, y reglamentar la ocupación u oficio con exigencias no previstas en la ley reglamentada, tales como, por ejemplo, la exigencia de una garantía para el correcto ejercicio del corredor, poseer locales apropiados para lo mismo, el otorgamiento de otra garantía para responder el usuario por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, el establecimiento de sanciones diferentes a las señaladas en el Código de Comercio, la prohibición e inhabilidad para operar simultáneamente como transportador y agente marítimo, etc.

“2o. Las razones expuestas por el señor apoderado de la recurrente como se puede observar de una atenta lectura del memorial, transcrito anteriormente en su totalidad, no desvirtúan las consideraciones de orden estrictamente jurídico que llevaron a la Sala a adoptar la decisión de suspender provisionalmente los efectos de varias de las normas acusadas, pues se limitan a poner de presente la necesidad de adoptar disposiciones sobre esos temas, en orden a garantizar el debido ejercicio de la actividad u ocupación y el consiguiente cumplimiento de las obli-

gaciones por parte de los corredores de contratos de fletamiento marítimo, así como la total independencia de ellos en relación con las partes en el contrato de transporte marítimo (agente marítimo transportador). En otras palabras, se expresan, como servirle al ejecutivo para proponer un proyecto de ley para introducirle adiciones o modificaciones al Código de Comercio, en cuanto hace relación al contrato de corretaje, pero que, por muy loables que sean, no autorizan, por la vía del reglamento, la adición o la modificación de las normas que actualmente lo regulan, ni pueden servir de fundamento a la revocación de la providencia recurrida, que, como se dijo, sólo tuvo en cuenta — no podía tener otras — consideraciones de carácter jurídico, con total prescindencia de las razones de ‘conveniencia, oportunidad o mérito’ que es imposible que le sirvan de guía al juez administrativo para decidir sobre la constitucionalidad o la legalidad de un acto administrativo enjuiciado.

“En consecuencia, el recurso no está llamado a prosperar”.

**La nulidad de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o.
del artículo 5o. del decreto acusado**

Los argumentos o razones que llevaron a la Sala a proferir el decreto de suspensión provisional de los precitados literales del numeral 1o. del artículo 5o. del acto demandado, que no son otros que los requisitos o condiciones establecidos en ellos para el ejercicio de la actividad u oficio de corredor, no están expresamente señalados o previstos en el artículo 1340 del Código de Comercio, norma reglamentada, y que, por lo demás, están en abierta contradicción con lo que preceptuaba en el momento de su expedición el artículo 39 de la Carta Política, hoy reemplazado por el artículo 25 del nuevo ordenamiento constitucional, no han sido desvirtuados en el curso del proceso. Conservan, entonces, toda su validez, y servirán igualmente de fundamento para decretar la nulidad de esas disposiciones, sin dejar de observar, además, que el requisito consagrado en el literal c) relativo al hecho de contarse con locales apropiados, viene de la institución del “agente marítimo” (numeral 7o. del art. 1491 del C. de Co.), y no se encuentra, como ya se dijo, en la norma reglamentada.

**La nulidad del literal g) del mismo numeral 1o.
del artículo 5o. del decreto demandado**

En su alegato de conclusión, la parte actora insiste en la nulidad del indicado literal, por considerar que se viola el artículo 39 de la Constitución de 1886, en concordancia con el Art. 26 de la actual Carta Política, pues en la anterior normatividad la autoridad podía inspeccionar la moralidad, seguridad y salubridad pública en cuanto al ejercicio de los oficios, mas no una calificación académica, y por cuanto, por lo demás, de haber sobrevivido

SECCION PRIMERA

bajo la Carta de 1886, no podía sobrevivir bajo la actual, pues en ella se establece, con claridad absoluta, que las ocupaciones, artes u oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio y por ende no puede, por vía de la presentación de un examen, negarse la licencia, lo que a su vez conlleva impedir el libre ejercicio del oficio.

Como la Sala se abstuvo de decretar la suspensión provisional de dicho literal, por no encontrar prima facie el quebrantamiento del artículo 1340 del C. de Co., reglamentado, corresponde ahora, especialmente ante la insistencia de la parte actora, llegar a una conclusión sobre su inconstitucionalidad o ilegalidad.

Para llegar a una conclusión sobre el particular, debe observarse que tanto la norma derogada — el art. 39 de la Constitución de 1886 —, como la nueva — el art. 26 de la Constitución de 1991 —, consagran la libertad de escoger profesión u oficio, radican en la ley la facultad de exigir títulos de idoneidad, y el derecho de las autoridades de inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones; empero, entre una norma y la otra, existe una marcada diferencia: en la norma precitada del nuevo ordenamiento constitucional claramente se preceptúa que *“las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen un riesgo social”* (subrayado fuera de texto), riesgo social que, para la Sala, correspondería definir también al legislador, cosa que no ha acontecido hasta el momento.

Pero la nulidad de este literal no podrá fundamentarse en norma superior de derecho que no regía en el momento de la expedición de aquél, sino precisamente en el quebrantamiento del art. 39 de la Constitución de 1886, que la Sala encuentra en la disposición, ya que si bien la norma reglamentada exige poseer especiales conocimientos de los mercados, de ello no se deduce la exigencia de que se acredite o demuestre con prueba académica.

En consecuencia, es igualmente procedente la solicitud de nulidad del literal g) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto reglamentario demandado.

La nulidad de los literales a.1 y a.3 del numeral 2o. del artículo 5o. del decreto demandado

No sólo conservan su valor los argumentos o razones expuestos por la Sala para decretar la suspensión provisional del literal a.1, por no haber sido desvirtuados en el curso del juicio, sino que el propio apoderado de la demandada expresa en su memorial de contestación de la demanda que está de acuerdo con ello, pues “dentro de los criterios de apertura preceptuados por el Gobierno Nacional y la nueva Constitución, sí resulta contradictorio que el decreto 1753 de 1991: limite la actividad del Corretaje Marítimo

(sic) a los nacionales colombianos. El ingreso de personas extranjeras a esta actividad puede incidir favorablemente en el desarrollo de la misma”.

Por lo anterior, también está llamada a prosperar la súplica relacionada con este literal.

En cuanto a la solicitud de nulidad del literal A. 3, la parte actora, como parece deducirse de su alegato de conclusión, no insiste en su petición, ya que no se refiere para nada a esa norma, ni a los argumentos o razones que expuso la Sala en su providencia decisoria de la suspensión provisional, que en lo que hace o atañe a ese literal a.3. le sirvieron de fundamento a la negativa de adoptar, en cuanto a esa norma, la medida precautelativa.

Conservando, entonces, todo su valor la argumentación mencionada de la Sala, no habrá de accederse a esa súplica de la demanda.

Nulidad del artículo 6o. del decreto impugnado

Al llegar la Sala a la conclusión de que deben anularse los literales e), f) y g) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto acusado, por establecer requisitos no previstos en la norma reglamentada y por cuanto, de otro lado, las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica SON DE LIBRE EJERCICIO, es incontrovertible que también procede la nulidad de los incisos segundo y tercero del artículo 6o. del decreto en cuestión, que establecen cuáles son los documentos que se deben presentar a la autoridad marítima para acreditar el cumplimiento de los requisitos señalados en los literales e), f) y g) del numeral 1o. del artículo 5o.

También procede la nulidad del inciso 5o. del artículo 6o. acusado, en cuanto exige la presentación de dos certificaciones expedidas por entidades bancarias o de crédito reconocidas por la Superintendencia Bancaria o la entidad nacional competente, en donde conste un correcto desempeño bancario, por cuanto se trata de un requisito no previsto en la norma que se reglamenta, para que se pueda ejercer la actividad, ocupación u oficio de corredor.

Nulidad del artículo 8o. del decreto impugnado

Por las mismas consideraciones expuestas por la Sala en la providencia por la cual se decretó la suspensión provisional de esta norma, las cuales no han sido desvirtuadas en el proceso, habrá de accederse a la nulidad del indicado artículo.

Nulidad del artículo 10 del decreto acusado

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del literal c) del nu-

meral 1o. del artículo 5o., habrá de decretarse la nulidad de este artículo 10 del decreto.

Nulidad del artículo 12 del decreto demandado

Tampoco las razones o fundamentos expuestos por la Sala con motivo de su decisión de suspender provisionalmente los efectos de esta disposición han sido desvirtuados en el curso del proceso.

El señor apoderado de la demanda ha alegado que este artículo contempla las sanciones al corredor de contratos de fletamiento marítimo, por violación a las "normas de este Decreto y de la Marina Mercante", y que, por consiguiente, ello corresponde al ejercicio de la facultad disciplinaria de la Dirección General Marítima, según su estatuto contenido en el decreto ley 2324 de 1984, y no tiene nada que ver con la responsabilidad contractual o extracontractual en que puede incurrir un corredor de los indicados por razón del incumplimiento de sus obligaciones y deberes en un negocio específico y que necesariamente será declarada por la justicia ordinaria, como lo prescribe el artículo 1346 del C. de Co., indicado también como quebrantado.

La argumentación no es de recibo, pues expresamente el artículo 12 del decreto acusado, se está refiriendo a las sanciones por "INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS CONTEMPLADAS EN EL PRESENTE DECRETO", y en manera alguna, comprende, entonces, a las violaciones de las normas contenidas en el decreto ley 2324 de 1984, que si pueden ser penalizadas administrativamente por la DIMAR, con las sanciones previstas en dicho Estatuto.

Por lo tanto, es procedente la súplica formulada en cuanto hace relación a este artículo.

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

FALLA:

1o. DECLARASE la nulidad de los literales b), c), d), f) y g) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto reglamentario 1753 de 4 de julio de 1991, expedido por el Gobierno Nacional; del literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o. del mismo decreto; de los incisos segundo, tercero y quinto del artículo 6o., de los artículos 8o., 10o. y 12, del Decreto precitado.

2o. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Defensa Nacional, devuélvase al actor la suma de dinero depositada en la Secretaría de la Sección para gastos del proceso, si no se hubiere utilizado, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

TRANSITO CONSTITUCIONAL/LEY EN EL TIEMPO/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para declarar, entre otros asuntos, la nulidad de los actos administrativos, pero en momento alguno para pronunciarse sobre reformas o derogaciones de normas legales que pudieren predicarse en virtud de cambios introducidos en el sistema constitucional colombiano, pues es claro que tales modificaciones o subrogaciones operan de pleno derecho y, por tanto, sin que se requiera de decisión jurisdiccional alguna, a partir del mismo momento de producirse la vigencia de las nuevas disposiciones constitucionales que sean contrarias a aquellas. En tales casos la autoridad deberá abstenerse de aplicar la norma, acudiendo en sustento de ello, bien el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO – Representación/AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA/NOTIFICACION/LEGITIMACION POR PASIVA/ DEMANDA – Interpretación

No obstante que en la demanda se solicita “la notificación de esta demanda al Ministerio de Gobierno, representado legalmente por el Ministro del Ramo”, de lo cual se infiere que el accionante pretende designar a tal dependencia del Estado como “parte demandada”, la Sala entiende que se trata de la Nación colombiana, representada por el mencionado Ministro, conforme a lo previsto en el artículo 149 del C.C.A.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1936. Actor: Juan de Jesús Alvarez Acero.

El ciudadano Juan de Jesús Alvarez Acero, en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del Decreto 1407 de 1991, "por el cual se reglamenta el reconocimiento, suspensión y cancelación de personería jurídica a las fundaciones y corporaciones de carácter nacional, regional y local que desarrollen actividades relacionadas con las comunidades indígenas".

No obstante que en la demanda se solicita "la notificación de esta demanda al MINISTERIO DE GOBIERNO, representado legalmente por el ministro del Ramo", de lo cual se infiere que el accionante pretende designar a tal dependencia del Estado como "parte demandada", la Sala entiende que se trata de la Nación Colombiana, representada por el mencionado Ministro, de conformidad con lo previsto en el artículo 149 del C.C.A.

Con la aclaración anterior, y encontrando que la demanda reúne los demás requisitos y formalidades, que exigen los artículos 137 a 139 del C.C.A., será admitida en la parte resolutive de esta providencia.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo escrito de la demanda, el ciudadano accionante, solicita se decrete la suspensión provisional del acto acusado, por considerar que ".s. es manifiestamente violatorio de la ley 21 de 1991, por un (sic) parte, y por otra de las normas citadas de la Constitución Nacional, una de ellas el artículo 39 que consagra la cancelación y suspensión de la personería jurídica, por vía judicial; mientras el decreto 1407 de 1991, desarrolla principios contrarios a la misma, como es el trámite de suspensión o cancelación de la personería jurídica, por vía administrativa".

Las normas de la Constitución Política que el accionante considera en su demanda como vulneradas por el acto demandado y en las cuales, junto con otras de carácter legal, fundamenta la petición de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, son las contenidas en los artículos 38, 39, 73, 93, 189-26, 286 y 287 de la Nueva Constitución Política.

En relación con la alegada violación manifiesta de las citadas normas de carácter constitucional, la Sala considera que no resulta jurídicamente posible estudiar si existe o no su quebrantamiento por parte del acto demandado, por cuanto habiéndose expedido éste bajo el régimen de la Constitución Política de 1886, mal puede fundamentarse su inconstitucionalidad en

normas de la nueva Carta, salvo en relación con aquellas en que exista identidad entre unas y otras.

Sobre este aspecto es importante señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituída para declarar, entre otros asuntos, la nulidad de los actos administrativos, pero en momento alguno para pronunciarse sobre reformas o derogaciones de normas legales que pudieren predicarse en virtud de cambios introducidos en el sistema constitucional colombiano, pues es claro que tales modificaciones o subrogaciones operan de pleno derecho y, por tanto, sin que se requiera de decisión jurisdiccional alguna, a partir del mismo momento de producirse la vigencia de las nuevas disposiciones constitucionales que sean contrarias a aquellas. Lo aquí expresado encuentra su pleno respaldo en la jurisprudencia sentada por esta Corporación en sentencia que se transcribe parcialmente a continuación:

“2. La Constitución y la legislación preexistente. Es verdad inconcusa del Derecho Constitucional Colombiano, que se deduce del texto mismo de la Carta (Artículos 214 y 215) y que fue consagrada expresa e inequívocamente por la Ley (Artículo 9o. de la Ley 153 de 1887) que “la Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente” y que, en consecuencia, “toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”. Este principio no sólo comprende a la Ley, entendida orgánica y formalmente, sino también a todos los actos que materialmente se asimilan a ella (Artículo 214 de la Constitución) y, a fortiori, a los que le son de inferior jerarquía, como los decretos reglamentarios y ejecutivos, las ordenanzas, los reglamentos de los gobernadores, los acuerdos municipales o los reglamentos de los alcaldes; ello así se deduce no sólo de las normas indicadas, sino también de todas las que consagran la jerarquía normativa (Artículos 214 y 215 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 240 del C. de R.P.M. y 62 a 65 del C.C.A.), que desarrolla: el principio del centralismo político según el cual, respecto del tema de que se trata, las entidades administrativas descentralizadas, como los Departamentos, siempre están subordinadas a la prevaleciente vigencia de la Constitución del país.

“La contraposición entre las normas constitucionales y las de inferior jerarquía puede ocurrir con precedencia de aquéllas sobre éstas o, viceversa, de éstas sobre aquéllas. En el primer caso se confronta el examen, por vía de acción o de excepción, de los preceptos subordinados en relación con los de la Constitución que siempre deben prevalecer. En el segundo, las normas subordinadas quedan subrogadas o modificadas, ipso jure, al entrar en vigencia las nuevas disposiciones constitucionales que les sean contrarias. El primero es un problema de hermenéutica

mientras que el segundo es de tránsito de legislación” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de julio de 1973, Consejero Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, actor: Carlos César Puyana Mutis, expediente No. 1695. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXV, números 439 y 440, segundo semestre de 1973, págs. 329 a 335).

En consecuencia, lo que cabe predicarse, en casos como el planteado por el demandante, es que si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a normas legales que, habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4o. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma.

Por último, en lo concerniente a que el acto acusado “es manifiestamente violatorio” de la Ley 21 de 1991, la Sala se encuentra relevada en este momento procesal de hacer cualquier pronunciamiento al respecto, por el simple hecho de que el demandante no expresa en su petición de suspensión provisional en qué consistiría tal “manifiesta violación” ni solicita siquiera su remisión a los argumentos que expone en el cuerpo de la demanda, en los cuales, de otra parte, no se alega una violación con la categoría de manifiesta o directa, como lo exige la ley para la prosperidad de la Institución de la suspensión provisional.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera

RESUELVE:

1o. Admítase la demanda presentada por el ciudadano Juan de Jesús Alvarez Acero. En consecuencia, se dispone:

a) Tener como parte demandante al ciudadano Juan de Jesús Alvarez Acero.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Ministro de Gobierno.

c) Notifíquese personalmente esta decisión al Ministro de Gobierno, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

SECCION PRIMERA

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Fiscal Primera de esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicítese al Ministro de Gobierno, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, dentro del término de diez (10) días, contados a partir del recibo del correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de dos mil pesos (\$2.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2o.— DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos.

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

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – Rendimientos/ VIVIENDA DE INTERES SOCIAL/SUSPENSION PROVISIONAL – Improcedencia

Si la Ley 21 de 1982 (artículo 43 párrafo 1o.) ordena que los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación se destinen, bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62; si en ésta norma figura la vivienda como una de las obras y uno de los programas sociales que pueden emprender las Cajas con el fin de atender el pago del subsidio, y si además, la Ley 49 de 1990 (artículo 69) establece algunas reservas para vivienda y prescribe que deben ser destinadas exclusivamente para tal efecto, no observa la Sala a primera vista que las precitadas normas resulten violadas flagrante y ostensiblemente por el artículo 15 del decreto acusado (959 de 1991) cuando éste dispone que los recursos provenientes de las mencionadas reservas y sus correspondientes rendimientos sean destinados por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de vivienda de interés social.

Consejo de Estado. – Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Primera. – Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 1938. Decretos del Gobierno. Actor: Carlos Manuel Angarita S.

El actor de la referencia interpone acción pública de nulidad contra el artículo 15 del Decreto No. 959 de 1991 expedido por el señor Pre-

sidente de la República, "Por el cual reglamenta parcialmente la Ley 49 de 1990".

La petición se concreta a que se anule la norma precitada en la parte que dice: "... y sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma ley".

En la demanda se solicita que previamente a la declaratoria de nulidad, se suspenda provisionalmente el acto acusado.

Como quiera que el libelo cumple con los requisitos de Ley, deberá admitirse.

Para efectos de resolver la solicitud de suspensión provisional,

SE CONSIDERA:

Argumenta el demandante que el artículo acusado señala una destinación especial, para programas de vivienda, a los rendimientos de las reservas acumuladas de las Cajas de Compensación Familiar a 30 de septiembre de 1990, no obstante que el parágrafo del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 les señala a todos los rendimientos de las operaciones de las Cajas una destinación muy diferente, no para vivienda sino para subsidio en dinero o para programas sociales en orden de prioridades empezando por la salud, según definición del Consejo Directivo de cada caja; amén de que el artículo 69 de la ley 49 de 1990, que se pretende reglamentar en la disposición cuestionada, no hace referencia a tales rendimientos y mucho menos dice que deban destinarse a vivienda.

Se deduce de lo anterior que según el criterio del demandante el artículo 15 del Decreto Reglamentario 959 de 1991, vulnera el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 y el artículo 69 de la Ley 49 de 1990.

El parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, reza:

"Los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, serán apropiados por el Consejo Directivo, el cual deberá destinarlos bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62. . .".

El artículo 62, a su vez, establece un orden de prioridades para la realización de obras y programas sociales para los cuales deben destinarse los rendimientos: 1o. Salud; 2o. Nutrición y Mercadeo de productos de la canasta familiar; 3o. Educación; 4o. Vivienda; 5o. Crédito; 6o. Recreación; y, 7o. Mercadeo de otros productos.

Se deduce de las dos disposiciones precitadas que los rendimientos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, deberán destinarse, bien al pago de subsidio en dinero, o bien a la realización de obras y programas sociales, en salud, nutrición, mercadeo de productos de la canasta familiar, educación, vivienda, crédito, recreación y mercadeo de otros productos, en orden de prioridades.

Por su parte, el artículo 15 del Decreto Reglamentario 959 de 1991, norma acusada en la parte que se subraya, dice:

“Los recursos provenientes de las reservas de que trata el artículo 69 de la Ley 49 de 1990 y sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma ley, deberán ser destinados por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de vivienda de interés social”.

El artículo 69 de la Ley 49 de 1990 trata de las reservas para vivienda que figuren en los balances oficiales a 30 de septiembre de 1990, según lo estipulado en la Ley 21 de 1982; respecto de estas reservas se ordena que “continuarán en poder de las Cajas de Compensación Familiar y serán destinadas exclusivamente para vivienda de afiliados de acuerdo con la política señalada por el Gobierno Nacional”.

Después de leer las normas referidas, observa la Sala que es cierto que el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 adopta como criterio general para el manejo de los rendimientos de todas las operaciones de las Cajas de Compensación Familiar, que los recursos se destinen al pago del subsidio o a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62.

También es cierto que de acuerdo con el artículo 62 de la misma Ley 21 de 1982, una de las obras y programas sociales que “podían” emprender las Cajas con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especies, es el relacionado con la vivienda, para el cual el artículo 69 de la Ley 49 de 1990 ha previsto unas reservas (las que figuren en los balances oficiales a 30 de septiembre de 1990), que podrían ser, junto con los rendimientos, las destinadas por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de vivienda de interés social.

Ahora, si el parágrafo 1o. del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 ordena que los rendimientos y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación se destinen, bien al pago del subsidio en dinero, bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62; si en dicho artículo 62, figura la vivienda como una de las obras y uno de los programas sociales que pueden emprender las Cajas con el fin de atender el pago del subsidio, y si además, el artículo 69

SECCION PRIMERA

de la Ley 49 de 1990 establece algunas reservas para vivienda y prescribe que deben ser destinadas exclusivamente para tal efecto; no observa la Sala a primera vista que las precitadas normas resulten violadas flagrante y ostensiblemente por el artículo 15 del decreto acusado cuando éste dispone que los recursos provenientes de las mencionadas reservas y sus correspondientes rendimientos sean destinados por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de vivienda de interés social.

En relación con el orden de prioridades al que deben someterse las Cajas de acuerdo con los artículos 43, parágrafo 1o. y 62 de la Ley 21 de 1982, con el fin de atender al pago del subsidio en servicios o especie, tampoco puede asegurarse, por ahora que se haya infringido, pues de una parte, no se sabe si ya se han cumplido los programas que anteceden al de vivienda, y de otra, tampoco se tiene conocimiento si dicho orden ha sido modificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conforme a la posibilidad prevista en el parágrafo del mismo artículo 62. Este parágrafo expresa:

“El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo visto bueno del Consejo Superior del Subsidio Familiar, teniendo en cuenta las condiciones de vida familiar de los trabajadores beneficiarios y las circunstancias económicas y sociales que imperen en la respectiva zona territorial, podrá modificar el anterior orden de prioridades”.

Así las cosas, en el asunto de la referencia, la infracción denunciada no aparece manifiesta por lo que esta Sala se abstendrá de acceder a la solicitud de suspensión provisional formulada.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el doctor CARLOS MANUEL ANGARITA SALGADO. Para su trámite, se dispone:

a). Notificar al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entréguese copia de la demanda y sus anexos.

b) Notificar personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c) La parte actora deberá depositar, dentro del término de cinco (5) días la suma de DOS MIL PESOS (\$2.000.00) M/Cte. para el pago a que hace referencia el num. 4o. del art. 207 del C.C.A.

d). Fíjese el negocio en lista por el término legal de cinco (5) días, para que la parte demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e). Por Secretaría, solicítese al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

DESISTIMIENTO – Improcedencia/ACCION DE NULIDAD/NULIDAD PROCESAL

Una de las características esenciales de la acción pública de nulidad es la de que sobre ella no tiene operancia la figura jurídica del desistimiento. Hay nulidad procesal por pretermitir íntegramente la respectiva instancia, porque el vicio procesal consistente en haberse aceptado el desistimiento de la acción pública intentada impide que el proceso pueda culminar en sentencia de instancia que defina la legalidad o la ilegalidad abstracta de los actos acusados, y porque revista tal gravedad que no puede considerarse como de aquellas “anormalidades” o “imperfecciones” en la actuación frente a las cuales, precisamente, el legislador utilizó el adverbio “íntegramente”, con miras a evitar que cualquiera de ellas pudiese invocarse como causal de nulidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1880. Actor: Inversiones Suasias S.A. y otro.

Al emprender el estudio del proceso contenido en el expediente de la referencia con la finalidad de proyectar la decisión correspondiente, el Despacho observa lo siguiente, con fundamento en lo cual procederá, a continuación, a hacer las pertinentes observaciones:

Mediante demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de julio de 1984, y expresando en ella ejercer la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (Decreto-Ley 01 de 1984), las Sociedades Inversiones Suasias S. A., Inversiones Vari Ltda. y la señora

Elisa de Abed, por intermedio de apoderado solicitaron de dicha Corporación hacer las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.— Que es nula la Resolución No. 12 de 1978 (marzo 15) expedida por el señor Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital y por medio de la cual se determina el lote módulo en la urbanización La Cabrera de la ciudad de Bogotá.

“SEGUNDA.— Que es nula la Licencia de Construcción No. 010493 de 1980 (noviembre 19) expedida por la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá a la sociedad comercial Cortés y Rodríguez Ltda., para construir un edificio de catorce (14) pisos y semisótano, para treinta y seis (36) apartamentos y setenta y ocho (78) estacionamientos, en los lotes números tres (3) y cuatro (4) de la manzana 10F, de la urbanización La Cabrera, edificio al cual correspondió el número once cincuenta (11-40) de la Calle ochenta y seis (86) de la ciudad de Bogotá.

“TERCERA.— Que es nula la Licencia No. 013281 (agosto 5) expedida por la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, a la misma sociedad mencionada en la petición anterior y que complementa la Licencia 010493 ya citada, para ejecutar modificaciones en el edificio identificado en el punto anterior, modificaciones consistentes en el aumento del número de apartamentos, de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) unidades.

“CUARTA.— Que es nula la Licencia No. 022549 (octubre 24) expedida por la Secretaría de Obras Públicas (División de Control) del Distrito Especial de Bogotá, para ejecutar modificaciones y adiciones en el semisótano y en el altillo del edificio mencionado en las peticiones anteriores y para disminuir el número de apartamentos de 72 a sesenta y seis (66) unidades.

“QUINTA.— Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Honorable Tribunal ordene la suspensión y demolición de las obras construidas en desarrollo de las autorizaciones contenidas en las Licencias nulas, dentro del plazo prudencial que establecen las normas legales pertinentes, o en el que señale el fallador, todo conforme a los procedimientos administrativos a que haya lugar.

“SEXTA.— Que me reconozca como apoderado judicial de las sociedades INVERSIONES SUASIA S. A., INVERSIONES VARI LTDA. y de la señora ELISA DE ABED, conforme a los poderes otorgados” (fls. 4 y 5).

Por auto de mayo 12 de 1989 (fl. 132), se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite de rigor.

SECCION PRIMERA

Mediante providencia de 1o. de octubre de 1990 se decretaron pruebas dentro del proceso (fls. 273 a 274).

Por auto de 3 de octubre de 1991 (fls. 362 a 364) el Tribunal de origen adoptó las siguientes determinaciones:

"1.— ACEPTAR EL DESISTIMIENTO de la demanda presentada por intermedio de apoderado por INVERSIONES SUASIA e INVERSIONES VARI LTDA. para impugnar la Resolución 12 de 1978 expedida por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital y las Licencias de Construcción Nos. 010493 de noviembre 19 de 1990, 013281 de agosto 5 de 1981 022549 de octubre 24 de 1983, expedidas por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá en favor de la Sociedad Comercial Cortés Rodríguez Ltda.

"2.— Se señala en la suma de SESENTA MIL PESOS (\$60.000.00) M/Cte., el valor que por concepto de honorarios corresponde a cada uno de los señores peritos que actuaron en este proceso y la suma de SETENTA MIL PESOS (\$70.000.00) M/Cte. por concepto de gastos de peritazgo, sumas que serán sufragadas por la parte actora, peticionaria de la prueba.

"3.— No se condena en costas a la parte demandada, por no haberse causado.

"4.— Archívese la actuación previas las desanotaciones del caso".

El proceso ha venido a esta Corporación por la vía del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia de que se da cuenta en el párrafo que antecede, en cuanto ordenó el pago de honorarios a los peritos que intervinieron en el proceso y los gastos de peritazgo.

Frente a lo anteriormente observado, el Despacho considera necesario hacer las siguientes

CONSIDERACIONES:

La doctrina y la jurisprudencia nacionales, desde épocas inveteradas, han sido no sólo coincidentes sino reiterativas, en considerar que una de las características esenciales de la acción pública de nulidad es la de que sobre ella no tiene operancia la figura jurídica del desistimiento. En efecto, dentro de las múltiples providencias que en el expresado sentido ha proferido el Consejo de Estado, basta con hacer mención al auto proferido por la Sala Plena el 24 de noviembre de 1970, con ponencia del Consejero doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, en el cual se expreso:

“¿Qué derechos y acciones pueden renunciarse?”

“El artículo 15 del Código Civil dice: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las Leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia”.

“Analizando este artículo, se llega a las siguientes conclusiones:

“1o. Pueden renunciarse los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante. Son los llamados derechos privados.

“2o. A contrario sensu, no pueden renunciarse los derechos que miran a algo superior al interés individual del renunciante. ¿Cuáles son ellos? Evidentemente, se trata de los derechos públicos y de las acciones que los tutelan.

“3o. Aún dentro de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante, hay algunos cuya renuncia está prohibida. Esos derechos, aunque sean privados, son irrenunciables.

“II. Trasladando estas nociones doctrinales al derecho colombiano, se considera:

“Bajo el imperio de la Ley 25 de 1928, existía un artículo, el 14 de esa Ley, que prohibía el desistimiento en los juicios públicos. El texto del artículo 14 mencionado dice así:

“En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que se hubiere intentado y, si el actor o actores abandonaron por más de treinta días el respectivo juicio, éste se seguirá de oficio hasta su terminación”.

“Dictado el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, éste nada dijo acerca del desistimiento. Ante el silencio de la nueva Ley, se han propuesto varias teorías:

“Primera teoría. Se ha sostenido que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está actualmente vigente, por no haber sido derogado expresamente ni ser contrario a ninguno de los artículos de la nueva legislación o sea de la Ley 167 de 1941.

“En efecto, el artículo 72 del Código Civil dice que la derogación tácita deja vigente en las Leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva Ley.

“Pero a esta teoría se objeta que, al haber reglamentado la Ley 167 de 1941 íntegramente la materia referente a lo contencioso adminis-

trativo, ésta derogó tácitamente toda la legislación anterior referente a la misma materia. En efecto, el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 dispone que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una Ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

“Segunda teoría. La segunda teoría, parte de la base de que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está derogado por existir una Ley nueva (la Ley 167 de 1941) que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería, y que, por consiguiente, hay un vacío legal.

“El artículo 282 del actual Código Contencioso Administrativo dice que los vacíos en el procedimiento establecido por ese Código se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las Leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 461 a 465, reglamenta el desistimiento de las acciones y derechos renunciables o sea de aquéllos de los cuales se puede desistir. Evidentemente tales artículos no pueden reglamentar el desistimiento de aquellas acciones y derechos de los cuales no se puede desistir. Por consiguiente, tales artículos no pueden tener aplicación en el campo del derecho público ni pueden llenar el vacío que se anota en el Código Contencioso Administrativo. El mismo artículo 282 del C.C.A., al decir que los vacíos en el procedimiento se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, agrega con toda claridad:

“En cuanto esas disposiciones sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Este último fragmento se refiere evidentemente a las acciones públicas y a aquellas acciones privadas de las cuales está prohibido desistir.

“No pudiendo, pues, el Código de Procedimiento Civil llenar el vacío del C.C.A. acerca del desistimiento en las acciones públicas, corresponde llenarlo a la jurisprudencia. Esta, en general, ha dispuesto que no se puede desistir de una acción pública. En efecto, en esas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse que el actor pierde el control de la misma y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por

ser los dueños, sino que intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente. Ante la violación de un interés público, el ciudadano puede guardar silencio, pero, si por cualquier motivo acusó el acto violatorio ante los tribunales administrativos, ya no puede retroceder y debe dejar que el litigio sea desatado en la sentencia.

“III.— Aplicando, ahora, estas nociones a los juicios de que trata el C.C.A., se observa lo siguiente:

“Los juicios administrativos pueden reducirse a dos tipos fundamentales:

“1o. Aquellos en los cuales se debate un interés público, como por ejemplo la acción de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A.

“2o. Aquellos en los cuales se debaten intereses privados, cuyo mejor ejemplo es la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A.

“En el primer tipo de juicios, si la acción prospera, la norma acusada queda borrada del elenco legal y la sentencia tiene efecto erga omnes. En estos juicios puede decirse que el actor es un mero intermediario que obra a nombre de la sociedad y en interés únicamente de la norma superior violada. Como el interés allí ventilado es un interés público, su renuncia está prohibida y, por consiguiente, el desistimiento es imposible.

“Por el contrario, en el segundo tipo de juicios o sea en aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, si la acción prospera, la disposición acusada o bien no se aplica al caso sub-judice, o bien queda anulada, si se trata de un acto individual y concreto. Pero, en todo caso, la sentencia dictada sólo tiene efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. Por otra parte, como allí se ventilan intereses privados, en principio renunciables, es posible el desistimiento del actor que solamente persigue el restablecimiento de su derecho” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 24 de noviembre de 1970, Actor: Elías Zuluaga Hoyos, Expediente No. 1659. Anales del Consejo, Nos. 427 y 428, segundo semestre 1970, págs. 398 a 404).

De otra parte, y como se dejó atrás consignado, en su demanda la parte actora manifestó hacer uso de la acción pública de nulidad, cuyas pretensiones se encaminan a obtener la tutela del orden jurídico objetivo que se considera quebrantado por los actos demandados. Es decir, la demanda se originó en un interés público y popular, con la finalidad de hacer prevalecer el orden jurídico, mediante el mecanismo de la verificación jurisdiccional tendiente a deducir que los actos demandados contrarían o no las disposiciones jerárquicamente superiores invocadas en la misma.

SECCION PRIMERA

La necesaria consecuencia de lo hasta ahora expuesto es que frente a la acción intentada no era procedente aceptarse el desistimiento de la demanda, tal como erradamente lo hizo el Tribunal de Cundinamarca en el auto materia de apelación.

La anterior conclusión conduce a predicar que si de conformidad con los artículos 165 del C.C.A. y 140 numeral 3. del C. de P. C. el proceso es nulo cuando el juez "... pretermite íntegramente la respectiva instancia", tal causal de nulidad no sólo es perfectamente predicable respecto de la providencia apelada, sino que corresponde al juez de esta instancia proceder a su declaratoria oficiosa por tener la categoría de insubsanable, tal como lo disponen los artículos 357, en concordancia con el 145 del Estatuto Procesal Civil, por las siguientes razones:

1o.— Porque el vicio procesal observado en el auto materia de apelación, consistente en haberse aceptado el desistimiento de la acción pública intentada impide que el proceso pueda culminar en sentencia de instancia que defina la legalidad o la ilegalidad abstracta de los actos acusados, y porque reviste tal gravedad que no puede considerarse como de aquellas "anormalidades" o "imperfecciones" en la actuación frente a las cuales, precisamente, el legislador utilizó el adverbio *íntegramente*, con miras a evitar que cualquiera de ellas pudiese invocarse como causal de nulidad. Además, del hecho de haberse llevado el proceso hasta la etapa probatoria y en el curso de la misma haberse proferido el auto que aceptó el desistimiento, no puede predicarse la inaplicación de esta causal de nulidad, puesto que ello conduciría a la funesta consecuencia de tener que aceptarse, contra jurisprudencia y doctrina, el desistimiento de demandas originadas en acciones públicas, cuando quiera que en ellas tan sólo se hubiese proferido, por ejemplo, el auto admisorio de las mismas.

2o.— Porque siendo el proceso contentivo de la acción incoada de aquellos que según disponía el numeral 1. del artículo 132 del Decreto-Ley 01 de 1984, y dispone el ordinal 1o. del artículo 2o. del Decreto-Ley 597 de 1988, cuyo conocimiento está atribuido en primera instancia a los Tribunales Administrativos, el hecho de haberse aceptado el desistimiento de la demanda implica que ante la imposibilidad procesal de dictarse sentencia no podría surtirse el eventual segundo grado de jurisdicción ante el Consejo de Estado, lo cual daría lugar a que se pretermitiese tal instancia.

3o.— Porque "... en materia de lo contencioso administrativo, por tratarse de procesos de carácter público, debe entenderse que el segundo grado de jurisdicción no está instituido solamente como una garantía para las partes sino, especialmente, como una garantía para el predominio de la legalidad en los asuntos de especial importancia que la ley ha sometido a dicho régimen de doble instancia" (Slavamento de Voto del doctor Libardo Rodríguez Rodríguez a la sentencia 0381 de mayo 18 de 1990. Sala Plena

de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro. Actor: Francisco Luis Hincapié. Expediente No. S-121 Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado, abril, mayo y junio de 1990, Tomo VIII, págs. 34 y 35).

Por último, el Despacho precisa que la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto de 3 de octubre de 1991, inclusive, a que habrá de procederse, es perfectamente viable a pesar de que los actos demandados sean tanto de carácter general uno de ellos como de contenido particular otros, lo que debe llevar a un estudio detallado para establecer la viabilidad de la acción así ejercida. Pero como en la demanda incoada se indica que la acción así ejercida es la de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y como el Tribunal no hizo ningún estudio para concluir que a pesar de ello se tratara de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que pudiera ser objeto de desistimiento, este no podía ser aceptado de acuerdo con las consideraciones planteadas anteriormente.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

DISPONE:

1o. Declárase la nulidad de lo actuado a partir del auto de 3 de octubre de 1991. Inclusive, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente radicado en dicha Corporación bajo el No. 298, por las razones expuestas en la parte motiva.

2o.— No hay lugar a condena en costas de esta instancia, por no haberse causado.

3o.— En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO—Improcedencia

Los actos acusados, es decir, el acta de adjudicación y aquellos mediante los cuales se contabilizaron las solicitudes para obtener la adjudicación de cupos para taxis, se adjudicaron los mismos y se expidieron los certificados a los adjudicatarios, a la vez que son de contenido particular, solamente tocan con situaciones individuales, en este caso, con la de los socios de la empresa a la que pertenecían los taxistas favorecidos con los cupos. Y como tales actos no figuran entre aquellos que la ley considera posibles de la acción pública de nulidad, no pueden ser impugnados a través del contencioso objetivo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente No. 1666. Actor: Instituto Nacional del Transporte y Jorge William Sánchez L.

Entra la sala en esta providencia a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

EL PROCESO EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los actores de la referencia solicitaron al Tribunal Administrativo de Santander que “se declare la nulidad del acta de adjudicación No. 001 de

agosto 12 de 1988, proferida por la Alcaldía Municipal de Piedecuesta (Santander), así como de los actos administrativos expedidos con ocasión del proferimiento de aquella, por medio de los cuales se contabilizaron las solicitudes para obtener la adjudicación de cupos para taxis, la adjudicación de los mismos y los certificados de dichos cupos a los adjudicatarios”.

Los HECHOS que fundamentan la acción, son:

“El Alcalde Municipal de Piedecuesta (S.), por edicto fijado el 21 de julio de 1988, informó la apertura de inscripciones para la adjudicación de cupos para taxi en ese municipio, señalando para ello como fecha límite el 29 del mismo mes y año, a las 6 p.m.

“El mencionado 29 de julio de 1988, se reunieron, por iniciativa del Alcalde, además de él, el Contralor del Municipio, el señor Silvio Rodríguez Rivera al parecer representante de los transportadores, y el Secretario de la Alcaldía, con el propósito de contabilizar las solicitudes que un número de personas habían elevado para que les fueran adjudicados cupos para matricular taxis para la prestación del servicio de transporte de pasajeros en el casco urbano de Piedecuesta; en esta oportunidad se levantó el Acta de cierre sin la presencia del Delegado del Intra ni del Ministerio Público.

“Dentro del plazo enunciado se inscribieron 32 personas todas ellas socios de la Empresa TRANSPORTES VILLA DE SAN CARLOS; siendo las 10 a.m. del 12 de agosto de 1988, se reunieron en las instalaciones de la Alcaldía de Piedecuesta (S.) el Alcalde del lugar, el Contralor Municipal, el Inspector de Tránsito, la secretaria de la Personería y el supuesto representante de los transportadores, Sr. Silvio Rodríguez.

“El Alcalde procedió a adjudicar los cupos a las 32 personas que habían hecho la solicitud, mediante acta número 001 de 1988, y solo cinco (5) de ellas presentaron los documentos enunciados en el art. 2o. del Acuerdo 005 de febrero 10 de 1988 de la junta directiva del INTRA, pues los restantes no adjuntaron copia autenticada de la aprobación del crédito o del certificado de depósito a término.

“A la adjudicación antedicha no asistió delegado alguno por parte del INTRA por no estar enterada la mencionada entidad de la realización de la misma.

“La Alcaldía Municipal de Piedecuesta, en momento alguno señaló con anterioridad a la adjudicación que se impugna el número de vehículos tipo taxi que podían ingresar durante 1988 al territorio de su jurisdicción”.

SECCION PRIMERA

Los actores estiman violadas las siguientes normas:

Decreto 265 de 1988, art. 21, 24 y 49; Acuerdo 005 de 1988, arts. 2o., 3o. párrafo 1o.; Arts. 20 y 63 de la Constitución Nacional y art. 3o. del Código Contencioso Administrativo.

Los dos artículos constitucionales, según la demanda, fueron violados por estar expresamente señaladas en la Ley las funciones del Alcalde en relación con el transporte público terrestre de su jurisdicción las cuales fueron desconocidas al proferirse el acto de adjudicación de cupos para taxi; el artículo 3o. del C.C.A., por haber sido pretermitido el procedimiento establecido para la adjudicación de cupos, violándose así el principio de la eficacia; los artículos 21, 24 y 49 del Decreto 265 de 1988 puesto que al no estar fijado el número de taxis que podían ingresar al servicio público, no se podían hacer inscripciones ni adjudicación de cupos. Además, para que los Alcaldes puedan adjudicar esos cupos es necesaria la emisión de un acto administrativo que, con coadyuvancia del INTRA, haya establecido un incremento en el parque automotor de taxis y, al no hacerse, se violan también los artículos 2o. y 3o. del Acuerdo 005 de 1988. "De otra parte, a la luz de las previsiones del Acuerdo No. 00005 de 1988, arts. 2 y 3, literales c y d de este último, no se contó ni en el cierre, ni en la adjudicación con la presencia de las personas que exige ese estatuto legal".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander, en providencia del 3 de diciembre de 1990, falló favorablemente las peticiones de la demanda.

En las consideraciones previas a la decisión, el Tribunal relaciona la expedición, por parte del Gobierno Nacional, del Decreto 265 vigente desde el 8 de febrero de 1988, "que reglamenta lo relacionado con el servicio público del transporte de vehículos tipo taxi". Con fundamento en las facultades otorgadas en ese decreto, dice la providencia, la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte INTRA, expidió el Acuerdo No. 00005 del 10 de febrero de 1988, con vigencia desde el día antes indicado. En el art. 3o. de ese acuerdo está señalado el procedimiento para la adjudicación de los certificados de cupo para los vehículos en mención, disponiéndose en el literal c) que las inscripciones para la obtención de un certificado de cupo deben ser contabilizadas el último día hábil de cada mes "con la supervisión de un delegado del Ministerio Público, uno de la Contraloría General de la República y uno del Instituto Nacional del Transporte".

Por otra parte, agrega la providencia, el literal d) señala que "los sorteos se realizarán el décimo día hábil de cada mes a las 10:00 a.m., en la oficina que para tal fin indique la autoridad competente. Dichos sorteos serán pú-

blicos y deberán contar con la presencia de un delegado del Ministerio Público, uno de la Contraloría General de la República y uno del Instituto Nacional del Transporte, así como de un representante de los transportadores nombrado por el Director Regional del Intra correspondiente”.

Analizando los actos demandados a la luz de estas señaladas normas, el a-quo concluye:

“Teniendo en cuenta las disposiciones legales citadas, la Sala encuentra que el Edicto de fecha 21 de julio de 1988 fijado por la Alcaldía Municipal de Piedecuesta (fl. 5 Exp. 5936); el Acta de Cierre y Contabilización de las personas interesadas en participar en la distribución o adjudicación de cupos para taxi urbano en esta ciudad realizada el 29 de julio de 1988 y el Acta de Adjudicación de los certificados de cupos para matrículas por incremento de vehículos tipo taxi, fueron actos administrativos realizados con posterioridad a la vigencia del decreto 265 de 1988 y el Acuerdo No. 00005 del 10 de febrero de esa misma anualidad. En consecuencia debían sujetarse a estas normas de carácter Nacional que fijan los requisitos y el procedimiento para esta clase de eventualidades; infortunadamente ello no ocurrió porque el burgomaestre del Municipio mencionado, haciendo caso omiso de tales normas adelantó los trámites irregularmente procediendo por último a adjudicar los cupos para matrícula de vehículos de servicio público, incrementando así el parque automotor de esa localidad.

“En efecto, al inicio de las consideraciones de la Corporación, se indica qué personas habían participado al momento de proferirse los actos administrativos acusados; no se contó con la presencia de las siguientes personas:

1”.— En el Acta de Cierre y tal como lo exige el literal c) del artículo 3o. del Acuerdo del INTRA tantas veces citado, no estuvieron presentes para llevar a cabo la supervisión del Delegado del Ministerio Público, el de la Contraloría General de la República y tampoco el del Instituto Nacional de Transporte.—

“2.— En el Acta de Adjudicación, siguiendo los mandatos del literal d) del Acuerdo del INTRA no se contó con la asistencia del Delegado de la Contraloría General de la República, del correspondiente al Instituto Nacional del Transporte y no existe prueba en el expediente de que el representante de los transportadores hubiera asistido previo nombramiento del Director Regional de la entidad antes citada.—

“Con fundamento en estas razones la Sala considera que la parte demandada no logra desvirtuar con sus planteamientos las pretensiones de las demandas, además de que no encuentra ninguna base jurídica para

considerar que la acción promovida pueda tener otra pretensión diferente a la de lograr la nulidad de esos actos que han violado el ordenamiento jurídico superior”.

LA APELACION

El señor apoderado judicial del Municipio de Piedecuesta, divide en dos capítulos la sustentación de su recurso. Se refiere en el primero a la “naturaleza del acto demandado”, diciendo que se trata de un acto de carácter particular y concreto creador de situaciones jurídicas individuales, y estos actos, “por no ser aplicables de modo general, solo pueden ser revocados por la Administración con “el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Dice también que “El simple interés abstracto y general de la protección de la jerarquía normativa no puede ser alegado válidamente para demandar la nulidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto; si no fuera así, se derrumbaría la seguridad jurídica, introduciendo el caos y la desconfianza en las relaciones de los particulares entre sí y entre éstos son el Estado, por cuanto todos aquellos actos en los cuales haya intervenido la Administración estarían sujetos a perpetuidad a la amenaza de enfrentar una demanda de nulidad y a ser dejados sin efecto alguno (sic) por la simple voluntad de cualquier persona”. Apoya su argumento en una sentencia del Consejo de Estado según la cual, siguiendo sus palabras, “En actos creadores de situaciones particulares y concretas el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia y que la violación de la norma superior es ocasional y esporádica (sic) y sólo afecta a determinadas personas que son precisamente aquellas a quienes les asiste el interés jurídico para ejercitar las correspondientes acciones jurisdiccionales”.

En la segunda parte de su libelo, el actor se refiere a la “violación de la jerarquía normativa”, aduciendo que el decreto ley 080 de 1987 otorgó a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, entre otras, la atribución de “señalar el número de vehículos tipo taxi que puede ingresar anualmente al servicio público de transporte en el territorio de su jurisdicción” y, a su vez, “suprimió del (sic) instituto Nacional del Transporte INTRA el ejercicio de las funciones atribuidas por el decreto a las entidades territoriales antes mencionadas”. El Decreto 1066 de 1988, por su parte, dispuso que los Alcaldes de los Municipios que conformen un área metropolitana “desempeñaran (sic) AUTONOMAMENTE las funciones asignadas mediante el Decreto 80 de 1987” (art. 90), “salvo cuando la Asamblea Departamental le haya asignado competencia en estos asuntos al Alcalde Metropolitano”.

La amplia explicación del apelante concluye afirmando que “en síntesis la adjudicación de cupos fue efectuada por el Municipio de Piedecuesta en desarrollo de la autonomía administrativa que le confiere la Constitución y la Ley”.

EL CONCEPTO DE LA FISCALIA

Después de analizar los términos de la demanda, del fallo y de la apelación, la señora Fiscal Primera ante esta Corporación, se refiere en primer lugar a la tesis expuesta por el recurrente en el sentido de que “el simple interés abstracto y general de la protección de la jerarquía normativa no puede ser alegado válidamente para demandar la nulidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto”, estimando que la norma que consagra la acción, “no hace distinción alguna y la tesis que plantea el recurrente pretende revivir una vieja jurisprudencia revaluada ya reiteradamente por el mismo Consejo de Estado”. Hace luego referencia a los decretos relacionados con el servicio público de transporte en vehículos de tipo taxi, así como al Acuerdo 00005 de 1988 que fija el procedimiento para la adjudicación de los cupos, concluyendo que al confrontar con ellos los actos demandados, se tiene que los funcionarios allí relacionados no solamente no asistieron sino que de acuerdo con las constancias verificadas al folio 174 y ss. del cuaderno No. 3, no fueron citados para el evento. Hace notar, igualmente, que tampoco se hizo por parte del INTRA el estudio referido en el artículo 21 del decreto 265 de 1988, de acuerdo con su propia constancia, y que el Decreto 1066 de 1988, invocado por el apelante, reglamenta aspectos diversos del Decreto Ley 80 de 1987 de aquellos de que se ocupa el también Decreto Reglamentario 265 de 1988, no contraponiéndose dichos estatutos.

Considera la señora Fiscal que la sentencia apelada amerita su confirmación.

Cumplido así el procedimiento indicado por las normas pertinentes para la segunda instancia, se entra a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero hacer referencia a la improcedencia o procedencia de la acción instaurada. La primera es propuesta por el apelante y la segunda por la Señora Fiscal de la Corporación. Este tópico por tener relación con la naturaleza del acto impugnado, según se desprende de jurisprudencia de vieja data, conduce a la Sala a las siguientes reflexiones:

En un principio y de conformidad con la doctrina de la naturaleza o contenida del acto, únicamente procedía la acción de nulidad contra los actos creadores de una situación jurídica general, y la acción de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los creadores de una situación jurídica particular.

A partir de la sentencia del 10 de Agosto de 1961 se sostuvo que para efectos de la procedencia de las citadas acciones no hay que tener en cuenta

SECCION PRIMERA

la naturaleza del acto sino los motivos determinantes y las finalidades que se persiguen a través de la acción.

Esto en virtud de que la ley enumera las decisiones acusables sin señalar distinciones entre providencias impersonales e individuales y de que no es la generalidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación, sino el objetivo de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta, esto es, el exclusivo de la legalidad.

El anterior punto de vista fue aclarado mediante auto de Sala Plena de 8 de agosto de agosto de 1972 en el sentido de que "... la acción de nulidad procede,, en principio, contra todos los actos administrativos, generales ó particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretendé la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción..." (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho).

La doctrina de los motivos y finalidades fue modificada en el auto del 2 de agosto de 1990 de la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Pablo Cáceres Corrales, en el sentido de considerar procedente la acción de nulidad contra actos particulares, únicamente en los casos expresamente señalados en la ley. Dice en esencia esta jurisprudencia:

"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 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 por esa vía..."

Luego en auto del 16 de mayo de 1991 de Sala Plena, con ponencia del Dr. Alvaro Lecompte Luna, después de citar algunos "ejemplos en los que es evidente la posibilidad de acción de nulidad, aunque sea especial contra actos de contenido particular e individual, se dice:

"... Únicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y equidad. Como ese acto administrativo, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones

de alcance general, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple...”.

La ya mencionada providencia del 2 de agosto de 1990 precisa los casos en los cuales, por ministerio de la ley el acto administrativo tiene repercusiones de alcance general hasta el punto de que lo hacen incidir en los derechos de los ciudadanos y de la comunidad en general. Según esta jurisprudencia la acción de nulidad contra actos particulares, procede únicamente en los siguientes casos expresamente señalados en la ley: 1) el contencioso electoral (arts. 223 y ss. del C.C.A.); 2) el de cartas de naturaleza (art. 221); 3) de nombramiento de empleados del control fiscal de la nación (art. 57 Ley 20 de 1975); 4) de nombramientos ilegales de funcionarios (art. 9o. decreto 2898 de 1953); 5) de patentes (art. 567 del C. de Co.); 6) certificados de dibujos o modelos industriales (art. 580 ibidem); 7) certificados de marcas (art. 596 ibidem); y, 8) resoluciones expedidas por el Incora en la adjudicación de baldíos (art. 13 Ley 30 de 1988).

Los actos acusados, es decir, el Acta de adjudicación No. 001 de agosto 12 de 1988, proferida por la Alcaldía Municipal de Piedecuesta (Santander) y aquellos mediante los cuales se contabilizaron las solicitudes para obtener la adjudicación de cupos para taxis, se adjudicaron los mismos y se expedieron los certificados a los adjudicatarios, a la vez que son de contenido particular, solamente tocan con situaciones individuales, en este caso, con la de los socios de la Empresa Transportes Villa de San Carlos, a la que pertenecían los taxistas favorecidos con los cupos.

Y, como los actos a que se ha hecho referencia, no figuran entre aquellos que la ley considera posibles de la acción pública de nulidad, no pueden ser impugnados a través del contencioso objetivo.

Ahora, en aras de una interpretación de la demanda, tampoco podría considerarse que la acción incoada correspondiera a la contemplada en el artículo 85 del C.C.A. porque con ella no se persigue restablecimiento de derecho alguno, ni se advierte que la hipotética nulidad de los actos acusados conlleve dicho restablecimiento, así sea en forma automática. Tampoco se afirmó ni demostró interés legítimo para ejercer esta clase de acción.

Ahora, si conforme a lo expuesto la acción de nulidad instaurada en el caso de autos, no es procedente, precisamente por el carácter particular que ostenta el acto acusado, la demanda resulta inepta y por consiguiente, no podía haber respecto de ella un pronunciamiento de fondo.

Esta circunstancia lleva a pensar que los objetivos de la acción, no se acomodan a los fines que la ley le atribuye al contencioso subjetivo que no son otros que la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos y el consiguiente restablecimiento como consecuencia de la nulidad del acto

SECCION PRIMERA

que se impugna. Esto explica el por qué la demanda no fuera interpuesta por persona o empresa que se considerara lesionada en sus derechos, lo que hubiera sido posible si en cuenta se tiene que cuando se interpuso la acción que nos ocupa aún no había vencido el plazo de caducidad correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, habiendo oído el concepto del Agente del Ministerio Público.

FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 3 de diciembre de 1990 dentro del proceso de la referencia y en su lugar se dispone:

ABSTIENESE de proferir pronunciamiento de fondo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y en firma, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDAD/PRINCIPIO DE LEGALIDAD/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/CARGA DE LA PRUEBA/DERECHO DE DEFENSA/CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

El Consejo Nacional de Estupefacientes aplicó en forma injurídica normas del Decreto 1060 de 1984, pues se dio a éste una aplicación retroactiva, lo que no es posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico. No se comparte el criterio según el cual se decretó en mención ni siquiera exigió un indicio para disponer la suspensión del certificado de aeronavegabilidad, sino que dejó más amplitud y solo exigió la existencia de "informaciones", pues ello implicaría un total desconocimiento de los más elementales principios que informan nuestro régimen probatorio. En el sub-lite no hubo por parte de la administración un procedimiento previo al acto acusado, ni comprobación alguna por parte de las autoridades, ni oportunidad de solicitar, aportar o confrontar pruebas que hubieran podido incidir en las decisiones adoptadas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 1424. Actor: Jaime Gaviria Mejía.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 14 de septiembre de 1989.

I.— ANTECEDENTES

El señor Jaime Gaviria Mejía a través de apoderado, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984, originaria del Ministerio de Justicia —Consejo Nacional de Estupefacientes—, mediante la cual se ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK-2447 P y el traslado de ésta a una Base Militar. Se demanda también la nulidad de la decisión NEGATIVA por la no resolución del recurso de reposición interpuesto contra aquélla.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenara lo siguiente:

“A.— Que la Nación Colombiana le pague a mi poderdante, a título de indemnización de perjuicios por la indebida e injusta separación transitoria de su patrimonio, y retención indebida, ilegal e injusta de la aeronave de Matrícula HK-2447P., por todo el período comprendido entre el trece (13) de noviembre de 1984, hasta el instante en que la restitución del bien se haga al demandante, las siguientes sumas de dinero:

“a) la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS PESOS, moneda Legal Colombiana (\$ 12.447.400.00), monto en que estimo el costo de las reparaciones que es necesario hacerle a la citada aeronave para colocarla en las mismas condiciones de aeronavegabilidad, que tenfa cuando fue decomisada, pues por la retención indebida de la misma, la falta de mantenimiento de que ha sido objeto, el no uso, el maltrato, será necesario hacerle reparaciones indispensables para que nuevamente pueda cumplir las funciones para la cual fue construída y adquirida por su propietario. En subsidio solicito que la condena se haga por el monto que se acredite dentro del proceso;

“b) La cantidad de QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 500.000.00), mensuales, por concepto de lucro cesante, por todo el período comprendido entre el trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y hasta el instante que mi poderdante pueda entrar nuevamente en el goce pleno del vehículo de su propiedad, pues desde el momento en que se dictó la resolución cuya nulidad solicito, mi poderdante ha sido privado del uso y goce, impidiéndosele, inclusive, el encendido del aparato para tratar de mantenerlo en buenas condiciones de vuelo;

“c) La cantidad en pesos colombianos que corresponda al precio de MIL GRAMOS (1.000) oro, en el momento de proferirse la sentencia de condena, a título de reparación del daño moral, daño que hago con-

sistir en el dolor que le ha producido a mi poderdante, la sorpresiva retención de la aeronave citada, que lo privó de un medio útil de transporte para desplazarse a sus fincas LA ESPERANZA' en el Municipio de Puerto Wilches y el HATO ubicado también en ese municipio. Daño moral que hago consistir, igualmente, en la situación de pena o vergüenza a que se le ha expuesto en forma pública ante la opinión ciudadana que no alcanza a entender o comprender la situación de anti-jurisdicción (sic) en que lo colocó la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984, habiendo sido siempre su comportamiento ciudadano el de una persona seria, honorable y respetuosa del ordenamiento jurídico,

“d) Que se ordene la actualización del valor o monto económico de los perjuicios ocasionados (daño emergente y lucro cesante) en armonía con la depreciación monetaria nacional y hasta la fecha del posible cumplimiento del fallo que condene a la Nación (Ministerio de Justicia) al pago de los mismos”.

Los HECHOS que el demandante invocó como fundamento de su acción los describe a folios 33 a 36 del cuaderno 1 del expediente, los reproduce textualmente la sentencia impugnada y se resumen a continuación:

Sin que el demandante conociera la causa o razón, el Ministerio de Justicia —Consejo Nacional de Estupefacientes—, dictó la Resolución acusada, de la cual se notificó el 20 de noviembre de 1984 e interpuso en la misma fecha recurso de reposición sin que al momento de promoverse esta demanda, y después de haber transcurrido más de dos meses, se le hubiera notificado decisión expresa sobre el particular habiéndose operado así el silencio administrativo negativo.

La referida aeronave se encontraba en el momento de la retención en excelentes condiciones de conservación, mantenimiento y navegabilidad, lo que explica que en la misma, su propietario demandante viajara semanalmente a sus fincas “LA ESPERANZA” y “EL HATO”, ubicadas en el Municipio de Puerto Wilches, piloteándola él mismo.

Como consecuencia de la retención de la aeronave, el demandante se vio obligado a vender la finca “LA ESPERANZA” a la señorita María Victoria Vélez Rico, como consta en la Escritura Pública No. 2.298 de 4 de diciembre de 1984. Esa propiedad era visitada por el demandante y administrada en forma regular y eficaz, gracias a la aeronave, pues el viaje por tierra es penoso y demorado.

El actor no ha sido sindicado en ningún momento de su vida de hechos antijurídicos, ni en ningún juzgado ni dependencia de policía del país cursa sumario alguno en su contra, por ningún delito.

SECCION PRIMERA

La mencionada aeronave nunca ha sido utilizada para la comisión de los delitos en el Capítulo V, artículos 37 y siguientes del Decreto 1188 de 1974.

Afirma el demandante que, como lo acredita con las referencias o certificaciones suscritas por el Comandante de la Tercera Brigada, General Jesús J. Yúsef Arias; Sting Moller, Cónsul de El Salvador en Cali y Jorge Herrera Barona, Gobernador del Valle, él es una persona sumamente correcta y honesta y en el Archivo Operacional de la Unidad Operativa de la referida Brigada, no registra antecedentes.

La avioneta retenida fue adquirida por el demandante en 1980 de la firma AEROLEAVER Y CIA. de Bogotá, entregando a buena cuenta del precio una avioneta que dice él tenía, y obteniendo crédito para el pago del resto. Así consta en escritura pública que en copia autenticada acompaña a la demanda, la cual tiene su correspondiente registro aeronáutico.

Dicha nave fue introducida al país con el manifiesto de importación Serie A 1103272, que también en fotocopia autenticada acompaña a la demanda.

Señaló el actor en su demanda como normas violadas, las contenidas en los artículos 16, 20, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1886; 52 del decreto 1188 de 1974, y 20. y 69 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984); y expuso a continuación el concepto de violación de los mismos, salvo el del artículo 20. del C.C.A.

La parte demandada contestó la demanda y alegó de conclusión en las dos instancias, oponiéndose categóricamente a las pretensiones del actor.

II. LA SENTENCIA APELADA

El a-quo estudió uno a uno los cargos formulados en contra de los actos acusados. Pero como advirtió que las partes aludían a actuaciones administrativas anteriores y posteriores a los actos administrativos demandados. hizo respecto de ellas unas precisiones jurídicas, para luego sí pronunciarse en el fondo sobre las pretensiones formuladas.

En efecto, dijo,

“No solo en la demanda, sino en su impugnación y más aún en los alegatos de bien probado, se aluden a otras formas de ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ajena al proceso sub examine, como son las de “LA VIA DE HECHO” —por retención de la aeronave sin acto administrativo— previo, que se ejecutó con antelación a los actos impugnados—, y el ACTO ADMINISTRATIVO RESOLUCION 0087 DE AGOSTO 6 DE 1985 que revocó, (sic) la Resolución 0076 de 1984. Como en la

demanda se impugnan los actos administrativos que ORDENARON LA SUSPENSION DEL PERMISO DE AERONAVEGABILIDAD de la aeronave HK-2447-P, la DECISION JUDICIAL se enmarcará SOBRE LAS VIOLACIONES O NO, al ordenamiento de estirpe superior, DESECHANDO ASI, las CONSIDERACIONES de las partes, sobre las otras actividades administrativas ya descritas, ajenas al sub lite, que no inciden en él y gobernadas por acciones propias e independientes”.

Los cargos los analizó, en síntesis, así:

Primer cargo: Violación del artículo 16 de la C.N.

El acto administrativo es una de las manifestaciones del poder público, y en el presente caso se dictó “EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER ESTATAL” —de la administración—. De tal manera que no puede entenderse que dicho canon se vulneró, porque las sanciones administrativas se producen u obedecen al incumplimiento de los deberes de los particulares.

Segundo cargo: Violación del artículo 20 de la C.N.

Como el acto Impugnado se motivó en el hecho y en el derecho, e identificó plenamente “EL HECHO DE INFRACCION LEGAL”, no se quebrantó esta norma superior que consagra el principio de legalidad, donde se determina que los particulares responden por infracción de la Constitución y la Ley.

Tercer cargo: Violación del artículo 26 de la C.N.

Aunque el demandante afirma violación de esta norma, no señaló la ley preexistente, razón por la cual no se puede hacer la confrontación de la violación alegada, porque ella supone el enfrentamiento del acto para ante la ley preexistente al acto que se imputa, razón por la cual el cargo no prospera.

Cuarto cargo: Violación del artículo 30 de la C.N.

Este cargo, afirma el Tribunal, tampoco está llamado a prosperar por cuanto la sanción administrativa —suspensión de aeronavegabilidad— no puede asimilarse a la expropiación, que es una institución mediante la cual los bienes de propiedad de los particulares pasan al dominio del Estado, por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador.

Quinto cargo: Violación del artículo 34 de la C.N.

La confiscación no puede equipararse a la sanción administrativa, como la debatida: de suspensión, ya que aquella es una apropiación oficial de los

SECCION PRIMERA

bienes de una persona, que deviene de una sentencia que la declara responsable de un hecho punible, es decir, es una pena pecuniaria. La primera es una sanción impuesta por un juez y la segunda es dispuesta por una autoridad administrativa, por ello no hay quebranto y el cargo no prospera.

Sexto cargo: Violación del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974.

Esta norma fue modificada por el artículo 5o. del Decreto 1060 de 1984 que prevé la sanción del decomiso, medida correctiva de policía administrativa, por medio de la cual se dispone la pérdida de ciertos objetos de propiedad del infractor. Como por los actos acusados no se dispuso la pérdida de bienes del actor, no se configura la alegación del demandante. ellos dispusieron la suspensión del permiso de aeronavegabilidad la cual no implica la pérdida de la propiedad, sino la limitación en el uso de la misma.

Séptimo cargo: Violación del artículo 69 del C.C.A.

Porque según el actor, "El Ministro de Justicia ha guardado silencio ante mi solicitud de reposición orientada a obtener la revocatoria de la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984, no obstante su manifiesta oposición con la Constitución Política y la Ley".

Esta norma, dice la sentencia apelada, en nada refiere a la solicitud de reposición contra la resolución 0076 de 1984 que se enmarca dentro del control jurídico denominado Vía Gubernativa.

De manera que el silencio de la administración para ante el recurso de reposición interpuesto contra la citada y acusada resolución, queda encuadrado dentro del instituto del "silencio administrativo negativo" gobernado por el artículo 60 del C.C.A., motivo por el cual el cargo no prospera.

El anterior examen de los cargos condujo al Tribunal, consecuentemente a denegar las súplicas de la demanda y a condenar en costas al actor.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia del Tribunal en los argumentos que se sintetizan a continuación:

Mediante el fallo impugnado se infringieron principios procesales como los consagrados en los artículos 4o. y 305 del C. de P. C.; 3o. de la Ley 58 de 1982 y 3o. del C.C.A.

La sentencia no fue motivada, desconociendo el artículo 163 de la C.N., y el artículo 170 del C.C.A., pues en las consideraciones de fondo pro-

cede, en primer término, a discriminar arbitrariamente la materia decidible en el fallo; y remata luego con una árida teorización de las normas impetradas, pero en modo alguno como resultado lógico de un juicio operativo de los supuestos fácticos y sus consecuencias jurídicas.

Así tenemos que el calificativo de vía de hecho con que el recurrente plantea aquí la retención material de la aeronave, lo toma el a-quo para estimar esta última como objeto de acción distinta a la incoada; incurriendo, por ende, en un grave error.

Es cierto y de suma evidencia que la aeronave HK-2447-P fue incautada el 11 de mayo de 1984, medida que se ejecutó sin mediar siquiera la sanción coercitiva y menos aún su imposición formal; basada concretamente en la simple orden fragmentaria 001-84 EMAVI.

En rigor de verdad, lo que acordó y aprobó el Consejo Nacional de Estupefacientes fue solicitar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, la suspensión indefinida de actividades de vuelo. Y en iguales términos de "solicitud" la comunicó el Ministro de Justicia y Jefe del preanotado Departamento Administrativo; incluso con la extralimitación de este funcionario de pedir la revocatoria del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, cuando esta determinación no aparece acordada y aprobada por el Consejo; como aquel lo menciona.

En síntesis, esas "solicitudes" son y siguen siendo, por su naturaleza jurídica, actos internos preparatorios, entre órganos de la Administración pública nacional; ya que la decisión definitiva —esa sí de carácter externo y de afectación a un particular— debía de tomarla para el caso de autos el departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, cuyo pronunciamiento formal y material nunca ocurrió.

La Resolución No. 0076 se reduce a confirmar a posteriori esos hechos informales: primero, porque resuelve, por vía gubernativa, la impugnación formulada contra ello por el propio afectado, considerando, apartes 3 y 4; y, segundo porque su motivación parte de que el Consejo Nacional de Estupefacientes encontró que las causales que dieron lugar a la suspensión indefinida de actividades de vuelo, no han sido desvirtuadas, por lo cual se decide mantener la medida.

Cabe aclarar que esas actuaciones previas se surtieron en vigencia del decreto 1188 de 1974, que en parte alguna regulaba tales medidas policivas. Por eso se le adicionaron posteriormente mediante el Decreto 1060 de mayo 5 de 1984, en cuyos artículos 10 y 11 se fundó la Resolución No. 0076.

El juzgador incurre en otro inexcusable y manifiesto error, al estimar que la Resolución No. 0087 de agosto 5 de 1985 es una actuación ajena al proceso.

SECCION PRIMERA

Ese documento lo aportó la Administración sin explicar su intención e importancia, quizá presumible por la supuesta revocación de la Resolución No. 0076.

Su trascendencia procesal desde el punto de vista del recurso de reposición no debía ignorarla el a-quo, porque mediaba un silencio administrativo que había hecho viable la acción contenciosa, al hacerla admisible al tenor del numeral 3 del artículo 135 del C.C.A., como se expresó en la demanda. En realidad, ese acto no resolvió a tiempo el recurso, y la revocación que contiene es importante, dictada cuando ya se había acudido a esta jurisdicción, es decir, cuando se carecía de competencia al efecto.

Sucede, de otra parte, que la sentencia recurrida no guarda consonancia, con la violación del principio consagrado en el artículo 305 del C. de P. C., porque no hace un razonamiento lógico-jurídico de las pretensiones frente a las consecuencias normativas.

El a-quo faltó de esa manera al sagrado principio de eficacia encaminado a lograr la finalidad de todo procedimiento, cual es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

En la sentencia apelada se desconoce el principio procesal "JURA NOVIT CURIA" al no aplicar el artículo 5o. de la Ley 58 de 1982, regla general dentro del procedimiento público, porque no fue citado en la demanda y apenas se enuncia en el alegato de fondo.

Lo grave de esta situación es que se ignora el argumento fundamental de la demanda, cual es la falta de audiencia del actor en el procedimiento de imposición de las medidas coercitivas acusadas, con violación de preceptos constitucionales y legales.

Otra falla de juzgador a-quo consiste en la ausencia de estudio del principio de certeza jurídica en la aplicación procedimental de los Decretos 1188 de 1974 y 1060 de 1984, respecto de las sanciones impuestas al actor, principio que se postula en los artículos 174 y 177 del C. de P. C.

El grado de inquisición para imponer las medidas de suspensión de los certificados de aeronavegabilidad y de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, como también la retención de la aeronave de mi mandante, no es ajeno —guardadas las proporciones— a los postulados contenidos en las supradichas normas procesales. Por eso obligaba y continúa obligando saber a ciencia cierta en este proceso si las informaciones de la policía, en las cuales se fundaron aquéllas, significaban con certeza y verdad real las imputaciones contra mi cliente y su aeronave.

El Consejo de Estado ha invalidado otras providencias del Consejo Nacional de Estupefacientes, por infracción también a su propio reglamento, o

sea, a la Resolución No. 001 de 1983 que requería la prueba indiciaria para actuar en el campo de su competencia.

IV. EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Primero de la Corporación, en su vista de fondo, aduce, en síntesis lo siguiente:

Verificado el proceso junto con los antecedentes del acto demandado que se allegaron al mismo, no se encontró prueba distinta a la de pertenecer el avión a "reconocidos narcotraficantes" que operan en el país. Y el dato así recogido bien podía generar una medida policiva cautelar, sin perjuicio del adelantamiento de un trámite que debió iniciarse con una prueba indiciaria, con citación y audiencia del demandante, en procura de una decisión ponderada, como corresponde a la administración pública.

De lo anterior, aunque no lo dice expresamente, la Fiscalía parece deducir que se debe revocar la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984, ordenó la suspensión del Certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK-2447P y dispuso el traslado de ésta a una base militar.

Según el texto mismo de los considerandos la precitada resolución se fundamenta, en los siguientes documentos:

1. En el oficio No. 002816 de septiembre 14 de 1983 de la Policía de Control de Sustancias que producen adicción física o química de la Policía Nacional, por el cual se informó al Consejo Nacional de Estupefacientes, sobre la vinculación al tráfico de estupefacientes de la aeronave de matrícula HK-2447-P, de propiedad de Jaime Gaviria Mejía, y

2. En el oficio No. DM 194 de septiembre 15 de 1983, dirigido al departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por el Dr. Rodrigo Lara Bonilla, Ministro de Justicia y Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, en el que se solicitó la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la referida avioneta.

En primer término observa la Sala que los hechos que dieron motivo a la Resolución 0076 del 13 de noviembre de 1984, acto acusado, ocurrieron con anterioridad a la vigencia del Decreto 1060 de 1984, la cual empezó el 5 de mayo de dicho año, como de manera expresa lo determina su artículo 14.

SECCION PRIMERA

No obstante lo anterior, el Consejo Nacional de Estupefacientes, tal como lo señala en el encabezamiento y en el artículo 2o. del acto impugnado, aplicó, en forma injurídica, los artículos 11 y 10, en su orden, del Decreto 1060 de 1984. En otras palabras, la Resolución atacada está gobernando hechos que supuestamente se habrían cumplido con anterioridad al decreto, dándole a éste una aplicación retroactiva, lo que no es posible dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y menos en asuntos de índole penal, correccional o contravencional penal, salvo el caso exceptivo expreso de favorabilidad previsto en el inciso final del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886.

La aplicación que hace la Resolución 0076 de 1984 del Decreto 1060 para sancionar conductas por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la norma que invoca, contradice la Constitución Nacional.

Razón tiene entonces el actor cuando, respecto a la violación del artículo 26 de la Carta Magna de 1886, dice, tanto ante el Tribunal como ahora ante el Consejo de Estado, que cuando la nave fue retenida, se carecía de las facultades hoy previstas en el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, y que con la expedición de la Resolución 0076 se buscaba legalizar actuaciones irregulares y arbitrarias, fundándose en el mencionado decreto que ex post facto las regulaba.

Al parecer de la Sala, la sola consideración anterior sería suficiente para declarar nulo el acto atacado, previa revocatoria de la sentencia apelada. Sin embargo, no sobra hacer referencia a las circunstancias en las que el Consejo Nacional de Estupefacientes resolvió proferir la resolución censurada.

El organismo oficial y según se expresa en el último considerando de la Resolución acusada, fundamenta su decisión en el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, por el cual se adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, otorgando al Consejo Nacional de Estupefacientes la nueva función de "Disponer, de acuerdo con las informaciones que posea sobre actividades de personas y aeronaves y uso de aeródromos o pistas vinculadas al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación. Para tal efecto impartirá al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil las instrucciones a que haya lugar".

Las informaciones de que dispuso el Consejo, tal como se expresa en la misma Resolución fueron las contenidas en el Oficio No. 0002816 del 14 de septiembre de 1983 emitido por la Policía de Control de Sustancias que producen adicción física o síquica de la Policía Nacional y dirigido al Consejo Nacional de Estupefacientes, en el que simple y llanamente se dice:

"Me permito enviar la lista de Aviones de propiedad de reconocidos narcotraficantes que actualmente operan en el país:

“JAIME GAVIRIA MEJIA

“HK 2447 P

“HK 1845 P

“HK 2747 P

“HK 2424 P”.

El Ministro de Justicia en su carácter de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, con base en esta comunicación consideró a la aeronave vinculada al narcotráfico y procedió a dictar la Resolución acusada, sin adelantar las más elementales diligencias para comprobar el cargo, ni efectuar el más mínimo análisis crítico de los fundamentos de las afirmaciones de la Policía.

No puede compartir la Sala las apreciaciones que sobre el aspecto probatorio hace la demandada al expresar que el “Decreto 1060 de 1984, al adicionar el artículo 83 del decreto 1188 de 1974 con el literal “F”, ni siquiera exigió un indicio para disponer la suspensión, sino que dejó más amplitud y solo exigió la existencia de “informaciones”, sin que la calificara y sin que importara para la ley ni el origen, ni la clase, ni la calidad, ni la cantidad, ni la cualidad, ni las circunstancias como se llegaron a poseer, “solo exigió poseer informaciones”.

Tampoco es de recibo el argumento expuesto en la sentencia impugnada, cuando rechaza el cargo sobre violación del artículo 26 de la Constitución Nacional porque el demandante “NO SEÑALO LA LEY PREEXISTENTE”, razón por la cual no pudo hacer “CONFRONTACION DE LA VIOLACION ALEGADA”.

La aceptación de los anteriores planteamientos implicaría un total desconocimiento de los más elementales principios que informan nuestro régimen probatorio. A esta circunstancia se refiere el demandante a lo largo y ancho del proceso cuando se queja de que se le condenó sin prueba alguna y con total ausencia del derecho de defensa, sin audiencia, sin conocimiento de las diligencias, mediante una actuación secreta y oculta, concediéndose al informe de la Policía Nacional una veracidad y evidencia plenas, como verdad sabida y buena fe guardada, propias de regímenes dictatoriales y no de un Estado de Derecho como el nuestro.

Lo cierto fue que en el caso de autos no hubo por parte de la administración un procedimiento previo al acto acusado, ni comprobación alguna por parte de las autoridades sobre los datos consignados en el oficio No. 002816 del 14 de septiembre de 1983, ni oportunidad de solicitar, aportar o confrontar pruebas que hubieran podido incidir en las decisiones adoptadas.

Dentro de un régimen jurídico como el que nos gobierna, el sujeto pasivo de una investigación, sanción o condena, a lo mínimo que puede aspirar es

a conocer los cargos, a que se le reconozca y respete el derecho de defensa, a que se le dé la oportunidad de solicitar y aportar las pruebas en su favor y a controvertir las que se aduzcan en su contra, en fin, a que sea juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, según lo prescribía el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886.

Al resolver casos análogos, esta misma Sala ha dicho:

“V— En un Estado de Derecho no pueden concebirse trámites secretos o cuasisecretos, como se descubre en relación con las actuaciones surtidas por la Administración en el presente caso, según la precedente y extensa explicación. Estando los actos de *aquella* sometidos al control jurisdiccional de esta justicia, es preciso que desde un comienzo se informe al ciudadano sobre las acciones que en la esfera de sus libertades y patrimonio se han de tomar y con su presencia, adelantar y culminar la actuación que corresponda. No proceder de esta forma sería aceptar la entronización de la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas, que entrarían con semejante reprochable actuar a ser la antítesis de la función de proteger la honra, bienes y vida de los ciudadanos que les confía la Constitución Nacional (art. 16)”.

(Sentencia del 8 de mayo de 1987, Sección Primera. Expediente No. 80, Actor: Trabajos Especiales Sur Colombianos TAES LTDA. Consejero Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez).

“Las “informaciones” de que trata el art. 11 del Decreto 1060 de 1984 y que deben servir de fundamento a las decisiones que adopte el Consejo Nacional de Estupeficientes, no pueden ser en consecuencia de “cualquier clase” como lo pretende la señora apoderada del Ministro de Justicia, sino que deben ser la culminación de diligencias de acopio y recopilación del material probatorio que respalde fehacientemente las conclusiones finales a que se llegue. Como tal procedimiento fué en absoluto omitido en el caso de la sanción impuesta al demandante, hay que concluir que aquella está huérfana de todo sustento probatorio, quebrantándose por ende las normas antes aludidas, debiéndose por lo mismo, declarar la nulidad del acto acusado, con la consiguiente restitución del derecho vulnerado”. (Sentencia de 4 de agosto de 1987, Expediente No. 61, Actor: Nelson Fabio Sierra Pastrana. Consejero Ponente, Dr. Samuel Buitrago Hurtado).

Finalmente, la falta de prueba para condenar en el caso que ahora nos ocupa se pone de manifiesto en la circunstancia de haber sido desvirtuadas las sospechas de la Policía por lo que el Consejo Nacional de Estupeficientes, tuvo que revocar el auto acusado mediante la Resolución No. 0087 del 8 de agosto de 1985, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra aquél,

al encontrar que según certificación de las mismas Fuerzas Militares (oficio 001889 del 13 de noviembre de 1984) el propietario de la aeronave no registra antecedentes como narcotraficante y que de acuerdo con certificación de la Cámara de Comercio de Medellín, dicho propietario no figuraba como socio de Santiago Ocampo en el negocio de la "Rinconada" frecuentado por muchos narcotraficantes, con la cual, quedó sin piso la afirmación que de este hecho hizo la Policía en una de sus comunicaciones.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a revocar la sentencia apelada en cuanto no accedió a las pretensiones de la demandante en lo que se refiere a la nulidad de la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984.

Dentro de las pretensiones de la demanda el actor incluye la referente a la nulidad "de la decisión negativa que el Ministerio de Justicia tomó, al no decidir dentro de los dos (2) meses siguientes al veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)", el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución No. 0076 del 13 de noviembre de 1984. Al respecto cita como violado el artículo 69 del C.C.A., después de considerar que el Ministro de Justicia ha guardado silencio ante el recurso interpuesto.

Tal como lo consideró el Tribunal de primera instancia, esta solicitud no está llamada a prosperar, pues se fundamenta en una disposición aplicable a otro medio de control jurídico (revocatoria directa), dentro de un campo diferente al de la vía gubernativa y con distintas connotaciones jurídicas.

En relación con el restablecimiento del derecho pretendido en la demanda, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones:

Si bien es cierto que a manera de dicho restablecimiento, en primer término solicita el actor que la Nación Colombiana le pague \$12'447.400.00 por concepto de reparaciones que considera necesario hacerle a la aeronave para colocarla en las mismas condiciones de aeronavegabilidad que tenía cuando fue decomisada, frente a la falta de mantenimiento, el no uso y el maltrato durante la retención, no lo es menos que no se aportó al proceso medio alguno de prueba tendiente a demostrar la real ocurrencia de los perjuicios que dice haber sufrido el actor.

No probó el demandante que la aeronave se encontrara en buenas condiciones de servicio cuando fue retenida; tampoco que no hubiera podido encender los motores o que hubiere solicitado permiso para hacerle mantenimiento y que aquél se le hubiere negado, a pesar de que los comandantes de las Unidades a las cuales se asignan en custodia aeronaves con matrícula de aeronavegabilidad suspendida están autorizados por el Comando de la Fuerza Aérea para conceder a sus legítimos propietarios o representantes legales permisos especiales para entrar a los lugares en donde están ubicadas con el fin de que puedan efectuarles trabajos de mantenimiento preventivo y conservación (fl. 255).

SECCION PRIMERA

Además, de acuerdo con el Acta No. 6 del 20 de septiembre de 1985 (fl. 262), mediante la cual la Base Aérea Marco Fidel Suárez de la ciudad de Cali hizo entrega definitiva de la aeronave matriculada con el No. HK-2447 P, el señor Jaime Gaviria Mejía "recibe de conformidad y por inventario la aeronave antes mencionada", lo que da a entender que al momento de recibirla el propietario no hizo ninguna objeción al estado de la máquina. Significa lo anterior que no hay lugar a indemnizar perjuicios por este primer concepto, al no acreditarse la ocurrencia de los daños.

Al respecto vale la pena anotar que el apoderado del actor, en memorial que obra a folio 275, desistió de las pruebas pedidas en los numerales 14 y 16 del memorial correspondiente, con las cuales pretendía los daños alegados (fl. 59).

En segundo término, solicita el actor el pago de \$500.000.00 mensuales por concepto de lucro cesante, por todo el período comprendido entre el 13 de noviembre de 1984 hasta el instante en que "pueda entrar nuevamente en el goce pleno del vehículo". En relación con estos perjuicios tampoco hay prueba de la cual pueda deducirse y cuantificarse renta alguna producida por la aeronave retenida y de la cual se hubiera privado el propietario por haberse suspendido el certificado de aeronavegabilidad. Tampoco se ha acreditado el uso de la avioneta por el actor ni los beneficios directamente proporcionados a su dueño.

Y, finalmente, pretende el demandante el pago de la cantidad en pesos colombianos correspondiente a mil gramos oro, por reparación del daño moral que hace consistir en el dolor producido por la sorpresiva retención de la aeronave que lo privó del medio de transporte para desplazarse a sus fincas "La Esperanza" y el "Hato", ubicadas en el Municipio de Puerto Wilches; y, en la situación de pena o vergüenza a la que se la ha expuesto en forma pública ante la opinión ciudadana.

Ha considerado la jurisprudencia que los perjuicios morales son los que inciden en el patrimonio moral de los damnificados y consisten en la aflicción y dolor que éstos experimentan por la pérdida de un ser querido, y que se reconocen con base en la existencia del amor, el afecto y el parentesco.

Dentro de la anterior perspectiva, los perjuicios morales tienen que acreditarse dentro del proceso. Estos no se presumen, salvo en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí.

Estas últimas consideraciones llevan a la Sala a denegar el reconocimiento de los perjuicios, porque no se lograron demostrar.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Agente

del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A :

Primero.— REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera), el 14 de septiembre de 1989, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda en el proceso de la referencia.

Segundo.— DECLARASE NULA la Resolución No. 0076 expedida por el Consejo Nacional de Estupeficientes el 13 de noviembre de 1984, por la cual ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK-2447-P y el traslado de ésta a una Base Militar.

Tercero.— DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme la providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 19 de marzo de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Miguel González Rodríguez, Luis B. Flórez Suárez, Conjuez; Yesid Rojas Serrano.

LEASING/FACTORING/SUPERINTENDENCIA BANCARIA—Facultades

Conforme a la ley, las sociedades de financiación comercial que tengan por objeto realizar operaciones de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing), están sometidas al control de la Superintendencia Bancaria. La autorización de esta entidad no es, por consiguiente, un requisito que haya establecido la norma demandada sin estar previsto en el precepto legal que reglamenta, pues éste sujetó las sociedades en referencia a las regulaciones de la Ley 45 de 1923. De otro lado, la norma acusada al estatuir que las sociedades que regula “deberán incluir en su denominación social las expresiones ‘compra de cartera’ y ‘factoring’ y ‘arrendamiento financiero’ o ‘leasing’, según corresponda”, se ajusta con fidelidad al Código de Comercio en lo tocante a esta materia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 1558. Acción de nulidad contra los artículos 1o., 2o., 3o., —inciso primero—, 6o., y 7o., del Decreto Reglamentario No. 3039 de 29 de Diciembre de 1989, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Carlos Galindo Pinilla.

El ciudadano CARLOS GALINDO PINILLA ha ocurrido ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A. para que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o., —inciso primero—, 6o., y 7o., del Decreto Reglamentario nú-

mero 3039 de 29 de diciembre de 1989, “por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 74 de 1989 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

I.— EL ACTO ACUSADO:

Las normas cuya nulidad se pide son del siguiente tenor:

“Artículo 1o. *Sociedades de compra de cartera y arrendamiento financiero.* Para los efectos de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 74 de 1989, se denominan sociedades de compra de cartera (factoring) aquéllas distintas de los establecimientos de crédito especialmente facultados para el efecto, que, *autorizadas por la Superintendencia Bancaria*, pueden celebrar en calidad de adquirentes más de veinte (20) contratos de este género en un período de tres (3) meses consecutivos o, en el mismo período, celebrar contratos del mismo género por un monto que exceda el cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio. (La subraya es del actor).

Se denominan sociedades de arrendamiento financiero (leasing) aquellas que tiene capacidad legal, conforme a su objeto, para celebrar contratos de este género, en calidad de arrendadoras.

Parágrafo: Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el presente artículo podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a la celebración de cualquiera de los contratos de compra de cartera”

“Artículo 2o. *Régimen general.* Las sociedades de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) deberán ser sociedades por acciones; se constituirán, organizarán y funcionarán de conformidad con los requisitos, condiciones y procedimientos establecidos en la Ley 45 de 1923, y podrán realizar únicamente las actividades de leasing o factoring, según el caso”.

“Artículo 3o. *Nombre comercial.* Las sociedades reguladas por el presente Decreto deberán incluir en su denominación social las expresiones “compra de cartera” o “factoring” y “arrendamiento financiero” o “leasing”, según corresponda, y anunciarse al público utilizando dichas expresiones.

Las personas que no estén autorizadas por la Superintendencia Bancaria para celebrar contratos de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) no podrán utilizar en su denominación, razón social o nombre comercial sustantivos, adjetivos o abreviaturas que indiquen genérica o específicamente el ejercicio de dichas actividades ni anunciarse al público utilizando expresiones que puedan inducir a confusión con las señaladas en el inciso primero del presente artículo.

SECCION PRIMERA

Las autoridades ejercerán en estos eventos las competencias que les asigna el Decreto 1997 de 1988”.

“Artículo 6o. *Certificado de autorización.* Las sociedades actualmente existentes que tengan por actividad principal la realización de operaciones de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento (leasing) y deseen continuar desarrollando las actividades indicadas en el presente Decreto, deberán presentar a la Superintendencia Bancaria, a más tardar el 15 de Febrero de 1990, una solicitud de autorización para funcionar acompañada de los documentos que señale esta entidad para tal efecto.

La Superintendencia Bancaria expedirá el certificado de autorización si la entidad ha cumplido con los requisitos de ley y cuando establezca su idoneidad para desarrollar su objeto social y se cerciore que el bienestar público será fomentado con la autorización correspondiente, todo ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 45 de 1923 y lo del Decreto 1939 de 1986. La Superintendencia Bancaria deberá tener en cuenta, entre otros criterios, la responsabilidad e idoneidad de los administradores y accionistas, así como el capital de la respectiva sociedad y su solidez patrimonial.

Cuando la Superintendencia lo considere conveniente podrá expedir un certificado de autorización provisional con vencimiento al 30 de junio de 1990, con el fin de que durante el término del mismo se acredite el cumplimiento de los requisitos o exigencias que establezca. Vencido este término, otorgará el certificado de autorización a aquellas sociedades que hayan cumplido los requisitos establecidos por ella y sean idóneas para desarrollar su objeto social y convenientes para fomentar el bienestar público.

Los certificados de autorización definitiva no podrán tener una vigencia superior al 30 de Junio del año 2.010, y se otorgarán por períodos hasta de veinte años.

Parágrafo: Son ilegales las operaciones de compra de cartera (factoring) y de arrendamiento financiero (leasing) de que trata el artículo 1o. del presente Decreto, cuando se realicen por personas naturales o jurídicas sin contar con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria. En tales casos, ésta tendrá las facultades que le otorga el literal o) del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1986”.

Artículo 7o. *Programa de desmonte.* Las sociedades de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) actualmente existentes, que no presenten la solicitud o no obtengan el certificado de autorización de que trata el artículo 6o., deberán adecuar las actividades previstas en su objeto social a lo dispuesto en el presente Decreto, suspender inmediatamente el desarrollo de nuevas operaciones de compra de cartera (factoring) o

de arrendamiento financiero (leasing), y presentar dentro del mes siguientes a la fecha para allegar la solicitud de autorización respectiva, o de la notificación de la resolución que niegue la autorización, según sea el caso, un programa gradual de desmonte de las operaciones vigentes, para ser ejecutado en un término máximo de dieciocho (18) meses contados desde la fecha de presentación del programa correspondiente.

Parágrafo: La Superintendencia Bancaria introducirá las modificaciones que estime pertinentes al programa de desmonte, lo aprobará y vigilará el cumplimiento del mismo. En caso de incumplimiento podrá ejercer las facultades que le otorga el literal o) del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1986, si fuere el caso”.

II.— CAUSA PETENDI:

II.I.— FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 12, 30, 76, 120, ordinales 3o. y 15 de la Constitución de 1886; 11 de la Ley 74 de 1989 (norma reglamentada); 120, 303 a 309, 334, 357 y 373 del Código del Comercio.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

Respecto del Artículo 1o. del Decreto 3039 de 1989:

Ninguna disposición legal señala como elemento constitutivo o constituyente de las sociedades de “leasing” o de “factoring” la autorización de la Superintendencia Bancaria, por manera que el Gobierno no está autorizado para establecerlo por vía reglamentaria y si se entendiere que este requisito es una consecuencia natural del cambio en la titularidad de la función de control, sólo sería aplicable a las sociedades de leasing que se constituyan a partir del Decreto 3039 de 1989, pero no como algo inherente a la esencia o naturaleza de la entidad, sino como requisito de funcionamiento, y de ninguna manera a las constituídas legítimamente con anterioridad, pues las leyes no rigen para el pasado sino para el futuro, y las disposiciones nuevas no pueden desconocer, ni vulnerar los derechos adquiridos con junto título, al tenor de lo preceptuado en ‘el artículo 30 de la Constitución Nacional. Como quiera que el Decreto no hace distinción alguna, cobijando a unas y otras por igual, es inconstitucional en cuanto referido a las sociedades ya constituidas, cuando entró en vigencia el Decreto 3039 de 1989, por violación, como ya se dijo, del artículo 30 de la C.N.

Y como quiera que el reglamento instituyó un nuevo elemento para la constitución del tipo de sociedades a que me vengo refiriendo, no previsto

SECCION PRIMERA

en la ley, es indiscutible que desbordó el marco legal, arrogándose funciones propias del Congreso por lo cual la disposición es, además, violatoria, en lo pertinente, del artículo 120 No. 3, del artículo 12 y del artículo 76 de la Constitución Nacional, así como del artículo 11 de la Ley 74 de 1989, que se dice reglamentar, que tampoco instituyó tal elemento para configurar este tipo de sociedades.

Respecto del Artículo 2o.:

Se insinúa desde el principio que se trata de prescribir un régimen general para este tipo de sociedades, las cuales tendrán que ser sociedades por acciones. El régimen general de las sociedades tiene que ser establecido por el Legislador y el Ejecutivo, en función reglamentaria, no puede suplir al fímero, ni colmar sus vacíos normativos en materia tan fundamental. También quedaron claras las razones del Constituyente para esa reserva de materia a la competencia del Congreso. Si la ley no ha limitado el ejercicio de esta actividad a cierto tipo de sociedades comerciales, el reglamento no puede hacerlo, y si lo hace incurre el Gobierno en violación de los artículos 1°, 76, y 120 No. 3 de la Constitución Nacional, como es el caso del artículo 2° del Decreto 3039.

Respecto del Artículo 3o.:

El nombre o razón social es cuestión de especial relevancia y trascendencia en la organización y para el funcionamiento de las sociedades, sobre lo cual corresponde prescribir de manera privativa al Legislador y no puede hacerlo el reglamento. Si en la Ley existen normas sobre este particular, como existen efectivamente en el Código de Comercio (Arts. 303 a 309, 324, 357 y 373), es a estas disposiciones a las cuales debe sujetarse el Gobierno, sin que le sea lícito modificarlas o adicionarlas por vía reglamentaria, como lo ha hecho al expedir el artículo 3o., violando los artículos 12, 76 y 120 No. 30, de la C.N., y las disposiciones del Código del Comercio, antes citadas.

Respecto del Artículo 6o.:

El artículo 30 de la C.N. consagra el principio general de la irretroactividad de las leyes, por el cual se deben respetar los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas válidamente establecidas conforme a las leyes anteriores.

Este principio resulta quebrantado por la disposición transcrita en cuanto establece una nueva autorización o permiso para funcionar otorgado por la Superintendencia Bancaria, el cual deben obtener con carácter de provisional o definitivo las sociedades que tengan por objeto actividades de "leasing" y de "factoring", actualmente existentes, o sea las que ya estaban

constituídas y en funcionamiento cuando se expidió el Decreto. Tales entidades se constituyeron bajo condiciones señaladas en el Código de Comercio y obtuvieron licencia de funcionamiento en los términos allí previstos; por consiguiente, existe para ellas un derecho adquirido a su personería jurídica y a desarrollar sus actividades normales durante el tiempo de su duración y mientras no concurra alguna de las causales de disolución y liquidación previstas en la ley y en sus estatutos, tal y como lo reconoce paladinamente el artículo 120 del Código de Comercio, el cual ha sido violado de manera manifiesta, pues según el artículo 6o. del Decreto Reglamentario se les condiciona su funcionamiento a un permiso provisional y a uno definitivo de la Superintendencia Bancaria, no previsto en ley alguna y que, dada la discrecionalidad para otorgarlo, puede traducirse eventualmente, si fueren negados, en una causal de disolución de la sociedad, tampoco prevista en las leyes.

Respecto del Artículo 7o.:

Las sociedades de leasing o de factoring que no obtengan el permiso de autorización, creado en el mismo Decreto, se les ordena suspender inmediatamente el desarrollo de nuevas operaciones y presentar a la Superintendencia Bancaria "un programa gradual de desmonte" a ejecutar en un término de 18 meses. Sin entrar en el examen de la discutible factibilidad de tal desmonte, cuando se trata de operaciones que, como las de leasing cubren varios años y que afectan en cada caso por lo menos a tres sujetos de la relación, lo cierto es que, según se expresó antes, se ha configurado una causal de disolución de las sociedades no prevista en la Ley, ni en los estatutos referentes a la inspección y vigilancia de las instituciones financieras, y que no puede ser instituída a título de mero reglamento. Por consiguiente, el artículo 7o. del Decreto Reglamentario impugnado implica una invasión en la órbita propia del Legislador, con la consiguiente violación del artículo 120 No. 3 y del artículo 76 íbidem. Así mismo entraña una violación del artículo 120 No. 15 porque las normas reguladoras de la inspección y vigilancia de las sociedades y de los intermediarios financieros tienen que ser dictadas por el Congreso y nó por el Gobierno, que es, apenas el ejecutor de la función de control.

III.— TRAMITE DE LA ACCION:

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

III.1.— LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, se hizo parte en el proceso y por medio de apoderado contestó la demanda, escrito en el cual sostuvo, principalmente, lo siguiente:

1o.— Después de referirse al significado y alcances de la potestad reglamentaria trayendo a colación diversas sentencias del Consejo de Estado sobre esta institución, puntualizó que no se entiende cómo puede hablarse de desborde de la potestad reglamentaria en el caso del artículo 1o. del Decreto 3039 de 1989, si de la simple lectura del referido artículo no es dable inferir, como lo hace erróneamente el demandante, que el objeto del mismo es instituir elementos que previamente no hubiera consagrado la ley que lo originó, toda vez que a la expresión “autorizadas por la Superintendencia Bancaria” no debe endilgársele un alcance que realmente no tiene si se la interpreta dentro del contexto al cual se halla íntimamente ligada, y nó en forma aislada e inconexa. Desde luego, para la adecuada inteligencia de este mandato, originado en la ley y nó en el querer del ejecutivo, pues aquella es la que estipula en el inciso final del artículo 11 que las sociedades de financiación comercial que tengan por objeto realizar operaciones de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing), “se organizarán en los términos de la Ley 45 de 1923 y las disposiciones que la modifiquen o reformen”, será forzoso remitirse al estatuto de los establecimiento bancarios (Ley 45 de 1923), que establece el procedimiento a que deben sujetarse “todos los individuos, corporaciones, sociedades, establecimientos y secciones en ella definidos” con miras a organizarse y a obtener la autorización que los habilite para empezar negocios”, según rezan sus artículos 1o. y 28.

Así que, el Presidente de la República, en los términos del Decreto 3039 de 1989, señaló la forma en que tales entidades debían organizarse, entendiendo, como lo entendió el legislador, que esa organización dispuesta por la norma reglamentada debía predicarse por igual no sólo de las sociedades constituidas regularmente y que venían ejecutando como actividad principal operaciones de arrendamiento financiero o de compra de cartera, al tenor del artículo 1o., literal d), del Decreto 2059 de 1981, con permiso de funcionamiento provisional o definitivo de la Superintendencia de Sociedades, sino de las que con posterioridad se constituyan como compañías de financiación comercial con objeto exclusivo de leasing o factoring. El texto del artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989 confirma esta apreciación.

No puede perderse de vista que las leyes y decretos que reglamentan el ejercicio de la actividad financiera tienen un contenido social, no persiguen una finalidad individual ni la tutela de un privilegio. Son por ello de orden público-económico y se basan en la necesidad de preservar la confianza en el sistema financiero; por ser normas de utilidad pública son de efecto general inmediato, en los términos del artículo 18 de la Ley 153 de 1987.

Por tal razón, esas leyes y decretos deben garantizar que los asociados y administradores que ejerzan la actividad sean idóneos y solventes profesional y moralmente, amén de que el proyecto o la entidad sea viable y, en fin, que se servirá el interés general.

Siendo ello así, mal puede afirmarse que el artículo 1o., cuya nulidad se pretende quebrante las disposiciones constitucionales y legales que el demandante cita en su concepto de violación.

2o.— Conforme a la ley reglamentada las sociedades de financiación comercial cuyo objeto se circunscribe a la celebración de operaciones de arrendamiento financiero y compra de cartera, se sustrajeron del régimen ordinario previsto por el estatuto mercantil para las sociedades comerciales, con la finalidad de someterlas al control de la Superintendencia Bancaria, ante la necesidad de un mejor control de estas modalidades financieras, cuyos volúmenes de operación justifican aún más lo propuesto, debiendo, en consecuencia, sujetarse a las normas de carácter especial que integran el régimen de la Ley 45 de 1923.

De tal forma, no se evidencia por parte alguna la pretendida violación de los mandatos de superior jerarquía citados en este aparte de la demanda que se contesta.

3o.— En cuanto a la pretensa violación del artículo 3o. del Decreto 3039 de 1989, nótese como éste se limita a realizar una precisión en punto a denominación social previamente efectuada por la Ley comercial, pero referida específicamente a las sociedades de leasing y factoring, con el fin de dar cumplido efecto al mandato legal que la sometió al control de la Superintendencia Bancaria.

Tal sustento legal se encuentra específicamente en el Decreto 1997 de 1988, reglamentario del Código de Comercio en materia de nombre comercial.

4o.— En cuanto a la impugnación del artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989, téngase como argumentos en contra de las pretensiones del actor sobre este particular los que se esgrimieron con relación a la supuesta infracción del artículo 30 de la Constitución Nacional.

Cabe anotar, que es evidente la imprecisión en que incurre el actor al considerar que al momento de expedirse el permiso de funcionamiento el Estado juzgó que las sociedades eran idóneas para ejercer su objeto y, en consecuencia, adquirieron un derecho a “desarrollar sus actividades normales durante el tiempo de su duración”, toda vez que esta clase de juicios de valor no son propios del Superintendente de Sociedades, en la medida en que el permiso de funcionamiento está referido exclusivamente a un control de legalidad formal sobre la constitución regular de las sociedades, según el propio artículo 268 del C. de Co., a cuyo tenor el permiso “se otorgará cuando su constitución se ajuste a las leyes”.

Es también evidente la imprecisión en que incurre el actor al aseverar que el párrafo del referido artículo 6o. del Decreto 3039 de 1989 adolece

de nulidad en cuanto, a su modo de ver, configura una causal de nulidad de las operaciones de leasing y factoring, cuando a lo que se refiere con claridad meridiana este precepto es a la ilegalidad de los actos que se ejecuten "sin contar con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria". Confunde de tal modo el demandante dos fenómenos de naturaleza jurídica distinta, pues en este caso se habla de ilegalidad en la medida en que la operación cuyo ejercicio supone la ejecución de una actividad financiera se lleve a cabo sin la debida autorización, en tanto que la nulidad de esos actos, como negocios jurídicos que son, sólo se producirá en los casos expresamente previstos por el artículo 899 del C. de Co., si se trata de nulidad absoluta, o en los eventos del artículo siguiente si ésta es relativa.

5o.— Finalmente estima el demandante que el artículo 7o. del Decreto 3039 de 1989 entraña una violación de los artículos 76 y 120, numerales 3 y 15, de la Constitución Nacional, al configurar una causal de disolución de sociedades no prevista en la ley, que no puede ser instituida a título de reglamento.

No se evidencia por parte alguna la alegada violación de normas de superior jerarquía, considerando que la disposición aquí objetada se circunscribe a prescribir sobre los pormenores del programa de desmonte a cumplir por parte de aquellas sociedades de leasing y factoring, actualmente existentes, que no solicitaron o no obtuvieron el certificado de autorización, de que trata el artículo 6o. del mismo Decreto, en desarrollo de la facultad que al superintendente Bancario otorga el numeral 2o. del literal o) del artículo 3o. del Decreto-Ley 1939 de 1986.

En efecto, esta última previsión legal se refiere específicamente a la "liquidación rápida y progresiva de las operaciones financieras realizadas ilegalmente", como una de las medidas que puede imponer dicho funcionario a quienes ejecuten actividades exclusivas de las instituciones financieras, que fue precisamente la calidad que entró a predicarse de las sociedades de leasing y factoring por mandato del artículo 11 de la Ley 74 de 1989 y, más recientemente, por virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 45 de 1990.

No resulta difícil concluir que el vocablo "desmonte" debe entenderse en su sentido natural y obvio, de acuerdo con la directriz que en materia de hermenéutica traza el artículo 27 del C.C., como "la acción de deshacer una cosa", significado que es sinónimo del término "liquidación", entendido éste a su vez como el proceso orientado a poner fin a un acto, en este caso a las operaciones realizadas sin la debida autorización.

III.2.— CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de fondo, sostiene que el Decreto Reglamentario aquí demandado interpreta la legisla-

ción vigente sobre la materia y se ajusta a ella, desarrolla el mandato contenido en el artículo 11 de la Ley 74 de 1989 y no lo sobrepuja, coincidiendo en el análisis de los cargos con las razones expuestas de la parte demandada.

IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los cargos de la demanda serán analizados en el mismo orden en que se han planteado, así:

PRIMER CARGO:

El artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3039 de 29 de Diciembre de 1989 viola los artículos 12, 30, 76 y 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886 y 11 de la Ley 74 de 1989, ya que al establecerse como elemento constitutivo o constituyente de las sociedades de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) “la autorización de la Superintendencia Bancaria” el Gobierno se arrogó funciones del Congreso pues no existe ninguna disposición legal que así lo señale; desconoció derechos adquiridos con justo título al aplicarse a las sociedades ya constituidas y desbordó el artículo 11 de la Ley 74 de 1989, que reglamenta, que no contempló la autorización anteriormente aludida.

La censura precedente no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

El Decreto 3039 de 29 de Diciembre de 1989 es reglamentario del artículo 11 de la Ley 74 de 1989, el cual estatuyó que a partir de la vigencia de dicha ley —21 de Diciembre, en que fué promulgada— las sociedades de financiación comercial que tengan por objeto realizar operaciones de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) “estarán sometidas también al control de la Superintendencia Bancaria” y “se organizarán en los términos de la Ley 45 de 1923 y las disposiciones que la modifiquen o reformen”.

Esa sujeción de las mencionadas sociedades a la Ley 45 de 1923 implica que, al tenor del artículo 28 de ésta, requieran de la Superintendencia Bancaria un certificado de autorización en que conste que han cumplido “con todos los requisitos de la ley” y que pueden “llevar a cabo dentro del territorio de la República los negocios allí especificados”.

La autorización de la Superintendencia Bancaria no es, por consiguiente, un requisito que haya establecido el artículo 1o. acusado sin estar previsto en el precepto legal que reglamenta, pues, como ya se anotó, éste sujetó las sociedades en referencia a las regulaciones de la Ley 45 de 1923. Esta consideración descarta la transgresión de los artículos 12, 76, 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886 y 11 de la Ley 74 de 1989.

La Sala tampoco advierte la violación del artículo 30 de la Constitución de 1886, dado que el régimen de las sociedades lo determina la ley (artículo 12 de la C.N. de 1886), y ésta, cuando regula actividades como las de compra de cartera o de arrendamiento financiero, tiene efecto general inmediato, por estar fundada en motivos de utilidad pública (artículo 18 de la Ley 153 de 1887).

La afirmación del demandante, de que el requisito de la autorización de la Superintendencia Bancaria no se pueda aplicar a las sociedades constituidas anteriormente y si a las que se creen en el futuro, no resulta válida dado que la ley, al tenor del artículo 12 de la Constitución de 1886, bien podía variar su régimen, como en efecto se hizo, respecto de las sociedades en referencia a través de la Ley 74 de 1989.

SEGUNDO CARGO:

El artículo 2o. del Decreto Reglamentario 3039 de 1989 viola los artículos 12, 76 y 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886, pues al prescribirse para las sociedades de compra de cartera (factoring), o de arrendamiento financiero (leasing), que deben ser sociedades por acciones, el Ejecutivo en función reglamentaria ha invadido la órbita de competencia que la Constitución ha reservado al Congreso, ya que a éste corresponde señalar el régimen general de las sociedades.

Esta censura está desprovista de fundamento dado que la norma reglamentaria acusada se ajustó a la preceptiva del artículo 11 de la Ley 74 de 1989 que reglamenta. En efecto, al consagrar élla que las sociedades en mención deben ser sociedades por acciones y que deben constituirse, organizarse y funcionar 'de conformidad con los requisitos, condiciones y procedimientos establecidos en la Ley 45 de 1923, sigue con fidelidad dicho artículo 11, puesto que el Capítulo III de la Ley 45 de 1923 prevé que los bancos sujetos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben constituirse como sociedades por acciones, capítulo al cual tendrían que sujetarse las sociedades de "factoring" o de "leasing", por la remisión que a la Ley 45 hace el artículo 11 reglamentado.

TERCER CARGO:

El artículo 3o. del Decreto 3039 de 1989 viola los artículos 12, 76 y 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886, 303 a 309, 324, 357 y 373 del Código del Comercio. Al estatuirse por vía reglamentaria sobre el nombre comercial o razón social de las entidades que tengan por objeto el leasing o el factoring se invade la competencia privativa del legislador para regular sobre la organización y funcionamiento de las sociedades. Si en las normas enunciadas del Código de Comercio existen reglas sobre el particular, es a estas disposiciones a las cuales debe sujetarse el Gobierno sin que sea lícito modificarlas o adicionarlas a través del reglamento.

Esta censura tampoco tiene vocación de prosperidad, ya que el artículo 3o. acusado al estatuir que las sociedades que regula “deberán incluir en su denominación social las expresiones “compra de cartera” o “factoring” y “arrendamiento financiero” o “leasing”, según corresponda”, se ajusta como fidelidad al Código de Comercio en lo tocante a esta materia. El Decreto 1997 de 1988, reglamentario del Código de Comercio en lo concerniente al nombre comercial, al cual se remite, valga resaltarlo, en su último inciso el artículo acusado, es muy claro en preceptuar en su artículo primero que “Sólo podrán utilizar en su nombre comercial sustantivos que indiquen genéricamente o específicamente el ejercicio de una actividad financiera, o adjetivos y abreviaturas que la costumbre mercantil reserve a instituciones financieras”. entre otras entidades, “las sociedades dedicadas a la realización de operaciones de arrendamiento financiero o “leasing” o de compra de cartera o “factoring”.

Significa lo precedente, que el artículo 3o., en manera alguna contraría los preceptos invocados por el demandante, pues se ajusta con fidelidad a la norma reglamentaria del Código de Comercio en materia de nombre comercial.

CUARTO CARGO:

El artículo 6o., como su párrafo, del Decreto 3039 de 1989 viola los artículos 12, 30, 76 y 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886 y 120 del Código de Comercio.

Para sustentar este cargo se aduce por el demandante que el artículo 6o. no respetó los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas válidamente configurados conforme a las leyes anteriores al establecer una nueva autorización o permiso para funcionar otorgado por la Superintendencia Bancaria, permiso que deben obtener con carácter provisional o definitivo las sociedades que tengan por objeto actividades de “leasing” o de “factoring”, que estaban constituidas y en funcionamiento cuando se expidió el Decreto. Si dichas sociedades se constituyeron y obtuvieron licencia de funcionamiento bajo las condiciones señaladas en el Código de Comercio, existe para ellas un derecho adquirido a su personería jurídica y a desarrollar sus actividades normales durante el tiempo de su duración mientras no concurra alguna de las causales de disolución y liquidación previstas en la ley y en sus estatutos, tal como lo reconoce el artículo 120 del Código de Comercio, el cual ha sido violado por el artículo 6o. al condicionar su funcionamiento a un permiso provisional y a uno definitivo de la Superintendencia Bancaria, no previsto en ley alguna y que, dada la discrecionalidad para otorgarlo, puede traducirse en una causal de disolución de la sociedad tampoco contemplada en las leyes. Es decir, que el Gobierno derogó o modificó las normas del Código de Comercio invadiendo la competencia del Congreso. Por idénticas razones el párrafo del artículo 6o., también resul-

SECCION PRIMERA

ta nulo ya que configura una causal de nulidad de las operaciones de compra de cartera y de arrendamiento financiero no señalada en la ley.

Esta censura no tiene vocación de prosperidad ya que al estar sujetas las sociedades de "leasing" o de "factoring" a la Ley 45 de 1923 y a las que la modifican o reforman, como el Decreto-Ley 1939 de 1986, su actividad interesa al bienestar público, conforme lo estipula el artículo 27 de la primera, y su control y vigilancia asegura la confianza pública en el sistema financiero, como lo postula el artículo 1o. literal a) del segundo. Se deriva de lo anterior, que los estatutos legales enunciados, al igual que la Ley 74 de 1989, como ya se anotó, se fundan en motivos de utilidad pública, por lo cual, al tenor del artículo 18 de la Ley 153 de 1887, tienen efecto general inmediato. Este atributo, aunado con el carácter especial de la regulación, hacen prevalente su aplicación frente al artículo 120 del Código de Comercio.

Ahora, tanto el certificado de autorización provisional como el de autorización definitiva que consagra el artículo 6o., tiene su sustento en el artículo 28 de la Ley 45 de 1923, consideración ésta que deja sin fundamento este cargo de la demanda.

En lo tocante a la censura del párrafo del artículo 6o., la Sala considera que si no media la autorización de la Superintendencia Bancaria, las operaciones de compra de cartera y de arrendamiento financiero son ilegales, por desconocimiento del mencionado artículo 28, y ameritan la adopción de medidas de suspensión de actividades, disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones financieras ilegales, como lo prevé el literal o) del artículo 3o. del Decreto-Ley 1939 de 1986. Como el párrafo del artículo 6o. así lo consagra, resulta, por consiguiente, ajustado a dichos preceptos legales.

QUINTO CARGO:

El artículo 7o., del Decreto 3039 de 1989 viola el artículo 120, en sus ordinales 3o. y 15, de la Constitución de 1886, al estatuir el desmonte como causal de disolución de las sociedades de "leasing" o de "factoring", la cual no está prevista en la ley ni en los estatutos referentes a la inspección y vigilancia de las instituciones financieras.

Esta censura tampoco está llamada a prosperar ya que lo previsto en el artículo 7o. acusado se ajusta a lo dispuesto en el artículo 3o. literal o) del Decreto-Ley 1939 de 1986.

En efecto, el expresado artículo 7o. prevé que las sociedades de factoring o de leasing actualmente existentes —para la fecha de entrada en vigen-

cia del Decreto— que no presenten solicitud de autorización para funcionar o no tengan el certificado de autorización de la Superintendencia Bancaria deberán, entre otras medidas, suspender inmediatamente el desarrollo de nuevas operaciones de compra de cartera o de arrendamiento financiero y presentar un programa gradual de desmonte a efectuar en un término de 18 meses. Esta última medida guarda conformidad, como ya se dijo, con el artículo 3o. literal o) del Decreto-Ley 1939 de 1986, que faculta a la Superintendencia Bancaria para desarrollar, entre otras acciones, la de “la liquidación rápida y progresiva de las operaciones financieras realizadas ilegalmente”. Esta acción se acomoda al objetivo que, según el artículo 1o., literal b), del mismo Decreto-Ley, debe perseguir dicha entidad administrativa de “Evitar que las personas no autorizadas conforme a la ley ejerzan actividades financieras”.

En conclusión, estima la Sala, que el Decreto 3039 de 29 de Diciembre de 1989 se ajusta al artículo 11 de la Ley 74 de 1989 que reglamenta, como a los estatutos legales a que se remite éste, razón suficiente para despachar desfavorablemente las súplicas del libelo demandatorio.

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:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fué discutida y aprobada en la sesión del día 19 de Marzo de 1992.

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

ACTO COMPLEJO/ACTO PRINCIPAL/ACTO CONFIRMATORIO/DEMANDA—Ineptitud

Quando el acto inicial es objeto de recursos en la vía gubernativa, deben demandarse los actos que lo modifiquen o confirmen; pero si es revocado, solo procede demandarse el último.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1333. Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de Agosto de 1989, del Tribunal Administrativo de Córdoba. Actora: Flora Francisca Ayala Muñoz.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra la sentencia de 10 de Agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.— ANTECEDENTES

1.1.— FLORA FRANCISCA AYALA MUÑOZ, a través de apoderado, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, tendiente a obtener la nulidad de la Resolución número 0262 de 15 de Abril de 1.988, emanada de la Alcaldía Mayor de Montería, por la cual se ordenó a la actora restituir el lote de terreno ubicado en la carrera 7a. entre calles 40 y 41 de ese muni-

cipio, y, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se le reconozca el derecho que tiene de seguir en posesión del susodicho inmueble.

1.2.— Como normas violadas se señalaron los artículos 26 de la Constitución de 1.886; 132 del Código Nacional de Policía; 685 y 707 del C.C.

1.3.— La demanda fue admitida mediante auto de 31 de Agosto de 1988, en el cual se denegó el decreto de suspensión provisional.

1.4.— Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con la sentencia de 30 de Agosto de 1989 que no accedió a las súplicas de la demanda, providencia esta que fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte demandante.

II.— SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones del libelo, el Tribunal Administrativo de Córdoba razonó de la siguiente manera:

1o.) Si en la demanda no se pidió la notificación del Sindicato de Trabajadores del Municipio, a quien se le cedió el lote, y si se notificó en legal forma la misma a la autoridad administrativa que expidió el acto acusado, y contra quien va dirigida la acción, habrá lugar a un pronunciamiento de fondo.

2o.) Se observa que la Resolución demandada se dictó como consecuencia del Acuerdo Municipal número 016 de 7 de Diciembre de 1987 que derogó el Acuerdo número 113 de 1959 del Concejo Municipal de Montería y que cede a título gratuito al Sindicato de Trabajadores Oficiales al Servicio del Municipio de Montería, un lote de terreno ubicado en esa Ciudad, en la avenida 7a. entre calles 40 y 41. Además que aquélla, es el resultado de la investigación preliminar en que el municipio constató que se trataba de un bien fiscal municipal.

3o.) En efecto, los bienes fiscales municipales son imprescriptibles y no hay pruebas de que a la actora le pertenezca su dominio pleno y absoluto, pues en bienes del Estado o de entidades territoriales para alegar la propiedad no basta el hecho de haber poseído el bien.

4o.) A contrario sensu se tiene que el municipio de Montería es el dueño, puesto que en 1961 hace uso de tal derecho y por Escritura Pública No. 109 el Personero Municipal, en representación del Municipio de Montería, autorizado por el Acuerdo número 113 de 1959 del Concejo de esa localidad, cede el lote mencionado al Comité Pro-Construcción de la Casa Sindi-

SECCION PRIMERA

cal, esto es, mucho tiempo antes de que la actora ocupara el lote que según la demanda data de 1966.

5o.) No se observa ilegalidad del acto administrativo pues el municipio a pesar de haber dejado vivir tranquilamente en el lote urbano a la demandante, lo que hizo fué uso del derecho a pedir la restitución de la posesión del bien cuyo dominio siempre ha tenido y nunca ha salido de su haber.

6o.) La demandante al expresar en la demanda el por qué no considera al municipio como propietario del lote que ordena restituír, no tiene asidero jurídico, pues el hecho de que no se hubiese demostrado que el Comité incumplió las condiciones, en nada afecta la legalidad del acto acusado ya que a quién correspondía probar dicho cumplimiento era precisamente al Comité.

7o.) La Alcaldía quiso pues legalizar una situación jurídica ordenando la restitución de un inmueble que considera suyo como bien fiscal y por lo tanto no había lugar a un juicio posesorio, pues cuando el Tribunal inspeccionó el lote, encontró en posesión al Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio, y en el caso de que el particular obligado a la restitución estuviese en posesión real del inmueble y nó meramente subjetiva, cabría razón a la demandante en cuanto a que el competente de que la actora estuviera en posesión, lo legal era actuar como lo hizo la Administración.

8o.) Como es un hecho real que la demandante no se encuentra en posesión del bien y no alega dominio sobre él, y si para la fecha de expedición del acto estaba en posesión, ya dejó de serlo, el municipio logró su cometido y no puede legalmente pretender que se le ha privado de un derecho.

III.— FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la actora, en el escrito en que interpuso y sustentó el recurso de apelación, fundamenta los motivos de inconformidad así:

1o.) El lote de terreno y la casa en él construída por la actora no es un bien fiscal sino de propiedad privada, perteneciente al Comité Pro-Construcción de la Casa Sindical, adquirido por la Escritura Pública número 109 de 24 de enero de 1961, tal como se aprecia en la fotocopia autenticada de la Escritura Pública y del certificado de libertad y tradición actualizado que reposa en este proceso, luego quien podía iniciar acción contra la demandante era el propietario inscrito y nunca el municipio, pues dicho bien ya no le pertenecía.

2o.) Cuando se instauró la demanda la actora estaba en posesión del inmueble y ante la medida injusta por parte de la Alcaldía, y al negar el Tri-

bunal la suspensión provisional tuvo que salir de él, y, por ello, cuando se practicó la diligencia de inspección judicial, no la encontró en posesión del mismo.

3o.) Cuando la Resolución fue dictada, la demandante estaba en posesión del inmueble por más de veinte años, en forma quieta, tranquila, pacífica y con ánimo de señor y dueño; cuando se instauró la acción, también lo estaba, entonces, como lo advierte el Tribunal, era la justicia ordinaria la encargada de dirimir el conflicto y no la Alcaldía, por falta de competencia para ordenar la restitución y el lanzamiento, fuera de que tampoco es la propietaria del bien en litigio.

IV.- CONCEPTO FISCAL

el Fiscal Primero de la Corporación se mostró partidario de la confirmación de la sentencia apelada, con base en el siguiente razonamiento:

Al folio 90 del cuaderno del Tribunal aparece la Escritura Pública No. 109 de 14 de Enero de 1961 por la cual el Municipio de Montería cede el lote de autos al Comité Pro-Construcción de la Casa Sindical, reservándose el municipio el derecho de dominio sobre el lote.

Si conforme a la demanda la actora entró a poseer al lote en el año de 1966, es claro que desde mucho tiempo antes el municipio tenía la propiedad del inmueble y ejercía sobre el mismo los derechos inherentes a ella.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 2519 del C.C. los bienes de uso público no prescriben en ningún caso y aquí vale la diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales.

Por lo demás, en el caso de autos, el bien fiscal no es de los de la índole de adjudicables, como fuera que había una titulación de por medio que comportaba la propiedad y junto con ella el “usus, el fructus y el abusus”.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Prescribe el artículo 138 del Decreto 01 de 1984, estatuto aplicable para la época en que se presentó la demanda:

“Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa. . .”.

Del tenor literal del precepto transcrito se infiere que *lo que era obligatorio demandar*, cuando se había tramitado la vía gubernativa, *era el acto confirmatorio, y lo potestativo los actos modificados o confirmados por*

SECCION PRIMERA

aqué. En forma más clara, debía demandarse, obligatoriamente, el acto que ponía fin a la vía gubernativa, cuando éste confirmaba el acto inicial y el que decidía el recurso de reposición —cuando se interponía éste—, y potestativamente los dos últimos.

En el evento sub lite, la actora solicitó únicamente la nulidad de la Resolución número 0262 de 15 de Abril de 1988, de la Alcaldía Municipal de Montería, que es el acto inicial, pero pretermitió demandar el acto administrativo de 21 de Junio de 1988, de la Gobernación del Departamento de Córdoba, que al decidir el recurso de apelación confirmó la expresada Resolución, que es el acto confirmatorio.

Significa lo precedente inepta, por haberse desatendido lo preceptuado en el artículo 138 del C.C.A., y ello amerita que se revoque la sentencia apelada y que se declare que no hay lugar a pronunciamiento de mérito.

La Sala, sin embargo, se permite observar, que el artículo 24 del Decreto —Ley 2304 de 1989, vigencia desde el 7 de Octubre del mismo año, que subrogó el artículo 138 del Decreto— Ley 01 de 1984, cambió la orientación anterior, pues estableció que cuando el acto inicial es objeto de recursos en la vía gubernativa, deben demandarse los actos que lo modifiquen o confirmen; pero si es revocado, sólo procede demandarse los actos que lo modifiquen o confirmen; oero si es revocado, sólo procede demandarse el último.

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:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 30 de Agosto de 1989, en el proceso instaurado por FLORA FRANCISCA AYALA MUÑOZ y, en su lugar, declárase inhibido de proferir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de Marzo de 1992.

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

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS/TARIFA/IMPUESTO—Inexistencia

El criterio tenido en cuenta por las Emcali para incrementar las tarifas con un cargo fijo, obedece a la necesidad de ajustar las mismas a los costos reales en que se incurre para una adecuada prestación de los servicios públicos. El cargo fijo no constituye un impuesto pues este implica que el obligado a sufragarlo no perciba beneficio directo alguno por el hecho de cumplir con la obligación impuesta, y, en el sub-lite, el cargo fijo busca compensar los costos reales del servicio, lo que tiene como contrapartida poder brindar al usuario, en forma directa, una efectiva prestación del mismo. Si el pago de los derechos de matrícula y conexión de un servicio fuera suficiente para que el usuario pudiera gozar del servicio en forma permanente, se requeriría que los costos reales en la prestación del mismo fueran igualmente invariables e inmodificables, lo que a todas luces es inadmisibile.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1504. Acción de nulidad contra el artículo 2o. de las Resoluciones Nos. 028 de abril 21 y 221 de noviembre 16 de 1987 expedidas por la Junta Nacional de Tarifas. Actor: Carlos E. Campillo P.

El ciudadano CARLOS E. CAMPILLO P., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación, la declaratoria de nulidad frente a los actos administrativos de la referencia, por los cuales se establecen las tarifas de energía eléctrica y del servicio telefónico para las Empresas Municipales de Cali —EMCALI—.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS

Cita el actor como quebrantados los artículos 32 y 39 de la Constitución de 1886; Decreto 3069 de 1968; Decreto 149 de 1976 y artículos 61 y 62 de la Ley 81 de 1988.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1o. Que es cierto que el Estado interviene en los servicios públicos de diferentes maneras, así como cuando a través del Decreto 1653 de 1960 se creó la Superintendencia de Regulación Económica con funciones de estudio y aprobación de tarifas; a través del Decreto 3069 de 1968, artículo 5o., se otorgó a la Junta Nacional de Tarifas la función de aprobar previamente las tarifas fijadas por las empresas que presten servicios; a través del Decreto 149 de 1976 se señaló como función a la Junta Nacional de Tarifas la de fijar las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafo y correos, lo cual se ratificó en la Ley 81 de 1988.

2o. Que la esencia de las normas antes citadas es mantener un control de precios que no desborde los criterios técnicos, pero que el concepto de "cargo fijo" como se está aplicando, constituye un verdadero impuesto con lo cual se violan normas superiores, ya que la Junta Nacional de Tarifas puede fijar tarifas pero no impuestos.

3o. Que el cargo fijo es ilegal porque por su pago no existe contraprestación, y al subsumirse en el valor de la tarifa, desnaturaliza el concepto de tasa y aplica un impuesto de estratificación socio económico (art. 112 ley 9 de 1989) para lo que la Junta no tiene facultades.

4o. Que el pago de los derechos de matrícula y conexión del servicio es suficiente precio para que el usuario goce del mismo en forma permanente y, además, el valor del consumo se sobreentiende, lleva incluido el valor de los cálculos financieros que garanticen la prestación futura del servicio y sus ampliaciones.

II.- ACTUACION

Por auto de fecha 29 de agosto de 1990 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los actos acusados, decisión que fue revocada mediante proveído de fecha 7 de marzo de 1991, al considerar la Sala que para llegar a la conclusión de que se había cumplido el requisito de la "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento por confrontación directa", hubo que entrar en consideraciones jurídicas extrañas a la filosofía que informa la figura de la suspensión, además que para su decreto se tuvieron en cuenta normas no invocadas como fundamento de tal medida y ni siquiera de la demanda.

La Nación –Departamento Administrativo Nacional de Planeación– se opuso a la prosperidad de las pretensiones e interpuso recurso de reposición contra la providencia que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional, argumentando ineptitud formal de la demanda por no reunir los requisitos contenidos en los artículos 137 y 138 del C.C.A.

En virtud de la providencia de 7 de marzo de 1991, se ordenó la notificación de la demanda al Represente Legal de las Empresas Municipales de Cali EMCALI, quien a través de apoderado se opuso a las pretensiones del actor por carecer de respaldo jurídico.

Mediante proveído de 30 de julio de 1991 se decretó la práctica de las pruebas pedidas por las partes.

III.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Los actos acusados hacen referencia a las tarifas del servicio residencial que a partir de los meses de mayo y noviembre de 1987, deberán aplicar las Empresas Municipales de Cali –EMCALI– en la prestación de los servicios de energía eléctrica y teléfonos, tomando en cuenta las categorías y estrato socio-económico de los usuarios, para lo cual el valor de la cuenta mensual por concepto de tales servicios, estará compuesto por un cargo de consumo y uno fijo mensual independiente de éste.

El actor en su libelo finca su inconformidad frente a los actos impugnados, en el hecho de que el cargo fijo constituye un verdadero impuesto que la Junta Nacional de Tarifas no tiene facultad de establecer.

No asiste razón al actor en su argumentación, pues del estudio de las normas citadas como vulneradas destaca la Sala lo siguiente:

1. El Decreto 3069 de 1968 por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas, consagra en su artículo 1o. dentro de las funciones principales de la Junta Nacional de Tarifas, las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos.

2. Así mismo en su artículo 3o. establece los criterios que deben tener en cuenta las entidades de servicio público en la fijación de las tarifas, esto es, asegurar la protección de sus activos con tarifas que cubran los costos reales de la prestación del servicio, que provean una determinada rentabilidad

SECCION PRIMERA

que facilite la financiación de los programas, para lo cual deberán ajustarse las tarifas oportunamente a los cambios de los costos reales que alteren el equilibrio económico.

3. El Decreto 149 de 1976, en su artículo 2o., señala que el establecimiento de la política de precios, su aplicación y fijación por medio de resoluciones de los precios de bienes y servicios corresponde, entre otras entidades, a la Junta Nacional de Tarifas, respecto a los servicios de agua, energía, alcantarillado, etc.

4. De igual manera, la ley 81 de 1988, en sus artículos 61 y 62 indica, entre las entidades a las que corresponde el establecimiento de la política de precios, a la Junta Nacional de Tarifas.

Lo consagrado en las normas a las que nos hemos venido refiriendo, no es más que el desarrollo de los artículos 32 y 39 de la Constitución Política de 1886 que autorizan la intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios públicos, así como la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las entidades que prestan servicios públicos.

Conforme a los antecedentes administrativos que obran en el proceso, se observa que el criterio tenido en cuenta por las Empresas Municipales de Cali para incrementar las tarifas con un cargo fijo, obedece a la necesidad de ajustar las mismas a los costos reales en que se incurre para una adecuada prestación de los servicios públicos, como son, la mano de obra de producción, costos de producción, administración general, mantenimiento de sistemas de distribución, compra de energía, depreciación de activos, gastos financieros, inversiones especiales destinadas a ensanches en las plantas, inversiones ordinarias requeridas para el mantenimiento de equipos, etc., costos estos que se reflejan en los estados financieros analizados en el dictamen pericial que obra a folios 176 a 188, y, que ofrece credibilidad por estar sustentado en contabilidad debidamente llevada por las Empresas Municipales de Cali, sobre la cual existe una auditoría tanto interna como externa.

De lo anterior resulta que es al actor a quien incumbe probar que el criterio técnico aplicado en la fijación de las tarifas para establecer el cargo fijo, no se ciñe al señalado en el Decreto 3069 de 1968.

Tampoco asiste razón al actor en cuanto a que el cargo fijo constituye un impuesto, pues este implica que el obligado a sufragarlo no perciba beneficio directo alguno por el hecho de cumplir con la obligación impuesta, y, en el evento sub lite, el cargo fijo busca compensar los costos reales del servicio, lo que tiene como contrapartida poder brindar al usuario, en forma directa, una efectiva prestación del mismo.

De otra parte, si el pago de los derechos de matrícula y conexión de un servicio fuera suficiente para que el usuario pudiera gozar del servicio en forma permanente, se requeriría que los costos reales en la prestación del mismo fueran igualmente invariables e inmodificables, lo que a todas luces es inadmisibile; por ello, el artículo 3o. del decreto 3069 de 1968 prevé el ajuste de las tarifas a los cambios de los costos reales que en un momento dado alteren el equilibrio económico de la empresa y los planes trazados para atender la futura demanda del servicio.

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,

F A L L A :

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

MERO ACTO ADMINISTRATIVO/ACTO ADMINISTRATIVO—Inexistencia/JUDICATURA

Solo compete a la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional expedir el denominado “certificado de judicatura”, como lo pretende el actor. Si en el acto acusado no se adoptó decisión alguna, ha de concluirse que no se creó, modificó ni extinguió situación jurídica alguna del demandante y, por lo mismo, solo puede considerarse como uno de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como “meros actos administrativos”, en los cuales la voluntad del órgano se reduce al cumplimiento de determinada actividad sin ocuparse de los efectos que ella pueda producir, los cuales son únicamente los que el derecho establece.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1570. Actor: Guillermo Gómez Alba

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada mediante apoderado por el ciudadano Guillermo Gómez Alba, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra “. . . las decisiones emanadas de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional fechadas el 7 de mayo de 1990 Oficio No. 1202-141 y 6 de julio de 1990”, a fin de obtener, además de su nulidad, el restablecimiento del derecho violado con dichos actos, el cual se traduce en la siguiente petición:

“Que se ordene a la Nación (Jefatura de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia) para de (sic) cumplimiento a los artículos 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979 y se le reconozca al señor Guillermo Gómez Alba el derecho a reemplazar la presentación de los exámenes preparatorios por el ejercicio de la Judicatura ad honorem (Dto. 1862 de 1989)” (fl. 14).

I.— ANTECEDENTES

a.— Los actos acusados

Como arriba se expresó, el primero de ellos es el Oficio distinguido con el número 1202-141 de mayo 7 de 1990, suscrito por el Jefe de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional, en el cual, frente a la solicitud elevada por el actor, se le informó “. . . que de conformidad con el Decreto 1862 de 1989, el servicio prestado ad honorem como auxiliar judicial, solo puede tenerse para compensar tesis de grado, jamás, para compensar los preparatorios como usted pretende. . .”. En el mismo Oficio se le expresa al actor, además, que “. . . el tiempo de servicio en esta actividad, nunca será menor de los nueve meses que indica el mismo decreto. Ahora bien, si se desea sumar a la actividad ad horome (sic), otra de las contempladas en el Decreto 3200/79, el tiempo a servir será de un año”.

Mediante el segundo de los actos demandados, la comunicación de julio 6 de 1990, emanado de la misma Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional, se denegó el recurso de apelación contra el acto descrito en el párrafo que antecede, por considerarse, en suma, que “como puede deducirse del contenido del oficio impugnado, en ninguna forma está poniendo fin a actuación administrativa alguna, ni impidiendo su continuación, por lo cual y a la luz de las normas que informan el recurso de apelación por la vía gubernativa, no es posible acceder al pedimento. . . (. . .) . . . concediendo la apelación impetrada. . .”.

b.— Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl. 14 y 15):

El señor Gómez Alba inició sus estudios de Derecho en la Universidad de Caldas en julio de 1978, lo cual lo habilita para compensar los exámenes preparatorios en la forma indicada por los artículos 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979.

Con la finalidad de compensar los exámenes preparatorios, y teniendo en cuenta que desde 1987 había cumplido con el requisito de la tesis de grado, el actor prestó servicios en diferentes juzgados de Manizales.

SECCION PRIMERA

El 8 de mayo de 1990 el señor Gómez Alba solicitó al Ministerio de Justicia " . . . autorización para ejercer válidamente el cargo de auxiliar judicial ad honorem en uno de los despachos judiciales de la ciudad de Manizales en reemplazo de los exámenes preparatorios", solicitud que le fue despachada desfavorablemente con el Oficio 1202-141 del 7 del mismo mes y año.

Interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la decisión denegatoria de su solicitud, la misma División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional negó su trámite, por considerar que tal decisión no tenía la característica de acto administrativo.

c.— Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Previamente a referirse a las normas que se consideran infringidas por los actos acusados y a desarrollar el concepto de su violación, el actor expone sus argumentos acerca de que los actos demandados son verdaderos actos administrativos, los cuales se señalan, en forma resumida, a continuación (fls. 16 a 19):

En desarrollo de la facultad constitucional atribuída al Presidente de la República por el numeral 12 del artículo 120 de la Constitución Nacional, se expidió el Decreto 3200 de 1979, en el cual se señalan los requisitos para la obtención del título de abogado y, concretamente en su artículo 23, se otorga competencia al Ministerio de Justicia para controlar el ejercicio y cumplimiento de la judicatura, el servicio profesional y el ejercicio con licencia temporal.

Mediante el artículo 1o. de la Resolución No. 2001 de 1984, emanada del Ministerio de Justicia, se delegó en el Jefe de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional la función de controlar el ejercicio y cumplimiento de la judicatura, para lo cual se concedió, asimismo, la facultad de calificar la práctica del servicio profesional a efecto de expedir el certificado de judicatura.

Si el ejercicio de la función de control y calificación del servicio profesional para fines de certificar sobre la judicatura se materializa mediante actos, éstos, por ser consecuencia del ejercicio de una función administrativa, revisten la categoría de actos administrativos, pues definen el derecho que consagra el Decreto 1862 de 1989, en favor de los ". . . egresados de una Facultad de Derecho para reemplazar los requisitos de grado por la judicatura ad honorem".

Luego del análisis precedente, la parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se agrupan en los siguientes cargos (fls. 19 a 27):

PRIMER CARGO.— Violación del artículo 59 del C.C.A., por expedición irregular de los actos demandados, la cual se deduce de la “inconsonancia” que frente a la petición formulada contiene la decisión adoptada en el Oficio de 6 de julio de 1990, pues mientras en la petición el actor “. . . parte de la base de que el Decreto 1862 (de 1989) no acepta compensar la presentación de los exámenes preparatorios con el ejercicio de la judicatura ad honorem. . .” y en desarrollo del principio de integración de las normas jurídicas se propone la aplicación conjunta de los Decretos 3200 de 1979 y 1862 de 1989, en la segunda se expresa que la decisión adoptada en el citado Oficio No. 1202-141 no decide el fondo del asunto, la cual además expresa que “. . . no era necesaria ni procedente ante la errada petición del interesado, procedente, posiblemente de una equivocada interpretación de las normas de parte suya” (sic).

SEGUNDO CARGO.— Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, resultante de no haberse sometido los argumentos del peticionario a una verdadera contradicción, como se desprende de los términos de la respuesta contenida en el Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990.

TERCER CARGO.— Falsa motivación de la decisión adoptada en el Oficio de 6 de julio de 1990, derivada de la triple inexactitud en que allí se incurre al afirmarse y considerarse: a) “. . . que el error o la veracidad de una petición constituye un requisito indispensable para la obtención de una decisión de fondo; b) que se interpretó equivocadamente el Decreto 1862 de 1989 y c) que la decisión es meramente declarativa”.

CUARTO CARGO.— Violación de los artículos 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979 “. . . por infracción a las normas en las cuales debía fundarse la decisión, pues “El Decreto 1862 del 18 de Agosto de 1989 se limita a crear el cargo de auxiliar judicial en los despachos judiciales como un servicio ad honórem que servirá como judicatura para obtener el título de Abogado; o lo que es lo mismo, ha creado un 3o.) requisito especial y excepcional para compensar el trabajo de tesis de grado a quien haya iniciado estudios de Derecho a partir del 1o. de Enero de 1980 o los exámenes preparatorios a quienes hayan iniciado estudios de Derecho antes del 31 de Diciembre de 1979, como es el caso del señor Guillerrro Gómez Alba”.

d.— Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada limita su actividad exclusivamente a solicitar de esta Corporación se despachen desfavorablemente las súplicas de la demanda “. . . pues los actos demandados se encuentran ajustados a las normas que reglamentan el proceso y requisitos para la obtención del Título de Abogado, de acuerdo a la vigencia en la fecha de la expedición de dichos actos” (sic) (fls. 82 y 83).

e.— La actuación surtida

De conformidad con las normas 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:

Mediante providencia de 28 de septiembre de 1990 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fls. 31 y 32).

Por auto visible a folio 60 se resolvió adicionar el auto admisorio de la demanda, en el sentido de notificar personalmente dicho proveído al representante legal de la Universidad de Caldas, a lo cual se procedió por parte del respectivo Tribunal Administrativo Seccional, como se evidencia a fls. 63 a 73.

Mediante providencia de 23 de mayo de 1991, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron como tales los documentos aportados con la demanda (fl. 88).

Dentro del término del traslado a las partes para alegar de conclusión, ninguna de ellas hizo uso de este derecho.

II.— EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto de fondo, la señora Fiscal Primera de la Corporación expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 92 y 93):

Se solicita un pronunciamiento inhibitorio sobre las pretensiones de la demanda, pues en el poder "... no se indica con exactitud, de manera inequívoca, el objeto del mismo, de tal manera que no se pueda (sic) tener la certidumbre absoluta respecto de la voluntad del poderdante, como lo exige el artículo 65. ..." del C. de P. C. Además, "Tan amplia es la posibilidad que se permite que bien pudiera referirse a cualquier acto administrativo emanado de la autoridad administrativa citada, que tenga relación con el actor y que pudiera versar sobre una gama indefinida de actos administrativos".

Sin perjuicio de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que negada como fue la petición del actor "... sobre el fondo del asunto. ...", de acuerdo con el Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990 "... el servicio ad-honorem de auxiliar judicial, creado mediante el Decreto 1862 de 1989 sólo reemplaza el requisito de la tesis de grado. ...", tal como claramente lo determina su artículo 5o., razón por la cual se considera que las pretensiones del actor no estarían llamadas a prosperar.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en su concepto de fondo la señora Fiscal Primera de la Corporación solicita un pronunciamiento inhibitorio sobre las pretensiones de la demanda, fundamentándose para ello en que el poder otorgado por la parte actora no cumple con el requisito de claridad que señala el artículo 65 del C. de P.C. la Sala procede a analizar tal aspecto, en los términos que se expresan a continuación.

Sea lo primero indicar que a folio No. 1 del expediente obra un escrito dirigido a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, firmado por los señores Guillermo Gómez Alba y Nelson Saray Botero, con nota de presentación personal por parte del primero de ellos, ante el Presidente y Secretario del Tribunal Administrativo de Caldas, en fecha septiembre 4 de 1990. En dicho escrito se expresa por parte del señor Gómez Alba, entre otros aspectos que confiere poder especial al doctor Nelson Saray Botero, “. . . portador de la T.P. 56.086 otorgada por el Ministerio de Justicia. Para que en mi nombre y representación inicie y lleve hasta su terminación un Proceso Ordinario de Restablecimiento del Derecho en contra de la Nación (Ministerio de Justicia, Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional), representada por el Dr. Jaime Giraldo Angel o por quien haga sus veces”.

De igual manera, a fl. No. 1 vto. del expediente se observan los sellos de la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, con fechas septiembre 5 y 6 de 1990, respectivamente, en el segundo de los cuales se da cuenta de haberse recibido un total de 29 folios “+ 3 copias” (sic). En el indicado folio aparece, igualmente una constancia del “Auxiliar Judicial de la Sección Primera”, en donde se indica haber hecho entrega “. . . de la demanda al Secretario. . .”.

Por último, la Sala constata que el referido poder y la demanda y sus anexos suman un total de 29 folios y que ésta contiene una nota de presentación personal por parte del actor Nelson Saray Botero ante el Presidente y Secretario del Tribunal Administrativo de Caldas, en fecha septiembre 4 de 1990.

De las observaciones que atrás se han reseñado y de la aplicación al aspecto que se analiza del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, la Sala arriba a la conclusión de que el poder otorgado por la parte actora en favor del abogado Nelson Saray Botero, no obstante la deficiencia anotada por la señora Fiscal Primera de la Corporación, debe ser considerado como idóneo pues el haz de circunstancias coincidentes anotadas no dejan duda que él se confirió para adelantar éste y no otro proceso, como quiera que no solo coinciden, entre otros factores, la fecha de presentación personal

SECCION PRIMERA

del poder y de la demanda, la fecha de recepción de estos dos documentos en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, sino también el nombre de la persona jurídica demandada, el de su representante legal y el de la dependencia de la Administración en que tuvieron origen los oficios enjuiciados.

Ahora bien, analizado y definido como se encuentra lo concerniente a la idoneidad del poder otorgado y habida cuenta que en el Oficio de Julio 6 de 1990 se enfatiza que el distinguido con el número 1202-141 de mayo 7 de 1990, no contiene una decisión de fondo que haya puesto fin a actuación administrativa alguna, la Sala procede a estudiar la naturaleza jurídica de los actos demandados, pues de su definición dependerá el que se emprenda o no el análisis de los cargos formulados contra los mismos, toda vez que este aspecto determina la jurisdicción del Consejo de Estado para dictar sentencia de mérito.

A manera de premisa para avocar este tema, cabe recordar que la demanda que dió origen a este proceso, instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tiende a obtener la declaratoria de nulidad de "... las decisiones..." contenidas en los ya mencionados oficios y, como consecuencia de ella, se imparta la orden a la correspondiente Oficina de donde ellos emanaron para que dé cumplimiento a los artículos 22 y 23 del Decreto 3200 de 1979 y se le reconozca al Señor Guillermo Gómez Alba el derecho a reemplazar los exámenes preparatorios por el ejercicio de la práctica ad honorem.

De igual manera también debe traerse a colación el contenido de la solicitud formulada al Ministro de Justicia por el señor Gómez Alba, la cual dió origen a los actos acusados y es del siguiente tenor literal:

"A usted muy respetuosamente solicito se me autorice como egresado de la Facultad de Derecho (sic) de la Universidad de Caldas, el ejercicio válido de la judicatura como auxiliar judicial ad honorem (Decreto 1862 de 1989) en uno de los Juzgados de Manizales por un tiempo de 6 meses y en reemplazo (sic) de los exámenes preparatorios para optar el título de abogado" (fl. 2).

Ahora bien, el artículo 23 del Decreto 3200 de 1979 confirió, a quienes hubieren iniciado estudios de Derecho con anterioridad al 31 de diciembre de 1979, el derecho de compensar los exámenes preparatorios o el trabajo de investigación dirigida con el desempeño de una práctica o servicio profesional en uno de los cargos que allí se enumeran.

De otra parte, por Resolución No. 2001 de 1984 (septiembre 6), y en virtud de las facultades conferidas por el artículo 24 del Decreto 3200 de 1979, el Ministro de Justicia delegó en el Jefe de la División de Asistencia a

la Rama Jurisdiccional de tal Ministerio "... la función de *conocer y calificar la práctica, el servicio profesional* y el ejercicio profesional, de acuerdo con los artículos 23 y 24 del Decreto 3200 de 1979, *para efectos de expedir el certificado de judicatura*, como uno de los requisitos para optar el título de abogado" (subrayas de la Sala).

Igualmente, los artículos 2o. a 6o. de la citada Resolución enseñan que el certificado de judicatura será expedido por la referida División, previa solicitud del interesado con la cual ha de acompañarse, además de otros documentos, aquellos que demuestren *haber ejercido* alguno de los cargos a que se refiere el artículo 23 del Decreto 3200 de 1979.

Del análisis de las normas que se han reseñado y de la totalidad de las contenidas en los mencionados Decretos, referido exclusivamente a la situación planteada en la solicitud elevada al Ministerio de Justicia por el actor, fluye con nitidez para la Sala la conclusión de que tan sólo compete a la Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional expedir el denominado "certificado de judicatura", con base en la demostración documental que acredite el haberse efectivamente ejercido uno de los cargos que allí se enumeran, y también que ninguna de tales normas han atribuido competencia a la citada División para *autorizar* "... el ejercicio válido de la judicatura. . ." antes de ejercer el cargo correspondiente, como lo pretende el demandante.

Si lo expresado es válido como apreciación general, ha de considerarse que el actor no podía pretender válida y jurídicamente que la Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional le impartiera aprobación o improbación alguna a su solicitud, como efectivamente sucedió mediante el Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990, en el cual se limitó a suministrar una información al peticionario o a emitir un concepto u opinión sobre la aplicación o interpretación del artículo 5o. del Decreto 1862 de 1989. En consecuencia, si en este Oficio no se adoptó decisión alguna, ha de concluirse que mediante tal acto no se crearon, ni modificaron, ni se extinguieron situaciones jurídicas del demandante y, por lo mismo, sólo puede considerarse como uno de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia han calificado como "meros actos administrativos", en los cuales "... la voluntad del órgano se reduce al cumplimiento de determinada actividad sin ocuparse de los efectos que ella pueda producir, los cuales son únicamente los que el derecho establece", por contraposición a los verdaderos Actos Administrativos, estos sí enjuiciables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de enero 20 de 1972, Consejero Ponente doctor Hernando Gómez Mejía, Actor: Carlos Eduardo Márquez A. Expediente No. 1990. Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre 1972, págs. 273 a 275).

De todo lo anterior se deduce que el Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990, emanado de la Jefatura de la División de Asistencia a la Rama

SECCION PRIMERA

Jurisdiccional, cuya nulidad se solicita, no es un acto administrativo susceptible de ser demandado ante esta Jurisdicción, por lo cual el Consejo de Estado carece de jurisdicción para pronunciarse de mérito sobre el mismo.

Ahora bien, en lo que respecta al Oficio de 6 de julio de 1990, también demandado, la Sala encuentra que si bien puede ser considerado como acto administrativo, en la medida en que contiene la decisión administrativa de no conceder el recurso de apelación interpuesto contra el primero de los actos acusados, su nulidad no es procedente si se tiene en cuenta, en primer lugar, que dicha negativa radicó en que aquel en contra del cual se interpuso el recurso no era acto administrativo, como ya se dejó visto y, en segundo lugar por cuando el demandante no alega dicha nulidad por efecto de la no concesión del recurso, sino por acción refleja y como consecuencia de las causas invocadas en contra del Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.— Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito respecto de la solicitud de declaratoria de nulidad del Oficio No. 1202-141 de 7 de mayo de 1990, emanado de la Jefatura de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional del Ministerio de Justicia.

Segundo.— Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Tercero.— De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con el artículo 392-1-2 del C. de P. C., condénase en costas a la parte actora. Liquidense por Secretaría, si a ello hubiere lugar.

Cuarto.— De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, por Secretaría devuélvase a la parte actora la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) M/cte., depositados para gastos ordinarios del proceso, según consta a fl. 33 del expediente y los cuales no fueron utilizados.

Quinto.— En firme esta providencia, 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 marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

INTRA—Facultades/REGISTRO TERRESTRE AUTOMOTOR

Si bien es cierto que el Intra es el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito lleven el registro terrestre automotor, también lo es que tales normas deben sujetarse a las reglas estatuidas en la ley respectiva. Tal preceptiva legal (artículo 8 del Decreto Ley 1809 de 1990) en manera alguna establece requisito adicional cuando el pretendido registro lo hace una persona jurídica. Al no hacerlo así, la prueba de la existencia y representación legal de ella debe hacerse conforme a las regulaciones del Código de Comercio.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes partes del acuerdo No. 00034 de 12 de agosto de 1991, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte: A) De la expresión “cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario”, contenida en el párrafo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104; y b) de la expresión “el propietario lo solicitará” contenida en el artículo 104 del mismo acuerdo”.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Referencia: Expediente No. 1913. Actor: Rodrigo Hernán Galarza

El ciudadano RODRIGO HERNAN GALARZA NARANJO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el ar-

título 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación, a fin de que se decrete la nulidad, previa su suspensión provisional de: a): la expresión “cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario”, contenida en el párrafo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104 del Acuerdo Número 00034 de 12 de Agosto de 1991 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de tránsito terrestre automotor y se deroga el Acuerdo número 0035 de 1990”, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito—INTRA—; y b): la expresión “el propietario lo solicitará”, contenida en el artículo 104 del mismo Acuerdo.

I. — LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y su anexo se ajusta a las previsiones de los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión y así se hará en la parte resolutive de este proveído.

II.— LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1.— Fue sustentada en el mismo acápite del CONCEPTO DE LA VIOLACION de la demanda, arguyendo, el actor, en resumen, lo siguiente:

1o.): Violación directa por exigencia de condiciones adicionales a las previstas en la Constitución o en la ley

La Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito al expedir el Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991, se observa con prístina claridad, que en los artículos impugnados exige una condición que no encuentra apoyo legal en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico dado que a los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas no se les ha señalado término de vigencia alguna, lo cual se evidencia aún más a la luz de los artículos 30, 36 y 117 del Código de Comercio y del Decreto-Ley 1809 de 1990 —con base en el cual se expidió— y especialmente en el artículo 87 inciso 2o. de éste. En dichas normas no existe facultad alguna para fijar un plazo de vigencia a dichos certificados, como tampoco las hay en el Código Civil respecto de las sociedades civiles, fundaciones y corporaciones, ni respecto de los órganos cooperativos (artículo 18 de la Ley 79 de 1988) y ni de las entidades de carácter financiero, como se desprende del Decreto 1730 de 1991.

Si no hay norma expresa que autorice a dicho organismo a establecer requisitos adicionales, mal puede hacerlo, toda vez que en ese instante incurre en violación de los artículos 83, 84 y 121 de la Constitución Nacional y de las normas ya enunciadas del Código de Comercio.

2o.) Violación directa por contradicción manifiesta del acto acusado con el texto de la ley.

Conforme al ordinal 10o. del artículo 2o. del Decreto-Ley 770 de 1968 es función esencial del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito "Cumplir y hacer cumplir el Estatuto Nacional del Transporte". El artículo 6o. ordinal 16 del Decreto 23226 -2623, aclara la Sala- de 1985, por su parte, le asigna como función la de "reglamentar, organizar e implementar los Registros Nacionales Automotor. . . al igual que la expedición de licencias de conducción y la matrícula de vehículos". Estas funciones debe ejecutarlas con sujeción a los artículos 87, 88 y 92 del Decreto-Ley 1809 de 1990 (Código Nacional de Tránsito Terrestre).

El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito al expedir el Acuerdo número 00034 del 12 de Agosto de 1991 está contrariando, manifiesta y evidentemente, las normas de superior jerarquía antes enunciadas, toda vez que en ninguna de éstas se prevé la fijación de un término de vigencia para los certificados de existencia y representación de las personas jurídicas, como tampoco señala que las inscripciones en el registro terrestre automotor respecto de la constitución o levantamiento de límites o gravámenes al derecho de dominio deban ser solicitadas por el propietario, puesto que, por el contrario, de un lado la ley calla, y del otro, ordena imperativamente que en el registro "se inscribirá TODO ACTO O CONTRATO relativo al derecho de dominio en cuanto IMPLIQUE CONSTITUCION, DECLARACION, ADJUDICACION, MODIFICACION, LIMITACION, GRAVAMEN, MEDIDA CAUTELAR" (Artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990).

II.2.- El texto de los artículos del Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, que contienen las expresiones acusadas, es el siguiente:

EL PARAGRAFO 1o. del artículo 81 dice:

"Cuando el comprador es una persona jurídica deberá anexar el certificado de existencia y representación respectivo cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario".

El literal d) del artículo 95, es así:

"Cuando el vendedor o comprador es una persona jurídica deberá presentar el certificado de existencia y representación, cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario".

El artículo 104 reza:

SECCION PRIMERA

“Para efectos de la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor, el propietario lo solicitará ante el organismo de tránsito donde esté registrado, observando el siguiente trámite:

a) . . .

b) . . .

c) . . .

d) . . .

e) . . . Si la inscripción o levantamiento es efectuado por una persona jurídica, deberá anexar certificado de existencia y representación cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario”.

II.3.— PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

A través del párrafo 1o. del artículo 81, del literal d) del artículo 95 y del literal e) del artículo 104 acusados se establece como obligación de las personas jurídicas cuando pretendan, en su orden, el registro inicial de un vehículo automotor, o el cambio de propietario en dicho registro, o la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor, la de anexar el certificado de existencia y representación legal con una fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario.

Si bien es cierto, que el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito por mandato del artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990 es “el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito lleven el registro terrestre automotor”, también lo es, que tales normas deben sujetarse a las reglas estatuidas en dicho artículo, el cual en su primer inciso prescribe que “El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros”.

Tal preceptiva legal en manera alguna establece requisito adicional cuando el pretendido registro lo hace una persona jurídica. Al no hacerlo así, la prueba de la existencia y representación legal de ella debe hacerse conforme a las regulaciones del Código de Comercio.

Lo anterior pone de presente, sin mucho esfuerzo mental, que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito —INTRA—, al establecer que el certificado de existencia y representación legal de las

personas jurídicas debe anexarse con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario, en los eventos previstos en los artículos acusados, contrarió abiertamente el referido artículo 88 y con mayor razón el 84 de la Carta, el cual establece que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. Igualmente desconoció el artículo 121 de la misma que prohíbe a las autoridades “ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

La Sala considera también que el artículo 104 en cuanto establece que para efectos de la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor, el propietario lo solicitará ante el organismo donde está registrado, desatiende en forma ostensible el artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990, pues éste en forma amplia estatuye que en el registro terrestre automotor debe inscribirse “todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres”, es decir, sin tener en cuenta la persona que lo solicita.

Estima por lo tanto la Sala que la medida precautoria solicitada debe prosperar, y así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

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

RESUELVE:

I.— Por ajustarse a las formalidades legales se admite la demanda presentada por el ciudadano RODRIGO HERNAN GALARZA NARANJO, quien actúa en nombre propio. En consecuencia, se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

b): Notifíquese personalmente al señor Director General del Instituto Nacional de Transporte y Transito—INTRA—. Entréguesele copia de la demanda y su anexo.

c): Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

SECCION PRIMERA

d): Solicítese al señor Director General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito el envío, con destino a este proceso, de los antecedentes administrativos de los actos acusados en el término de ocho (8) días. Hágasele saber al citado funcionario que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria.

e): De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto Reglamentario 2867 de 1989, y con el objeto de atender los gastos ordinarios del proceso, deposite el demandante la suma de dos mil pesos (\$ 2.000,00) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.— Tiénese como demandante al ciudadano RODRIGO HERNAN GALARZA NARANJO y como demandado al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito —INTRA—.

III.— Decrétase la suspensión provisional de las siguientes partes del Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito:

a): De la expresión “cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30 días calendario”, contenida en el párrafo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104; y b): de la expresión “el propietario lo solicitará” contenida en el artículo 104 del mismo Acuerdo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del mes de marzo del día veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

ANATOCISMO/POTESTAD REGLAMENTARIA

Conforme a las normas civiles y comerciales que regulan el anatocismo, debe entenderse por tal el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, y no los sistemas de pago libremente acordado entre las partes en un negocio jurídico que contemplen la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deban cancelarse dichos rendimientos. El acto acusado, por limitarse a precisar lo que son los intereses "atrasados" o "pendientes", para efectos de la aplicación de la regla general contenida en las normas reglamentarias, según la cual hay lugar al cobro de intereses sobre intereses "atrasados" o "pendientes", no quebrantó el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución de 1886, ni las disposiciones reglamentadas contenidas en los artículos 886 del C. de Co. y 2335 del C.C., en concordancia con la regla tercera del artículo 1617 *ibídem*.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1295. Acción de nulidad contra el Decreto No. 1454 de 4 de julio de 1989, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público. Actor: Guillermo González Charry.

El ciudadano GUILLERMO GONZALEZ CHARRY ha acudido ante esta Corporación a demandar la nulidad del Decreto Reglamentario 1454 de

SECCION PRIMERA

4 de Julio de 1989 "por el cual se reglamentan disposiciones en materia de intereses", expedido por el Gobierno Nacional.

I.— EL ACTO ACUSADO

En su articulado, es del siguiente tenor:

"... Artículo 1o. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 886 del Código de Comercio y 2235 del Código Civil, en concordancia con la regla cuarta del artículo 1617 del mismo Código, se entenderá por intereses pendientes o atrasados aquellos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente.

En consecuencia, no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación. Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4a. del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil; tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio.

Artículo 2o. El presente Decreto rige desde la fecha de su publicación...".

II.— CAUSA PETENDI

FUNDAMENTOS DE DERECHO.—

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 76 numerales 1o. y 2o., y 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional de 1886, 886 del Código de Comercio; 25, 1617 numerales 3o. y 4o. y 2235 del Código Civil.

Para fundamentar los cargos de violación, se aduce en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

El artículo 886 del Código de Comercio prescribe una regla general, concordante con el Código Civil, y es la de que los intereses no producen intereses, o sea la prohibición del denominado anatocismo, y dos excepciones a dicha regla general: 1a): que el acreedor haya presentado demanda judicial de cobro de los intereses vencidos, siempre que lo estén al menos con un año de anterioridad. Es decir, que entre la fecha de vencimiento y la de la demanda medie no menos de un año; y 2a.): o que, alternativamente y con

posterioridad al vencimiento, no antes se celebre un acuerdo de pago, comúnmente denominado de refinanciación, el cual no será posible si los intereses tienen menos de un año de vencidos.

Por su parte, el artículo 1617 del Código Civil ordena:

“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

3a. Los intereses atrasados no producen interés.

4a. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ya no sólo para el caso de los intereses moratorios, sino para todos los demás, el artículo 2235 prescribe esta regla perentoria y absoluta: “Se prohíbe estipular intereses de intereses”.

Acerca del interés compuesto se observa:

Como puede encontrarse en los textos de aritmética, el interés compuesto consiste en acumular periódicamente al capital los intereses producidos por éste para luego liquidar nuevos intereses, con base en el monto así formado. Es decir que, por definición, el interés compuesto implica liquidar intereses sobre intereses, lo cual constituye al ANATOCISMO que, salvo las dos excepciones expresadas en el artículo 886 del Código de Comercio, está rotundamente prohibido por la ley.

Por tanto, estipular cualquier sistema de pago que implique la liquidación de intereses sobre intereses, salvo que estuviera expresamente autorizado por la ley, constituye ANATOCISMO.

El artículo 1o. en su inciso 1o., acusado, procede a interpretar los Códigos Civil y de Comercio; pues el Gobierno creyó necesario definir qué se entiende por intereses pendientes, para efectos de la aplicación de los artículos 886 del Código de Comercio y 1617 del Código Civil, para lo cual decidió que son los atrasados, exigibles y no pagados oportunamente.

Desde luego, con el acto de definir lo que ninguno de los códigos mencionados definió, el Gobierno está interpretándolos por vía general, cosa que no puede válidamente hacer, ni so pretexto de reglamentarlos ni de regular lo concerniente a intereses civiles y comerciales.

La interpretación, por vía general, corresponde sólo al autor de la norma, así como la interpretación en los casos particulares, llamada usual, corresponde a los jueces bajo cuya jurisdicción se encuentren dichos casos. Ambas formas están incorporadas en nuestro Derecho Positivo mediante el nu-

SECCION PRIMERA

meral 1o. del artículo 76 de la Constitución y los artículos 25 y 26 del Código Civil, respectivamente.

Como puede apreciarse, el decreto acusado se inicia con la usurpación de las funciones del legislador, puesto que asume para el Gobierno la atribución primera del referido artículo 76, y puesto que desconoce el artículo 25 del Código Civil, que también da sólo al legislador la facultad de interpretar la ley con autoridad, de manera general y mediante la fijación de su sentido.

Enseguida el decreto acusado pasa a prescribir, imperativamente, las siguientes reglas:

a) "No se encuentra prohibido el uso de *sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses*, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la *cuantía*, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación". (subrayas del actor).

El anatocismo se define como capitalización de intereses y equivale a estipular el interés compuesto. Así, pues, el decreto acusado contradice las normas del Código Civil que prohíben en forma absoluta la estipulación de intereses compuestos, y la del Código de Comercio que también la prohíbe, salvo las dos excepciones indicadas anteriormente.

Agregar en general, como lo hace el decreto acusado, que mediante dichos sistemas de pago las partes pueden determinar la cuantía de los intereses no es otra cosa que permitir la libre estipulación de intereses, es decir, no solo rebasar las tasas autorizadas por la ley sino pactar el cobro de intereses de intereses. Así, la regla copiada reitera la inclusión del anatocismo dentro de los sistemas que pueden usar los contratantes en materia de intereses.

b) "Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4a., del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil. . . ;".

Como puede apreciarse en esta parte el decreto acusado dispone que la prohibición especial del artículo 1617 y la general del 2235, solo se aplican, en materia civil, cuando haya atraso en el pago de cuotas de intereses resultantes de sistemas de pago que incluyan el anatocismo.

De donde se concluye que, fuera de esos sistemas, haya o no haya atraso, también podría estipularse al anatocismo, es decir, exactamente lo contrario a lo prohibido por la ley.

Y el último párrafo del artículo 1o. del decreto acusado manda:

“... tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio...”.

Regla que reduce la aplicación de esta norma al caso de que haya mora en el pago de las referidas cuotas, lo cual equivale a modificar sustancialmente dicho artículo, quitándole la aplicación ilimitada que le dió el legislador, tanto en cuanto a la prohibición general del anatocismo como a su autorización en el caso de sus dos excepciones.

Violación del artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Política.— De conformidad con la doctrina constitucional, los presupuestos necesarios para el ejercicio de la potestad reglamentaria son:

- a) Que la ley sea reglamentable, es decir, que no pueda ejecutarse por sí misma.
- b) Que la ley cuya reglamentación se pretende requiera por su naturaleza un complemento o desarrollo especial, para que sus normas desciendan del plano de lo muy general a lo particular.
- c) Que el reglamento se mantenga, en lo esencial, dentro de los preceptos de la ley, para no excederla en sus normas básicas ni llegar a crear instituciones o situaciones no contempladas en su texto.

Al confrontar el texto del decreto acusado con el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política, examinados a la luz de los referidos presupuestos y de las doctrinas del Consejo de Estado, como la consignada en providencia de 23 de Noviembre de 1984 de esa misma Sección Primera (caso Empresa de Servicios Temporales, Anales del Segundo Semestre del mismo año, número 483-484, página 164), se observa enseguida la ostensible violación de dicho numeral por parte del Gobierno.

Si se lee el artículo 886 del Código de Comercio se ve de inmediato que, en él no hay materia de reglamentación. Establece una regla general y concreta: Los intereses pendientes no producirán intereses, y las dos excepciones a que atrás se ha hecho referencia.

Si se repasan los textos de los artículos 1617 numerales 3o. y 4o. y 2235 del Código Civil, la conclusión es igualmente diáfana. Sin duda, la orden de que los intereses atrasados no produzcan nuevos intereses, extensiva a toda clase de rentas, pensiones periódicas y cánones, y la de que “Se prohíbe estipular intereses de intereses”, no admite reglamentación alguna.

Cualquiera que se expida, como ocurrió en este caso, resulta interpretativa o modificatoria o derogatoria de los códigos que se pretendió reglamentar, lo cual es violatorio del artículo 120 numeral 3o. de la Carta.

III.— TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal. No se decretaron pruebas por ser el asunto de puro derecho.

III.1.— En el auto admisorio de la demanda, proferido el 26 de Octubre de 1989, se denegó la suspensión provisional del acto acusado por cuanto no aparecía a primera vista el quebrantamiento de las disposiciones invocadas como infringidas.

III.2.— En el término de fijación en lista se hizo presente el ciudadano y abogado EDUARDO OSPINA ACOSTA con el fin de coadyuvar la demanda.

En su escrito manifestó que en materia de normas constitucionales violadas, se atenía a la enumeración de las mismas y a los argumentos expuestos por el demandante. Y en lo tocante con las normas legales, considera manifiestamente violadas, los artículos 717, 1626 y 2235 del Código Civil y los artículos 822 y 886 del Código de Comercio, todos ellos en concordancia con las reglas sobre interpretación de la ley consagradas en el artículo 28 del Código Civil.

Al explicar el concepto de violación, dice, en esencia, lo siguiente:

Cuando la regla tercera del artículo 1617 del Código Civil dispone que “los intereses atrasados no producen interés”, debe entenderse prohibida toda estipulación que tenga por objeto el cobro, a título de indemnización de perjuicios, de intereses por concepto de la mora en el pago de obligaciones de dinero que hayan tenido su origen, a su turno, en intereses; vale decir, que la regla tercera del artículo 1617 sólo proscribe el pacto de intereses sobre déudas de intereses en mora o no pagados oportunamente; y así se compagina perfectamente con las directrices del Decreto 1454, que interpreta los vocablos “intereses atrasados” como aquellos que son exigibles y no han sido pagados oportunamente y que autoriza exclusivamente la capitalización de los intereses remuneratorios que se hayan capitalizado, o sea, aquellos para cuyo pago el prestatario ha entrado a gozar de un plazo para su pago, que suspende su exigibilidad por el momento.

En cambio, cotejando el Decreto 1454 con el reglamentado artículo 2235 del Código Civil, se encuentra, por el contrario, que el inciso segundo del artículo primero del cuestionado decreto, en cuanto que autoriza la capitalización de intereses remuneratorios, para permitir que, a su vez entren a redituarse, mediante la concesión por el acreedor al deudor de un plazo para su cancelación, viola abiertamente la norma civil, la cual, sin distinción de

ninguna clase, prohíbe “estipular intereses de intereses”, norma ésta que rige también en materia mercantil, por la invocación expresa del artículo 822 del Código de Comercio.

Sabido es que, cuando la ley no distingue, no le es lícito al intérprete hacerlo; y como quiera que el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1454 se fundamenta en una de estas distinciones, a saber: la que hace su inciso primero, para admitir la excepción de la fructificación de intereses remuneratorios capitalizados, es ilegal.

El decreto acusado igualmente conculca el reglamentado artículo 886 del Código del Comercio. En verdad, el inciso primero del artículo 1o. de dicho decreto, al interpretar la expresión “intereses pendientes” del artículo 886 del estatuto mercantil y entenderla en el sentido de que tales intereses pendientes son aquellos ya exigibles, es decir, los que no han sido pagados oportunamente, viola también manifiesta y abiertamente la ley, que establece que “cuando el legislador las (las palabras de la Ley) haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significación legal (C.C., art. 28) y que tiene dicho que “los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos desde que se cobran”.

(C.C., art. 717). Esta es la interpretación correcta que debe darse al giro “intereses pendientes”, como lo confirma la ubicación de aquella disposición dentro del tratado relativo al pago de las obligaciones, pago que se encuentra definido por el artículo 1626 del C.C. como “la prestación de lo que se debe”.

Y de acuerdo con el artículo 886, estos intereses pendientes solo pueden producir nuevos intereses por virtud de pacto entre las partes y dentro de las condiciones previstas en él: que tengan un año de causados y que tal pacto sea sobreviniente al vencimiento (refinanciación).

Por manera que el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1454, en tanto y en cuanto que autoriza el pacto de capitalización de intereses remuneratorios desde el mismo otorgamiento del préstamo a interés y sin ninguna limitación, es, y de bulto, tan ilegal como su inciso 1o.

Finalmente arguye que con el decreto acusado se dota a los agiotistas de profesión de un arma de gran poder para la explotación de las personas que, necesitadas de dinero y por lo general para satisfacer sus apremios más vitales, tienen que ponerse en sus manos.

III.3.— Antes que del negocio se le diera traslado al señor Fiscal de la Corporación para su vista de fondo, intervino el ciudadano abogado Robinson Ricardo Rada González para solicitar que se le tenga como PARTE COADYUVANTE.

SECCION PRIMERA

En su libelo pone de presente los siguientes aspectos fundamentales:

El decreto acusado en su artículo 1o., inciso 2o., viola y es contrario a los artículos 14 y 16 de la Ley 57 de 1931, sustitutivos de los artículos 123 y 124 de la Ley 45 de 1923.

Las normas violadas dicen:

LEY 57 DE 1931

Artículo 14. El artículo 123 quedará así:

El Gobierno de la República fomentará y estimulará el restablecimiento y organización de los Bancos hipotecarios cuyas principales funciones, como aquí se prescribe, serán las de emitir cédulas y *hacer préstamos a largos plazos para ser cubiertos por medio de anualidades o cuotas por las cuales se amortice el capital o intereses. . .*”.

Artículo 16. El artículo 124 quedará así:

Los bancos hipotecarios y secciones hipotecarias de los bancos comerciales quedan autorizados para efectuar las siguientes operaciones y *no otras*:

1. Hacer préstamos a largos plazos garantizados con hipotecas y *que deban ser cubiertos los pagos periódicos de intereses y amortización a capital. . .*” (las subrayas son del coadyuvante).

Es de meridiana claridad que si se encuentra prohibido el uso de sistemas de pago donde las partes intervinientes negocien dejar al descubierto intereses corrientes causados, capitalizar la parte pendiente es incurrir en anatocismo. Precisamente esta prohibición la trae el artículo 16 acabado de citar, el cual perfecciona los artículos 1o. de la Ley 45 de 1923 y el 14 de la Ley 57 de 1931, también citado, pues es perentoria la prescripción que hace al decir “quedan autorizados para efectuar las siguientes operaciones y no otras”.

Al estar estatuida la prohibición de no cubrir los intereses de cada período y de no amortizar el capital en los créditos hipotecarios a largo plazo, otorgados por los bancos hipotecarios, es obvio que se refiere a los actos de comercio de que trata el artículo 886 del Código de Comercio y a los artículos 1617 -3 y -4 y 2235 del Código Civil, que son los que arbitrariamente se arroga la facultad de interpretar el ejecutivo a través de la norma acusada, creando permisibilidades que están vedadas para el mutuo comercial en general y el mutuo comercial cuando el acreedor es un banco hipotecario o sección hipotecaria de un banco comercial, que sea garantizado a largo plazo y con hipoteca.

III.4.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, se hizo parte en el proceso y por medio de apoderado contestó la demanda, escrito en el cual sostuvo, principalmente, lo siguiente:

El Decreto 1454 de 1989 constituye un válido ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República por el ordinal tercero del artículo 120 de la Carta Fundamental, puesto que, tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de fecha Abril 25 de 1970, proferida dentro del proceso de nulidad de los Acuerdos 24 y 34 de 1962 del Consejo Municipal de Itaguí, “en la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no solo lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma, porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva, con lo cual podrá moverse con mayor desenvolvimiento y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la ley que se reglamenta sería la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica será también totalmente negativa”. (Sentencia abril 25 de 1970, Sección Cuarta —Consejo de Estado; Consejero Ponente: Hernando Gómez Mejía). (Anales 1970, primer semestre, tomo 78, números 425-426, pág. 247). (Tomado de la Obra Diccionario Jurídico — Evolución Jurisprudencial — Consejo de Estado — Biblioteca Jurídica Diké).

Además, ya desde tiempo atrás ha sostenido el Consejo de Estado en repetidas oportunidades que los Códigos, al igual que las demás disposiciones legales, pueden ser objeto de reglamentación.

Ahora, la reglamentación de las disposiciones legales, incluidos los Códigos, requiere en no pocas oportunidades de la labor interpretativa del Gobierno, sin que por esto pueda llegar a afirmarse que éste está violando lo dispuesto en los artículos 76 ordinal 1o. y 120 ordinal 3o. de la Constitución Política, ni el artículo 25 del Código Civil, como se desprende de la sentencia de Septiembre 2 de 1976; Sección Cuarta — Consejo de Estado; Consejero Ponente: Bernardo Ortiz Amaya, (Anales 1976, Tomo XCI, página 403).

El decreto acusado lo que busca es aclarar las disposiciones que reglamenta. Para ello especifica que dichas normas tienen como campo de aplicación los intereses vencidos y no pagados, esto es, respecto de los cuales ha transcurrido el término pactado para su cancelación, precisión necesaria

SECCION PRIMERA

porque la orientación principal de la norma radica en aclarar la viabilidad de la "capitalización" de intereses no vencidos.

El demandante al afirmar que salvo dos excepciones del Código de Comercio, está prohibido el anatocismo, entendido éste como todo sistema que implique la liquidación de intereses sobre intereses, está desconociendo las propias definiciones citadas por él, que circunscriben la figura al cobro de intereses sobre intereses vencidos y que, por lo tanto, no cobijan la "capitalización de intereses no exigibles".

Cuando de demanda asimila el concepto de anatocismo con el de interés compuesto supone también que este último concepto es el regulado por las disposiciones legales referidas, conclusión que tampoco es válida porque el interés compuesto es un concepto matemático que implica la suma periódica o repetida de los intereses al capital y no el simple cobro de interés sobre interés.

Por anatocismo hay que entender genéricamente el cobro de intereses sobre intereses vencidos, aunque jurídicamente no exista un aumento o acumulación de las sumas debidas por concepto del principal de la deuda. En otras palabras, para que exista anatocismo es suficiente con que se cobren intereses sobre una suma debida por concepto de intereses, independientemente de que los intereses se capitalicen o no; inclusive, si los intereses se capitalizan no necesariamente resulta como consecuencia jurídica un aumento del principal de la deuda, pues las sumas capitalizadas no pierden su naturaleza de intereses, aserto que se confirma con el primer párrafo del artículo 2224 del Código Civil, de acuerdo en el cual sólo se debe como principal del préstamo la suma numérica pactada en el contrato.

En el artículo 1617 del Código Civil la referencia es a intereses atrasados, luego se prohíbe allí en forma plena el anatocismo, pero únicamente cuando exista mora del deudor en el pago de los intereses. Esta norma no se refiere a intereses que todavía sean exigibles y, por lo tanto, el decreto acusado se ajusta plenamente a ella.

En el artículo 2235 del Código Civil se prohíbe la estipulación de intereses sobre intereses. El contenido de esta prohibición no es tan absoluto como lo indica la demanda ni muchos menos claro. El tratadista Fernando Vélez al interpretar este artículo considera que se limita a situaciones en las cuales se cobran intereses sobre intereses vencidos, lo cual quiere decir que dicha norma no se refiere a intereses que todavía no son exigibles, sino a los pactos referidos al cobro de intereses sobre intereses que no se cancelen oportunamente.

El artículo 886 del Código de Comercio también se refiere a intereses vencidos, como se desprende literalmente de su texto, pues las dos situacio-

nes que contempla no podrían darse si por intereses pendientes se tuvieran aquellos que todavía no son exigibles. Entonces, es ineludible concluir que el Código de Comercio regula intereses pendientes de pago, es decir, aquellos que se encuentran atrasados por haber vencido el plazo señalado para su cancelación.

Queda establecido que las normas civiles y comerciales regulan el anatocismo, entendido como el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, tal como lo dispone el inciso 1o. del Decreto 1454 de 1989; no es cierto, por lo tanto, que el concepto de anatocismo cobije cualquier sistema de pago que implique liquidación de intereses sobre intereses.

Termina la parte demandada la defensa del acto acusado manifestando que son de uso corriente en las matemáticas financieras los conceptos de tasa de interés nominal y de tasa efectiva de interés, y que al contrario de lo que sostiene la demanda, el uso de ésta y, por ende, del concepto de capitalización de intereses es lo que verdaderamente puede permitir un control a las tasas máximas de interés, advirtiendo que dicha capitalización de intereses, que es previa a la liquidación y exigibilidad de los mismos, es presunta y no real, pues se deriva de las fórmulas matemáticas que establecen equivalencias entre distintas formas de pago. Lo real, lo cierto en el mundo jurídico, son los intereses liquidados y exigibles en una obligación determinada, cualquiera que sea el sistema usado para liquidarlos; y es sobre estos últimos que se aplican las disposiciones reglamentadas por el Decreto 1454 de 1989 y no sobre la fase previa a esa determinación, en cuyo caso existe plena libertad para los contratantes.

III.5.— Por su parte, el doctor ALVARO MENDOZA RAMIREZ, procedió a IMPUGNAR LA DEMANDA, arguyendo principalmente lo siguiente:

A. El artículo 1617 del Código Civil sólo prohíbe el cobro de intereses sobre intereses que se encuentren en situación de mora, por no haber sido cubiertos a tiempo. En consecuencia, implícitamente permite el cobro de intereses sobre intereses que no se encuentren atrasados, por lo cual el Decreto 1454 de 1989 se ajusta perfectamente a su texto.

B. El artículo 2235 del Código Civil ha de interpretarse, al tenor del artículo 30 del mismo estatuto, en consonancia con el artículo 1617 citado. En tal sentido, el primero de dichos artículos solo prohíbe el cobro en el mutuo de intereses sobre intereses atrasados. Así mismo, ha de interpretarse en consonancia con el artículo 886 del Código de Comercio, el cual solo prohíbe, igualmente, el cobro de intereses sobre intereses pendientes.

C. Al término “pendientes” contenido en el artículo 886 del Código de Comercio no ha de equiparárselo con el de “causados”, como pretende ha-

SECCION PRIMERA

cerlo el coadyuvante, en la medida en que es el propio artículo 717 del Código Civil el que establece que pendiente es aquello que se debe, es decir, lo que es necesario pagar por resultar ya exigible. Tanto es así que el artículo 886 del estatuto mercantil exceptúa de la prohibición en él contenido el cobro de créditos sobre intereses que tengan por lo menos un año de atraso. En consecuencia, dicho artículo no contiene una prohibición absoluta al cobro de intereses sobre intereses, sino exclusivamente una prohibición relativa, de cobrar intereses sobre intereses exigibles, atrasados o pendientes.

D. El Decreto 1454 de 1989 no violó el alcance de la potestad reglamentaria, pues en orden a permitir la cumplida ejecución de las leyes, se limitó a desentrañar el contenido de las disposiciones reglamentadas, lo cual es función del Presidente en ejercicio de la mencionada potestad.

E. La capitalización de intereses y el cobro de intereses usurarios son fenómenos diferentes, sujetos a regulaciones diferentes. La composición de intereses, per se, no es buena ni mala, dependiendo únicamente de cómo se utiliza. Se constituye únicamente en un instrumento matemático para medir el verdadero costo para un deudor del dinero utilizado por él y el real provecho para un acreedor en la colocación de sus recursos.

F. La aplicación de las reglas de la "tasa efectiva de interés", que tienen en cuentas la composición de créditos, permite al deudor pagar en una forma más acorde con sus posibilidades concretas, abriéndole la puerta para que negocie con su financiador, sin perjuicio para éste, de dichas posibilidades concretas.

G. El Decreto 1454 de 1989 buscó abrir un camino, no precisamente a la usura, sino a una medida de favor para los deudores, permitiéndoles desembolsos adecuados de capital e intereses, objetivo igual al buscado por los sistemas de crédito a largo plazo de las corporaciones de ahorro y vivienda, que implican forzosamente la capitalización de intereses.

III.6.— CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo manifiesta que cuando el decreto acusado dice en su artículo 10. que "se entenderá" por intereses pendientes o atrasados aquellos que sean exigibles, es decir, aquellos que no han sido pagados oportunamente, está haciendo una aclaración, o si se quiere, una definición muy obvia y que encaja perfectamente con el sentido que deben tener las palabras "intereses pendientes"; lo cual quiere decir que el decreto demandado hace explícito lo implícito o sobreentendido.

Como las normas invocadas por el decreto demandado se refieren exactamente a la prohibición de los intereses de intereses y a la clase referi-

da de entre ellos, cuales son los intereses pendientes, hubo sólo el ejercicio de la facultad reglamentaria.

En consecuencia, no deben prosperar las pretensiones del actor y sus coadyuvantes.

IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

El decreto demandado dice reglamentar los artículos 1617 numeral 4o. y 2235 del Código Civil y 886 del Código de Comercio que el actor y los coadyuvantes estiman violados, al igual que los artículos 120 numeral 3o. y 76 numeral 1o. de la Constitución de 1886, vigente al momento de instaurarse la demanda y tramitarse el proceso.

Concretamente afirman los censores que el inciso 2o. del Decreto 1454 de 4 de Julio de 1989 acusado, contraría abiertamente la prohibición que en forma absoluta contiene la regla 3a. del artículo 1617 del Código Civil (esta regla es la directamente reglamentada, pues es la que se refiere a los intereses *atrasados*, expresión utilizada por aquél), el 2235 *ibidem* y el 886 del Código de Comercio.

No ofrece dificultad alguna apreciar que los preceptos civiles señalados contemplan en forma no solamente clara, sino perentoria y tajante la prohibición de pactar intereses de intereses, llamada también “interés compuesto”, que consiste en acumular periódicamente al capital los intereses producidos por éste para luego liquidar nuevos intereses, con base en el monto así formado, lo que se ha denominado secularmente *Anatocismo* que, como ha quedado dicho, proscribía categóricamente la preceptiva civil referida.

La regla tercera del artículo 1617 del C.C. que, como ya se dijo, es la directamente reglamentada —no la regla cuarta a la cual se refirió erróneamente la norma reglamentaria, que para la Sala no tiene ninguna incidencia—, prohíbe el cobro de intereses sobre aquéllos “atrasados”, es decir, aplicando el criterio del artículo 28 *ib.*, lo pendiente, lo insatisfecho o no cumplido en su oportunidad, vale decir, para el caso *sub-lite*, los intereses que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalado para ello en el respectivo negocio jurídico. Y, la razón de la disposición, es el querer del legislador de evitar que se sancione doblemente el incumplimiento contractual, lo que acontecería si se permitiese el cobro de intereses sobre intereses atrasados e pendientes de pago.

Por consiguiente, son estos intereses colocados en condiciones moratorias los que no permiten, de conformidad con la norma reglamentada del C. C. el cobro de nuevos intereses. Pero, a contrario sensu, los intereses no “atrasados” si pueden llegar a producir intereses.

Ahora bien; no se opone a lo anterior, como bien lo observa la parte impugnadora de la acción de nulidad, la norma establecida en el artículo 2235 del mismo Código Civil, según la cual "se prohíbe estipular intereses de intereses", que se refiere específicamente al mutuo o préstamo de consumo. La "armonía legis" impone la necesidad de concluir, para evitar la oposición entre los dos artículos del mismo Estatuto o el sometimiento del contrato de mutuo a un criterio diferente a aquél que opera para el resto de las obligaciones dinerarias provenientes de fuente distinta, lo cual no parece razonable, que el artículo 2235, en cuanto prohíbe cobrar intereses de intereses, debe entenderse y aplicarse teniendo en cuenta el criterio sentado por la regla tercera del artículo 1617 del mismo Código Civil. Y, sirve también de fuente de interpretación, para determinar los alcances del artículo 2235 del C. C., la estipulación que contiene el artículo 886 del Código de Comercio, en cuanto marca claramente una voluntad del legislador en el sentido de prohibir el cobro de intereses sobre intereses únicamente respecto de aquéllos que sean exigibles, en la medida en que la precitada norma emplea la expresión "pendientes", es decir, lo que se debe, lo exigible, que no es equivalente a lo "causado", que sólo se debe cuando se dan los supuestos para que se produzca su exigibilidad, y con ello la consiguiente situación de mora, si es que no se cancelan; prohibición que, por lo demás, no es absoluta sino relativa, ya que los permite en las relaciones jurídicas entre comerciantes, cuando a causa de la mora se produce demanda judicial del acreedor, causándose en tal evento desde la presentación de aquélla; cuando se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos; o, cuando se produce un acuerdo posterior al vencimiento.

En síntesis: conforme a las normas civiles y comerciales que regulan el anatocismo, debe entenderse por tal el cobro de intereses sobre intereses exigibles y no pagados oportunamente, y no los sistemas de pago libremente acordados entre las partes en un negocio jurídicos que contemplen la capitalización de intereses, teniendo para ello en cuenta la cuantía, plazo y periodicidad en que deban cancelarse dichos rendimientos.

Por tanto, debe llegarse a la conclusión de que la norma reglamentaria acusada, por limitarse a precisar lo que con los intereses "atrasados" o "pendientes", para efectos de la aplicación de la regla general contenida en las normas reglamentadas, según la cual hay al cobro de intereses sobre intereses "atrasados" o "pendientes", no quebrantó el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución de 1886, ni las disposiciones reglamentadas contenidas en los artículos 886 del C. de Co. y 2235 del C. C., en concordancia con la regla tercera del artículo 1617 ib.

Finalmente, debe llegarse a una conclusión sobre la eventual violación del artículo 76, numerales 1o. y 2o. de la Constitución de 1886, que la parte actora hace consistir en el hecho de que, por medio del acto acusado, se está haciendo una interpretación de las normas reglamentadas, lo cual corresponde y correspondía al Congreso de la República, por medio de la ley.

En realidad de verdad, como lo sostiene tanto el señor Fiscal Primero de la Corporación como la parte demandada, el decreto acusado lo que busca es aclarar o precisar las disposiciones que reglamenta; precisión o aclaración necesaria por cuanto la orientación principal de la norma radica en precisar o aclarar la viabilidad de la "capitalización" de intereses no vencidos y, por consiguiente, no exigibles, y ello, en sentir de la Sala, constituye un válido ejercicio de la potestad reglamentaria, punto que, como lo ha dicho en reiteradas oportunidades esta Corporación y lo recuerda la apoderada de la Nación: "en la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentaria aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma, porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva, con lo cual podrá moverse con mayor desenvolvimiento y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo" (Sentencia de abril 25 de 1970, Sección Cuarta, ponente Hernando Gómez Mejía, Anales de 1970, primer semestre, tomo 78, pág. 247).

Para la Sala, entonces, no existe el alegado quebrantamiento de los numerales 1o. y 2o. del art. 76 de la Constitución de 1886.

En consecuencia, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público,

F A L L A :

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el Dr. Guillermo González Charry, a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y ejecutoriado archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha discutida y aprobara por la Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz (Salvamento de Voto), Presidente; *Miguel González Rodríguez*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*.

ANATOCISMO/POTESTAD REGLAMENTARIA—Límites (Salvamento de Voto)

La prescripción del pacto de intereses sobre intereses se desconoce palmariamente en el decreto acusado, al eliminar éste dicha prohibición para dar paso a que se convengan libremente estipulaciones entre las partes que les permitan a éstas determinar la cuantía en que se capitalizan los intereses de una obligación y el plazo y periodicidad en que deben cancelarse. La norma reglamentada, por ser exceptiva, no puede menos que interpretarse restrictivamente. Empero, el gobierno nacional con el pretexto de reglamentarla, al establecer una nueva excepción amplía su sentido y alcance, contrariando su espíritu.

Salvamento de Voto.—

Referencia: Expediente No. 1295. Acción de nulidad. Actor: Guillermo González Charry.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala aduciendo las mismas razones que me llevaron a presentar ponencia favorable en forma parcial a las súplicas de la demanda.

Sostuve al efecto en dicha ponencia:

El artículo 1617 numeral 3o. del Código Civil prescribe: “Los intereses atrasados no producen interés”.

El artículo 2235 del mismo Código dispone: “Se prohíbe estipular intereses de intereses”.

Estos preceptos han suscitado en la doctrina las siguientes reflexiones:

El tratadista Arturo Valencia Zea, expresa: "... Dos textos legales prohíben la capitalización de intereses. Según la regla 3a. del art. 1617, "los intereses atrasados no producen interés": y conforme al art. 2235, "se prohíbe estipular intereses de intereses". Dos cosas bien claras expresan estos textos legales: 1) que cuando se estipula que los intereses se paguen periódicamente, está vedado capitalizar los intereses atrasados y de este modo formar una sola deuda; 2) que la mora en el pago de intereses no engendra perjuicios, pues los intereses en sí mismos son lucro cesante y la ley no quiere que un lucro cesante sea causa de un nuevo lucro cesante..." (Derecho Civil, Tomo III, De las Obligaciones, Séptima Edición, 1986, pág. 357).

Por su parte, el profesor Guillermo Ospina Fernández afirma: "... superando las contradicciones que la sola exégesis de los textos legales en comento parece ofrecer y atendiendo a la finalidad moralizadora que ha determinado su establecimiento, cual es la de proscribir una modalidad usuraria altamente peligrosa para los deudores, estimamos nosotros que las reglas 3a. y 4a. del art. 1617 del Código Civil prohíben el anatocismo, no sólo en el campo del mutuo civil, sino también en todos los otros contratos en que se estipulen frutos de frutos civiles..." (Régimen General de las Obligaciones, Tercera Edición, 1980, pág. 305).

Esta prohibición de pactar intereses de intereses, que tiene un sentido teleológico de protección al deudor, admite, quizás por el acentuado móvil del lucro en la actividad mercantil, dos excepciones consagradas en el artículo 886 del Código de Comercio:

1a. Que el acreedor haya presentado demanda judicial de cobro de los intereses vencidos, siempre que sean debidos al menos con un año de anterioridad,

2a. O que, alternativamente y con posterioridad al vencimiento, no antes, se celebre un acuerdo de pago, el cual no será legítimamente posible si los intereses tienen menos de un año de debidos.

Antes de establecer las excepciones, la expresada norma consagra a manera de regla general que "Los intereses pendientes no producirán intereses".

Es la ley, pues, la que establece el principio y las excepciones. Sin embargo, el decreto demandado, que es de carácter reglamentario, cuyo sustento y marco de validez lo constituye aquélla, razón por la cual no puede modificarla, adicionarla o ampliarla, ni restringirla, en su esencia o sustancia entró a tipificar una modalidad o especie de anatocismo al establecer, sobre la premisa de que por intereses pendientes o atrasados deben entenderse aquellos que sean exigibles, que "no se encuentra prohibido el uso de sistemas de pa-

SECCION PRIMERA

go que contemplen la capitalización de intereses, por medio de los cuales las partes en el negocio determinan la cuantía, plazo y periodicidad en que deben cancelarse los intereses de una obligación”.

Una más y distinta excepción a las que contempla el artículo 886 del Código de Comercio agrega el acto acusado, desbordando los límites de la potestad reglamentaria, y contrariando abiertamente no sólo el principio que aquella norma como los preceptos señalados del Código Civil consagran, sino también la Constitución de 1886, vigente, que al otorgar ese poder al Gobierno Nacional lo limitó.

Es que ciertamente, la capitalización de intereses consiste en acumular los devengados o causados al capital y la suma de ambos factores considerarla como nuevo capital que genera los correspondientes intereses, lo que, en esencia, en nada se diferencia del anatocismo o interés compuesto, sino que, por el contrario, se confunde, o, mejor, se identifica con él.

La proscripción del pacto de intereses sobre intereses se desconoce palmariamente en el Decreto Reglamentario 1454, al eliminar éste dicha prohibición para dar paso a que se convengan libremente estipulaciones entre las partes que les permitan a éstas determinar la cuantía en que se capitalizan los intereses de una obligación y el plazo y periodicidad en que deben cancelarse.

Los dos párrafos finales del inciso 2o. del artículo 1o. del decreto impugnado, son igualmente violatorios de la ley que pretende reglamentar, por las siguientes razones:

El primer párrafo reza:

“... Únicamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de dichos sistemas, respecto de obligaciones civiles, está sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4a. (sic) del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil...”.

Este párrafo invierte el sentido de la regla que en los artículos que enuncia prohíbe el anatocismo.

En efecto, sólo acepta que, en tratándose de la aplicación de los sistemas de pago, a los que se refiere la proposición inicial del mismo inciso, *únicamente* el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes, esté sujeto a la prohibición contemplada en la regla 4a. (debe entenderse 3a.) del artículo 1617 y en el artículo 2235 del Código Civil. Lo cual quiere decir, en buen romance, que, fuera de dichos sistemas, haya o no haya atraso, también podrá estipularse el anatocismo.

Esto es, ni más ni menos, contrariar el recto sentido de la ley.

Otro tanto ocurre con el párrafo final, el cual consigna:

“tratándose de obligaciones mercantiles, solamente el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes da lugar a la aplicación del artículo 886 del Código de Comercio”.

Aquí el quebrantamiento de la ley también se percibe, por cuanto restringe la aplicación del artículo 886 al evento de que solamente se dé el retardo en el pago de las cuotas de intereses resultantes de la aplicación de sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses con la libertad que se señala en el párrafo inicial del inciso 2o. del artículo 1o. del decreto demandado.

La norma reglamentada, por ser exceptiva, no puede menos que interpretarse restrictivamente. Empero, el Gobierno Nacional con el pretexto de reglamentarla, al establecer una nueva excepción amplía su sentido y alcance, contrariando su espíritu.

Además, introducir, con el mismo pretexto, normas nuevas, implica, como lo ha sostenido esta Corporación, un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa.

Debió, a mi juicio, con base en las consideraciones precedentes, declararse la nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1454 de 4 de Julio de 1989 y denegarse las demás súplicas de la demanda.

Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

REGISTRO DE MARCA/SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO—Facultades

Los artículos 587, 589 y 590 del Código de Comercio, junto con las de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena referentes al registro de marcas y citadas e interpretadas por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, forman un todo que rige la tramitación administrativa de la solicitud de registro de una marca y la oposición que se presente a ésta, incluida la decisión, que es igualmente de índole administrativa, y no debe sustraerse del mismo órgano competente: La División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues de lo contrario se afectaría la unidad del procedimiento administrativo y la lógica en la hermenéutica que debe presidir esta regulación legal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 189. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 1150 de 11 de junio de 1981, 3125 de 5 de Octubre de 1981 y 1744 de 19 de Julio de 1984, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: León Kadoch Bonhur.

El señor LEON KADOCH BENHUR, por medio de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I.- PETITUM

1a.- Que es nula, en todas sus partes, la Resolución 1150 de 11 de Junio de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el expediente No. 162.578, mediante la cual se declararon fundadas, primero, la oposición presentada por THE CONDE NAST PUBLICATIONS INC. domiciliada en Mew York, Estado de New York, Estados Unidos de América, contra dos pretendidos registros de la marca VOGUE, en las clases 24 y 25 y, segundo, la oposición presentada por UNIROYAL CROYDON S. A., domiciliada en Cali, Colombia, contra los citados dos pretendidos registros en las clases 24 y 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972, y, consecuentemente, se negó el registro de la marca solicitada por el señor LEON KADOCH, domiciliado en Cali, para distinguir productos de las citadas clases 24 y 25.

2a.- Que es nula, en todas sus partes, la Resolución 3125 de 5 de Octubre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se revocó, por la vía del recurso de reposición, la anterior Resolución 1150 del 11 de Junio de 1981, proferida por la misma División u Oficina de Propiedad Industrial.

3a.- Que es nula, también, en todas sus partes, la Resolución número 1744 de 19 de Julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual, en primer lugar, revoca, en todas sus partes, la Resolución número 3125 de 5 de Octubre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial, y, en segundo lugar, confirma la Resolución número 1150 de 11 de Junio de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial.

4a.- Que, como RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se disponga lo siguiente:

a): La nulidad procesal, *por carencia de jurisdicción* de todo lo actuado en los citados procesos acumulados de oposición contra todas y cada una de las diversas pretensiones de registro de la marca "VOGUE", desde la fecha del auto admisorio de las citadas demandas de oposición.

b): La suspensión del proceso gubernativo de registro de las marcas "VOGUE", en las clases 24 y 25, solicitadas por el señor LEON KADOCH B.

c): Se señale un término de 10 días para pedir y 20 para practicar las pruebas *documentales anticipadas* que reposen en dicha *División de Propiedad Industrial*, referentes al citado conflicto, y se ordene remitir el expediente a los jueces Civiles del Circuito de Bogotá, junto con las citadas pruebas documentales anticipadas, una vez vencido dicho término.

d): En subsidio de la anterior petición "c", se ordene, sin más, remitir el expediente contentivo de la solicitud de registro y de las demandas de oposición, a la respectiva autoridad u Oficina Nacional Competente que son los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, para los efectos a que haya lugar.

II.— LA CAUSA PETENDI

II.1.— HECHOS.

En síntesis, son los siguientes:

1o.): Falta de carencia de jurisdicción de la División u Oficina de Propiedad Industrial y de la Superintendencia de Industria y Comercio, para admitir, tramitar y decidir las demandas de oposición al registro de marcas, cuyo fundamento sea el conflicto contencioso entre particulares, en que la controversia versa sobre la violación de mejores derechos sobre la posesión o la propiedad de la marca.

2o.): Ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 10 de Diciembre de 1976, el demandante solicitó, en forma acumulada, la concesión y registro de la marca "VOGUE", para distinguir todos los productos de las clases 24 y 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972, que dió origen al expediente gubernativo No. 162, 578.

3o.): La citada solicitud fue admitida por reunir los requisitos legales.

4o.): La Administración ordenó la publicación de las pretensiones contenidas en la solicitud, en la Gaceta de Propiedad Industrial.

5o.): La sociedad THE CONDE NAST PUBLICATIONS INC., domiciliada en New York, Estados Unidos de América, presentó el 6 de Septiembre de 1977 demanda de oposición contra la solicitud del registro de la marca VOGUE en las clases 24 y 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972.

El fundamento de tal demanda de oposición fué, en resúmen, el siguiente:

a): Que el opositor no tiene registrada la marca en las citadas — clases 24 y 25.

b): Que el opositor tiene un registro de un signo igual "VOGUE", pero para distinguir uno de los varios productos comprendidos en una clase diferente como es la clase 16 del artículo 2o. del mismo Decreto 755 de 1972, correspondiente, en parte, a la antigua clase 18 del derogado Decreto 1707 de 1931.

c): Que, no obstante encontrarse registrada sólo para un producto de la citada diferente clase 16, y no encontrarse registrada en las clases 24 y 25, dicha marca registrada en la diferente clase 16 era, de todas maneras, “una publicación mundialmente conocida, dirigida especialmente al público femenino y cuyo tema central es la moda femenina y todo lo relacionado con las prendas de vestir para ser usadas por las mujeres”.

6o.): La sociedad UNIROYAL CROYDON S. A., domiciliada en Cali, presentó el 8 de Septiembre de 1977 demanda de oposición contra la solicitud de registro de la marca VOGUE en las clases 24 y 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972.

El fundamento de tal demanda de oposición fue, en resumen, el siguiente:

a): Que el opositor no tiene registrada la citada marca en la clase 24.

b): Que el opositor tampoco tiene registrada la marca para distinguir vestidos o confecciones o ropa interior y exterior para damas, caballeros y niños, en la clase 25.

c): Que el opositor sólo tiene registrada una marca igual “VOGUE” para distinguir zapatos y accesorios en la clase 25.

d): Que, no obstante no tener registrada la marca en la clase 24, de todas maneras, se oponía a dicho registro en la clase 24.

e): Que, no obstante no encontrarse registrada la marca para distinguir vestidos, confecciones y ropa, y no obstante encontrarse registrada solamente para algunos limitados o restringidos productos de la clase 25, como son zapatos y sus accesorios, encontraba que, de todas maneras, debía oponerse al registro de la citada marca para confecciones y vestidos de la parte solicitante.

7o.): La División de Propiedad Industrial sin jurisdicción para ello, admitió, tramitó y decidió dicho conflicto entre particulares, mediante las dos primeras Resolución acusadas.

8o.): La Superintendencia de Industria y Comercio, también sin jurisdicción, procedió en segunda instancia, a decidir, en el fondo, sobre la actuación de la División, mediante la tercera Resolución acusada.

9o.): No existe norma legal alguna que atribuya a la Superintendencia de Industria y Comercio ni a la División u Oficina de Propiedad Industrial, jurisdicción y competencia para admitir, tramitar y decidir tales demandas de oposición al registro de marcas.

SECCION PRIMERA

10o.): Por el contrario, es un hecho evidente que normas expresas, en forma reiterativa, han asignado el conocimiento, admisión, trámite y decisión del asunto, objeto de esta demanda, a la justicia ordinaria.

11o.): De acuerdo con la Resolución 1744 de 19 de Julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, quedó agotada la vía gubernativa. Esta Resolución fué notificada mediante edicto fijado el 16 de Agosto de 1984 y desfijado el 31 de los mismos mes y año a las 5 p.m.

II.2.— NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Para fundamentar sus pretensiones el demandante afirma que se han violado las siguientes normas por las razones que se resumen a continuación:

- 1): Artículo 3o. y 5o. del Decreto 1819 de 1964.
- 2): Artículo 3o., párrafo 1o., del Decreto 1867 de 1965.
- 3): Artículo 8o. de la Ley 16 de 1968.
- 4): Artículo 17 del C.P.C. en concordancia con los artículos 12, 414 numeral 17 y 441 ibidem, de una parte, y los artículos 152 —numeral 1o.— y 170 del mismo código, de otra parte.
- 5): Artículo 614 del Código de Comercio en concordancia con los artículos 541 —inciso final—, 590, 591 y 616 ibidem.
- 6): Los artículos 66, 67 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
- 7): Artículos 113 —numeral 1o.—, 114 —numerales 1 y 3, y 228 del anterior Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 3o. —inciso 5o.—, 165 y 267 del nuevo C.C.A.
- 8): Artículos 26, 55, 58, 61, 63, 157, 158, 164 y 215 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con las anteriores normas legales y constitucionales, afirma el demandante, el concepto de la violación se compendia en el cargo único de falta o carencia de jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio y de su División u Oficina de Propiedad Industrial, para admitir, tramitar y decidir las demandas de oposición al registro de marcas cuyo fundamento es la controversia por razón del mejor derecho de posesión o propiedad sobre la marca, por existir claras y expresas normas en contrario que atribuyen tal jurisdicción al juez civil del circuito de Bogotá, que es la autoridad u oficina nacional competente para tales efectos.

Existen siete diferentes motivos que sustentan la tesis anterior:

1o.): No existe norma expresa que haya hecho traslado de jurisdicción, de la justicia ordinaria a la Administración, para tales efectos.

2o.): En materia de cambios o traslados de jurisdicción, no pueden existir normas tácitas o análogas.

3o.): Las normas sobre traslado de jurisdicción son de interpretación y de aplicación restringida.

4o.): En el supuesto de que haya existido alguna norma expresa antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil, evidentemente habría quedado derogada por dicho Código.

5o.): El Código de Comercio tampoco contiene norma expresa que haya hecho dicho traslado de jurisdicción.

6o.): De todas maneras, en el Código de Comercio, aunque se hubiese querido hacerlo, no podía establecerse dicho traslado de jurisdicción, pues la misma Ley 16 de 1968 que otorgó facultades para expedirlo, en su artículo 8o. descartó expresamente la posibilidad de dicho traslado.

7o.): Aún existiendo norma expresa que dispusiera el citado traslado de jurisdicción, tal norma sería inaplicable de acuerdo con lo previsto en el artículo 215 de la Constitución Nacional, según la cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Cita, en respaldo de su tesis, diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de procesalistas colombianos sobre el tema de la jurisdicción y de la competencia.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

Apenas se había admitido la demanda, cuando el expediente fue destruido en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia del 6 y 7 de Noviembre de 1985, razón por la cual, y previa solicitud de la parte actora, se ordenó su reconstrucción por auto de 29 de Febrero de 1988, en el cual se dispuso proseguir el trámite normal del proceso, en desarrollo del cual se surtieron además las etapas de fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal, conforme al procedimiento ordinario. La demanda no fue contestada.

Del traslado a las partes para alegar de conclusión sólo hizo uso la actora para reiterar las manifestaciones contenidas en su libelo inicial.

SECCION PRIMERA

Por auto de 3 de Octubre de 1990 se ordenó solicitar del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena la interpretación prejudicial sobre los artículos 66, 67 y 84 de la Decisión 85, que el demandante señaló como violados por los actos acusados, la cual obra a folios 300 a 318 del cuaderno 1.

III.1.— CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Primera de la Corporación manifiesta en su concepto de fondo que en el texto de los artículos 60 y subsiguientes de la Decisión 85 no se encuentra base para la afirmación del actor de que al referirse ellos a la “oficina nacional competente” sea precisamente ésta el juzgado civil del circuito de Bogotá.

En Colombia lo relativo al trámite para la obtención del registro de una marca y el registro mismo se confía a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, como se ha dicho en sentencia de la Sección Primera de 11 de Abril de 1991, en el expediente 542, donde fue ponente el doctor Miguel González Rodríguez.

IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se desprende claramente del concepto de la violación de las diferentes normas tenidas como tales por la demandante, el núcleo de dicha violación, que constituye, por lo demás, el único cargo en este proceso, es la falta de jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio y de su División u Oficina de Propiedad Industrial para admitir, tramitar y decidir las demandas de oposición al registro de marcas cuyo fundamento es la controversia por razón del mejor derecho de posesión o propiedad sobre la marca, por existir claras expresas normas en contrario que atribuyen tal jurisdicción al juez civil del circuito de Bogotá.

La Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, incorporada a nuestra legislación por el Decreto 1190 de 26 de Junio de 1978, regula lo relativo a la Propiedad Industrial. En su Sección II del capítulo III, artículos 60 a 71, se reglamenta lo concerniente al “PROCEDIMIENTO DEL REGISTRO”. Y en el “capítulo IV, Disposiciones varias” preceptúa en su artículo 84 que “Los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en el presente Reglamento serán regulados por la legislación interna de los Países miembros”.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en su interpretación prejudicial de los artículos 66, 67 y 84 de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, dijo, en lo pertinente, lo siguiente:

“... Ha de considerarse —resume el Tribunal— que esta Decisión se remite a la “oficina nacional competente” para todo lo relativo al procedimiento

del registro (Capítulo III Sección II) como es lógico por tratarse de un asunto de índole administrativa sometido a la organización pública de cada país...

La Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, atribuye de manera inequívoca a los países Miembros del Acuerdo la facultad para señalar la Oficina Nacional Competente, y asigna a esta Oficina la facultad para proceder al trámite, aceptación, rechazo o cancelación de una marca...

Más aún el Tribunal se refiere concretamente al procedimiento del registro de una marca ante la Oficina Nacional Competente e incluye expresamente la referencia a la "oposición" (art. 66) y al otorgamiento del certificado (art. 67), en la siguiente forma:

El Procedimiento del registro de una marca, regulado por la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, desde cumplirse ante la "oficina nacional competente", la que debe recibir la correspondiente solicitud (artículo 60), proceder a examinar si cumple los requisitos legales y reglamentarios (artículo 62), formular las observaciones del caso (artículo 63), decidir su rechazo (artículo 64), tramitar las oposiciones que puedan presentarse (artículo 66), expedir el certificado de registro (artículo 67) y ordenar su publicación (artículo 71)..." (folios 300 a 318).

Los artículos 66 y 67 de la Decisión 85, que la actora estima vulnerados, son del siguiente tenor:

"Art. 66.— Si dentro del plazo de treinta días hábiles se presentaren oposiciones, la oficina nacional competente las tramitará de acuerdo con la legislación interna del respectivo País Miembro".

"Art. 67.— Si no se presentaren oposiciones o éstas fueren rechazadas, la oficina nacional competente expedirá el certificado de registro".

Los artículos 64 y 65 *ibidem*, no citados como violados por la actora, son del siguiente tenor:

"Art. 64.— En los casos de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá decidir el rechazo de la solicitud".

"Art. 65.— Si la solicitud no mereciere observaciones o fuere complementada debidamente, se ordenará la publicación de un extracto, por una vez, en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo País Miembro.

Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca".

SECCION PRIMERA

El texto de las normas pretranscritas dejan al arbitrio de la legislación nacional el señalamiento de la "oficina nacional competente" ante la cual se adelante el trámite de las oposiciones a la solicitud de registro de una marca, como también de la oficina que debe expedir el certificado de registro cuando a ello hubiere lugar.

El artículo 587 del Código de Comercio establece que la solicitud de registro de una marca deberá presentarse ante la Oficina de Propiedad Industrial —hoy División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio—, y el artículo 589 *ibídem*, previene lo atinente al trámite de dicha solicitud y señala expresamente que es la misma oficina a la que le compete dicha función.

El artículo 590 del mismo Código, indisolublemente ligado con los anteriores y congruente y armónico con el artículo 65 de la Decisión 85, determina el trámite que permite a cualquier persona oponerse al registro de la marca cuando la solicitud correspondiente ha sido aceptada, y establece nítidamente que la Oficina competente ante quien se presentan, piden y practican pruebas es la "Oficina de Propiedad Industrial".

Al armonizar los textos del artículo 591 del Estatuto Comercial y 67 de la Decisión 85, con los anteriores, se concluye que si no se presentaren oposiciones o éstas fueren rechazadas, la oficina competente para expedir el certificado de registro correspondiente es la Oficina de Propiedad Industrial.

Las anteriores disposiciones, junto con las de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena referentes al mismo tema y citadas e interpretadas por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, forman un todo que rige la tramitación administrativa de la solicitud de registro de una marca y la oposición que se presente a ésta, incluida la decisión, que es igualmente de índole administrativa, y no debe sustraerse del mismo órgano competente: la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues de lo contrario se afectaría la unidad del procedimiento administrativo y la lógica en la hermenéutica que debe presidir esta regulación legal.

Lo anterior deja muy claramente establecido que no se trata de un traslado de jurisdicción, como lo sostiene la demandante, sino de una competencia *ex res* asignada por la ley (Código de Comercio: Decreto Ley número 410 de 1971), que empezó a regir el 1.º de Enero de 1972, es decir, con posterioridad al Código de Procedimiento Civil).

Esta Sección, en sentencia de 28 de Junio de 1985, expediente 3345, con ponencia del Consejero doctor Mario Enrique Pérez, luego de transcribir el texto de los artículos 590, 591 y 596 del Código de Comercio, llegó a la

conclusión "... que los jueces civiles del circuito de Bogotá no pueden conocer de oposiciones al registro de marcas, presentadas ante la División de Propiedad Industrial, puesto que es materia atribuida a las autoridades administrativas. Ni tampoco de la acción de nulidad del registro, cuya competencia la tiene el Consejo de Estado... tales jueces sólo conocen de otros litigios sobre marcas, por ejemplo, controversias sobre su uso, al tenor del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Competencia privativa de los jueces del circuito de Bogotá. Los jueces del circuito de Bogotá conocen en primera instancia de los procesos relativos a patentes, marcas y nombres comerciales, que no estén atribuidos a la autoridad administrativa o a la jurisdicción contencioso-administrativa..."

Esta misma doctrina fué consignada por la Sección en sentencia de 17 de Agosto de 1984, expediente 4579, con ponencia del Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar, donde se dijo, en lo pertinente:

"... En cuanto a las oposiciones de marcas es necesario deslindar lo siguiente: como se sabe dichas oposiciones pueden ser oficiosas o deberse a terceros (artículos 589 y 590 del C. de Co.); en tales casos se debe seguir el procedimiento señalado por dichos artículos y por el 591 del mismo Código, y contra lo resuelto en las mencionadas oposiciones se puede acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, como se ha afirmado en sentencia de esta Sala de fecha 11 de Diciembre de 1981 (Exp. 3102, actor-Segismund Bodach), *"si lo que se persigue es que se reconozca un mejor derecho a la utilización de la marca discutida, por tratarse de una controversia entre dos particulares, la acción debe ser instaurada ante los jueces del Circuito de Bogotá, según lo establecen los artículos 17 y 414, numeral 17, del C.P.C., que señala el procedimiento abreviado que se debe seguir"*: ... " (subrayas fuera de texto).

El caso sub-examine no se adecúa a la situación descrita en el fallo anterior dado que, conforme se desprende de la demanda (folios 140 y 145) y de los actos acusados, la controversia entre particulares versa sobre la propiedad o posesión de la marca "Vogue" y nó sobre un mejor derecho a la utilización de la misma.

Las consideraciones precedentes son suficientes para concluir que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio obró conforme a derecho en la actuación administrativa sub judice y justifican que se despachen desfavorablemente las súplicas del libelo demandatorio.

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, acorde con la Fiscalía.

FALLA:

- 1o.): No se accede a las súplicas de la demanda.
- 2o.): No se condena en costas por no aparecer causadas.
- 3o.): Públíquese esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE Y ARCHIVASE

La anterior providencia fué discutida y aprobada en la sesión del día veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en sentencia de 9 de abril de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Actor: Jack Ghitis Alfandary, Exp. 825-1320.

SECCION
SEGUNDA

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION/GOBERNADOR—Facultades/ SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION

La Ley 43 de 1975 en su artículo 1o. dispuso que la educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio a cargo de la Nación. En tal virtud, los docentes departamentales pasaron a ser nacionales y la Nación asumió todo lo relacionado con la administración de personal, pago de sueldos, prestaciones sociales y demás obligaciones derivadas del vínculo legal y estatutario. De manera que aún cuando el nombramiento de los docentes departamentales corresponde al Gobernador, en estos casos éste actúa en su calidad de agente del Gobierno Nacional como lo preceptúa el Decreto 0877 de 1977 al señalar las condiciones que regirán la relación contractual en el proceso de nacionalización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 613(12.219). Recurso de Anulación. Actor: Leonor Lilia Fierro de Moreno.

Se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto a través de apoderado por Leonor Lilia Fierro de Moreno contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 1984 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por aquella, en orden a obtener la nulidad del decreto No. 02434 de 27 de julio de 1981 originario del Gobernador del Departamento de Cundinamarca, por el cual se retiró del servicio activo docente a la recurrente por encontrarse disfrutando de pensión de jubilación

otorgada por el mismo Departamento y el consiguiente restablecimiento del derecho, en la forma planteada en el petitum de la demanda.

LA SENTENCIA

La sentencia recurrida denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión en la consideración de que según el artículo 86 del decreto 1848 de 1969, los docentes como los demás servidores públicos, tendrán derecho a permanecer en el empleo público, no hasta cuando hayan alcanzado la edad de retiro forzoso sino hasta cuando inicien el goce de su pensión de jubilación, a partir de la cual desaparecerá el factor de permanencia relativa en el cargo propio de toda carrera, para depender en adelante de factores de discrecionalidad del nominador y desde el punto de vista del buen servicio. (fls. 2-7).

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Contra el fallo formula la recurrente dos cargos; el primero está concebido, así:

“Violación directa de los artículos 64 de la Constitución Nacional, 33 de la ley 6a. de 1945, 7o. del Decreto Ejecutivo 320 de 1949; 1o. del Decreto Ley 2285 de 1955, 5o. del Decreto Ley 224 de 1972, 1o. de la ley 141 del 16 de diciembre de 1961, que adoptó como ley el Decreto Ley 2285 de 1955”.

“Todas las normas que he citado, han sido violadas en forma directa. El Artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, fue violado por error de interpretación; en tanto que las demás normas han sido violadas por falta de aplicación”. (fl. 10)

En el Capítulo “concepto de violación e incidencia de la misma en la parte resolutive del fallo impugnado”, dice la recurrente lo siguiente:

“La compatibilidad entre sueldo y pensión sin límite alguno en la cuantía dispuesta en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 2285 de 1955 para los docentes, vino a ser ratificada por el Decreto Ley 224 de 1972, artículo 5o., pero limitándola hasta la edad de sesenta y cinco (65) años, edad que se consideró como de retiro forzoso y siempre que el docente se encuentre mental y físicamente apto para desarrollar la tarea docente”.

“Estas normas sustanciales a las que me he referido, con excepción del artículo 5o. del Decreto Ley 224 de 1972, no fueron apreciadas por el sentenciador y por tanto fueron violadas en forma directa por falta de aplicación, porque siendo aplicables no las aplicó”.

“Si el sentenciador hubiera aplicado las normas sustanciales a que me vengo refiriendo, hubiera concluido que mi mandante tenía derecho a devengar sueldo y pensión hasta la edad de retiro forzoso, por cuanto además se probó el fundamento fáctico de estar en aptitud física y mental para desarrollar la tarea docente. Si el sentenciador hubiera aplicado las normas sustanciales referidas, no hubiera aplicado el artículo 64 de la Constitución, y no hubiera dejado de aplicar el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, habría concluido en que mi patrocinada si tenía derecho a devengar sueldo y pensión y habría accedido a las peticiones de la demanda”. (fl. 12)

El segundo cargo lo plantea así la recurrente:

“Violación directa del artículo 62 de la Constitución Nacional y los artículos 26, 27, 28, 31, 36, literal h), 46, 55 del Decreto Ley 2277 de 1979, en relación con el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969; Artículo 10 numeral 1o. de la ley 153 de 1887; Artículo 53 del Decreto Reglamentario 1135 de 1952, en relación con el artículo 82 del Decreto Ley 2277 de 1979”.

“Las normas constitucionales y legales que he citado como violadas con excepción del artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, lo fueron por falta de aplicación en tanto que el artículo 86 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 fue violado en forma indirecta por indebida aplicación”. (fl. 17)

Al desarrollar el cargo, afirma la recurrente:

“Si el Tribunal hubiera aplicado las normas ha (sic) que me he referido, hubiera llegado a la conclusión de que la Administración las violó al expedir el acto administrativo acusado y por tanto su conclusión habría sido la de acceder a las súplicas de la demanda”.

“En efecto, si conforme al artículo 27 del Decreto Ley 2277 de 1979 gozan de las prerrogativas de la carrera docente, los educadores inscritos en el escalafón docente y mi Mandante lo estaba y si conforme a los artículos 26 y 28 del mismo Decreto Ley citado, una de las prerrogativas de la Carrera es la estabilidad, el Tribunal debió de haber concluido, aplicando las normas que mi Mandante tenía derecho a la estabilidad que es relevado por el artículo 31 del Decreto Ley 2277 de 1979 que indica el derecho a permanencia del educador mientras no sea excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de retiro forzoso que es de sesenta y cinco (65) años según dicha norma”. (fl. 21).

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación expone su criterio favorable a la prosperidad del recurso, sustentándolo, en las siguientes apreciaciones:

“Qué errónea interpretación, tal como lo puntualiza el recurrente, pues la norma en comento si es concluyente en esta meridiana enseñanza: el docente, aunque esté gozando de pensión de jubilación NO puede ser retirado del servicio por esta razón sino en la medida en que se compruebe ineptitud mental o física para la tarea docente. Si no ocurre tal cosa, como en efecto no sucede en el sub-lite, sólo puede ser desplazado del servicio al cumplir 65 años de edad o al incurrir en falta que se traduzca en retiro del Escalafón, eventos que tampoco son de autos. No cabe duda, entonces, de que en la sentencia se interpretó erróneamente la norma invocada en la demanda original como infringida por el acto acusado y, en el recurso, como contrariada por el fallo impugnado”. (fl. 60)

El proceso se reconstruyó a términos del decreto 3825 de 1985 (fl. 34) y admitido el recurso extraordinario de anulación (fl. 43), se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El Tribunal del conocimiento fundamentó su decisión negativa a las pretensiones de la demanda, en lo dispuesto en el artículo 86 del decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos en general, norma reglamentaria del Decreto 3135 de 1968. Se negó a aplicar el art. 5o. del Decreto 224 de 1972 que había sido señalado en la demanda, por no ser “una disposición concluyente y porque de serlo, sería contraria al art. 64 del C.N.”.

PRIMER CARGO: Se acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa por falta de aplicación, entre otras disposiciones, del artículo 5o. del Decreto 224 de 1972, que es del siguiente tenor:

“El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad”.

Indudablemente que el Decreto 224 de 1972, por ser una norma con fuerza de ley, que establece una excepción a lo previsto en el artículo 64 de la Constitución Nacional, respecto de los docentes, es materialmente una ley sustantiva, cuya violación directa puede quebrar una sentencia, en la forma prevista en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

La incidencia de la violación de esta norma legal en la parte resolutive del fallo, la precisa así, la recurrente:

“La compatibilidad entre sueldo y pensión sin límite alguno en la cuantía dispuesta en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 2285 de

1955 para los docentes, vino a ser ratificada por el Decreto Ley 224 de 1972, artículo 5o., pero limitándola hasta la edad de sesenta y cinco (65) años, edad que se consideró como de retiro forzoso y siempre que el docente se encuentre mental y físicamente apto para desarrollar la tarea docente". (fl. 12)

La Sala encuentra que tiene razón la recurrente; de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972 la administración no tiene la facultad discrecional para el retiro del servicio de los docentes pensionados, en la forma establecida en el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 para los empleados públicos en general; esta disposición solo la faculta para retirar docentes del servicio cuando no se encuentren aptos física y mentalmente o por haber llegado a la edad de retiro forzoso. No opera para estos servidores el retiro por estar percibiendo una pensión, como sí ocurre con los empleados públicos en general. Prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO: Se invoca como transgredido en el cargo, el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 por falta de aplicación. La invocada en la demanda, dispone que:

"El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso".

Esta disposición que establece causales de retiro del servicio del docente escalafonado es también ley sustancial y no determina como motivo de retiro el goce de pensión de jubilación.

El Tribunal concluyó que el retiro de la recurrente se había ordenado en ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto la educadora está pensionada. Esta apreciación ciertamente quebrantó en forma directa y por falta de aplicación, el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979. También prospera el cargo.

Por lo razonado, habrá de anularse la sentencia recurrida y reponerse, dictando el correspondiente fallo de instancia, para lo cual se

CONSIDERA:

No obstante que se trata de un proceso reconstruido, de los términos de la sentencia y de las copias de los memoriales presentados en el juicio por el apoderado del Departamento de Cundinamarca, visibles a fls. 28 y 29, puede colegirse que en la demanda se enjuició el Decreto 2434 de 1981, como acto Departamental y el proceso de adelantó con la presencia del Departamento de Cundinamarca, quien compareció a través de apoderado.

SECCION SEGUNDA

En el recurso extraordinario de anulación igualmente se señala como parte demandada al “Departamento de Cundinamarca, persona moral de derecho público representada legalmente por el Gobernador”.

Ello es relevante porque la ley 43 de 1975 en su artículo 1o. dispuso que “la educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación”.

En tal virtud, los docentes departamentales pasaron a ser nacionales y la nación asumió todo lo relacionado con la administración de personal, pago de sueldos, prestaciones sociales y demás obligaciones derivadas del vínculo legal y estatutario.

De manera que aun cuando el nombramiento de los docentes departamentales corresponde al Gobernador, en estos casos éste actúa “*en su calidad de agente del Gobierno Nacional*” como lo preceptúa el Decreto 0877 de 1977 al señalar las condiciones que regirían la relación contractual en el proceso de nacionalización.

Lo anterior significa que el Gobernador de Cundinamarca solo podía remover funcionarios docentes nacionales, en su calidad de “agente del gobierno nacional” y “ejecutor” de las decisiones de la Junta Administradora del FER a nivel departamental de acuerdo a lo previsto en el artículo 6o. del decreto extraordinario 102 de 1976.

El acto demandado fue proferido el 27 de julio de 1981, cuando ya había operado la nacionalización de la educación prevista en la ley 43 de 1975, por consiguiente, correspondía a la NACION – Ministerio de Educación Nacional, intervenir en el litigio, pues ésta era la persona obligada a responder en caso de condena.

Lo anterior permite a la Sala concluir que aún teniendo razón la accionante como ya se analizó, el Departamento de Cundinamarca, por no estar legitimado en la causa, por pasiva, no puede ser condenado y tampoco la Nación, porque no estuvo presente en el proceso. Como bien lo ha observado la Representante judicial del Departamento.

Por lo tanto, y en sustitución de la sentencia que será anulada, proferirá fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

ANULASE la sentencia de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por Leonor Lilia Fierro de Moreno contra el Departamento de Cundinamarca y en su lugar, dispone:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cancélese la caución otorgada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintidos (22) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, con Salvamento de Voto; Diego Younes Moreno, con Salvamento de Voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/NACIONALIZACION DE LA EDUCACION/GOBERNADOR—Facultades/DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto)

No compartimos la decisión mayoritaria de la Sala en cuanto no ordenó el restablecimiento del derecho quebrantado con la desvinculación ilegal. El nombramiento y remoción de los empleados de los planteles nacionalizados continuaron ejerciéndose bajo la autoridad de los funcionarios territoriales que los venían ejerciendo. Esta delegación efectuada bajo la vigencia de la C.N. de 1886 y que en el caso concreto desarrolló el Gobernador, se fundamenta además en el precepto del artículo 135 de tal codificación, según la cual los Gobernadores “bajo su responsabilidad”, podían ejercer las funciones que le habían sido delegadas. Así pues, la delegación no conlleva el cambio de naturaleza jurídica del auto delegado, el cual en este caso, continuaba siendo del orden nacional y el delegado, haciendo las veces de delegante, no podía ser otro que la nación.

Salvamento de Voto.— Doctores: Alvaro Lecompte Luna y Diego Younes Moreno.

Referencia: Expediente No. 613. Actor: Leonor Lilia Fierro de Moreno.

Compartimos la declaratoria de nulidad del Decreto Departamental No. 2434 del 27 de julio de 1981, pues mediante él, se retiró del servicio activo docente, a la actora, LEONOR LILIA FIERRO DE MORENO, quien se desempeñaba como maestra de la escuela urbana “EL RETIRO”, del Municipio de Pacho, sin haber llegado a la edad de retiro forzoso, ni encontrarse en ninguna de las causales de incompatibilidad e inhabilidad para percibir la pensión y el sueldo.

Sin embargo, no compartimos la decisión mayoritaria de la Sala, en cuanto no ordenó el restablecimiento del derecho quebrantado con la desvinculación ilegal.

1) La acción ejercitada por la actora, corresponde a la llamada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual se debe resolver el pedimento de la actora tanto de la nulidad del acto, como de su restablecimiento, por tratarse de una función básica que debe ejercer la jurisdicción contencioso administrativa, y motivación con la cual el particular ha acudido en defensa de sus derechos. Lo ideal es pues, resolver integralmente la acción.

2) De conformidad con el artículo primero de la ley 43 de 1975 y el Decreto Ley 102 de 1976, el nombramiento y remoción de los empleados de los planteles nacionalizados, continuaron ejerciéndose bajo la autoridad de los funcionarios territoriales que los venían ejerciendo. Esta delegación, efectuada bajo la vigencia de la C.N. de 1886, y que en el caso concreto desarrolló el Gobernador de Cundinamarca, se fundamentaba además en el precepto del artículo 135 de tal codificación, según la cual los Gobernadores, "bajo su responsabilidad", podían ejercer las funciones que le habían sido delegadas.

Así pues, la delegación no conlleva el cambio de la naturaleza jurídica del acto delegado, el cual en este caso, continuaba siendo del orden nacional y el delegado, haciendo las veces del delegante, no podía ser otro que la nación.

3) Por esta situación, la comparecencia al proceso, por parte del Departamento, llevaba la investidura expresa, de ejercer la función de remoción a nombre de la nación, y a este título presentarse al proceso. Este es el motivo principal para advertir que no se trataba de la condena a una persona que no había comparecido al proceso.

También de otra parte, si se pensara que el Gobernador no representaba a la nación, en este caso sí se hacía responsable a la entidad territorial, quien debía asumir el pago de los perjuicios, sin menoscabo alguno del presupuesto nacional.

4) El planteamiento del Departamento de Cundinamarca de que no tenía capacidad para comparecer al proceso, en virtud de la nacionalización de la educación, a nuestro juicio carece de fundamento legal, pues el departamento en virtud de la delegación, obró administrativa y procesalmente ante la jurisdicción, a título de autoridad nacional, y fue seguramente por este motivo, que esa entidad ante el Tribunal, no propuso tal excepción.

Así las cosas resulta igualmente que este punto no fue planteado en la instancia y aparece sí muy posteriormente con motivo del recurso extraordinario.

SECCION SEGUNDA

Obviamente creemos que no se puede condenar a la nación sin que haya sido oída, pero creemos que ella obró procesalmente a través de su delegado: el Departamento.

5) Finalmente, advertimos que en el proceso no obra prueba que condujera la indemnización con cargo al presupuesto nacional.

Con toda consideración,

fecha *ut supra*.

Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PERSONAL DOCENTE/ESCALAFON DOCENTE—Exclusión/ABANDONO DEL CARGO/VACANCIA DEL CARGO/PROCESO DISCIPLINARIO

Para retirar del servicio a un funcionario por abandono del cargo, no es necesario adelantar ningún procedimiento, sino que basta la simple comprobación del hecho puesto que la separación del servicio por dicha causa no constituye sanción que obligue a adelantar un procedimiento disciplinario previo. Declarada la vacancia, ello comporta la exclusión del escalafón docente, pues este es una categoría inherente al servicio y retirado el docente no puede considerarse que, fuera del escalafón, mantenga sus prerrogativas dentro del mismo. Se requiere el adelantamiento previo del proceso disciplinario para exclusión del escalafón cuando la causa alegada para la misma así lo exija, pero no cuando se decreta la declaratoria de vacancia del empleo por abandono, pues la vacancia es tan solo la consecuencia que determina la ley cuando se produce el abandono.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION—Técnica

El Recurso Extraordinario de Anulación tiene características propias, como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no pudiendo fundamentarse en causal distinta de la violación directa de la C.P. o de la ley sustantiva ni formularse como un alegato de instancia. El carácter directo de la violación es consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca, para deducir si ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a cuestiones de índole procedimental o probatoria o de hechos debatidos en el proceso.

SECCION SEGUNDA

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3642. Actor: Nelson Romero Parada. Recurso Extraordinario de Anulación.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de diciembre 11 de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso adelantado por el señor NELSON ROMERO PARADA.

Una vez admitido el recurso por auto de octubre 26 de 1988 (fl. 18 cdno. ppal.) y realizado el trámite correspondiente, la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, conceptuó en forma adversa a la prosperidad del recurso, con base en los siguientes argumentos que se transcriben a continuación:

A juicio de este Despacho el recurso extraordinario interpuesto no está llamado a prosperar.

El artículo 197 del Código Contencioso Administrativo dispone: “Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la Ley Sustantiva”.

Es sabido que al exigirse la violación directa de normas constitucionales o legales sustantivas, no es posible estudiar las pruebas aportadas al proceso.

En el caso de autos es indudable que habría que analizar el material probatorio aportado, y no siendo ello posible no puede desvirtuarse la conclusión a la cual llegó el Tribunal en cuanto consideró que el actor ha debido reintegrarse a su cargo, pero que al no hacerlo se produjo la vacancia del cargo, por lo que el acto acusado resultaba legal. Además a juicio de este Despacho esta decisión resultó acertada. (fls. 30 y 31 ib.).

La sentencia objeto del recurso de anulación, apoyándose en el concepto del Fiscal 7o. del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones del escrito demandatorio, por considerar que el actor tuvo conocimiento telefónicamente que había sido reintegrado al empleo de Profesor en el Colegio Departamental de Pacho —Cundinamarca— a través de decreto, el cual fue notificado legalmente por edicto; que como consecuen-

cia de lo anterior, el demandante debió haberse acercado a la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, con el fin de poner en conocimiento su deseo de ejercer sus tareas como profesor en el citado establecimiento educativo y dirigirse al municipio de Pacho a desarrollar sus actividades, sin necesidad de tomar nuevamente posesión del cargo, ya que ese requisito no era indispensable, en virtud del reintegro ordenado por el *a-quo* mediante sentencia; que como el actor no se reintegró al cargo a pesar de tener conocimiento del decreto 3639 de 1981, se produjo la vacancia en el mismo y, por ende, el acto enjuiciado es legal; que si el demandante no estaba conforme con dicho decreto ha debido reintegrarse al cargo en el referido colegio y demandar el acto; que la circunstancia de haberse dispuesto en el artículo 2 del decreto 4199 de 1981 la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor NELSON ROMERO PARADA, como consecuencia de la vacancia del empleo de Profesor de matemáticas del Colegio Departamental de Pacho, en nada incide jurídicamente sobre la legalidad del comentado acto, pues sobra el artículo 2o., porque al declararse la vacancia del empleo, el actor quedó desvinculado de la administración por abandono del cargo y lo estatuido en el artículo 2 del decreto 4199 de 1981 de la Gobernación de Cundinamarca, tan solo se limitaba a explicar lo resuelto en su artículo 1o.; que cuando se produce la declaratoria de vacancia del cargo, por presentarse el abandono de este, no es necesario adelantar previamente proceso disciplinario contra el funcionario, así se trate de empleado de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa o de escalafón docente; que la ley faculta a la administración para declarar la vacancia del empleo cuando haya demostrado con seguridad que el funcionario ha abandonado el cargo, toda vez que primero está en juego el buen servicio público (fls. 246 a 257 cdno. del Tribunal).

En el recurso de anulación se afirma que la sentencia recurrida viola por aplicación indebida los artículos 10 y 12 del decreto 2733 de 1959; por falta de aplicación, los artículos 1, 2, 3, 19, 26, 27, 28 a 31, 36, 44, 46, 47, 48, 49 a 55, 60, 68 y ss. del decreto ley 2277 de 1979; por falta de aplicación, el artículo 194 numeral 5o. de la Constitución Política; por falta de aplicación, el artículo 105 del decreto 1950 de 1973 en concordancia con el artículo 3o. del decreto 2277 de 1979 (fls. 4 a 11 cdno. ppal.).

En los cargos que se formulan contra la sentencia recurrida se manifiesta que el Tribunal de conocimiento desconoció los artículos 10 y 12 del decreto 2733 de 1959, pues existe el hecho protuberante y manifiesto de no haberse notificado personalmente al interesado o al apoderado los actos, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, por lo que no fueron legalmente notificados; que el *a-quo* omitió aplicar en el caso *sub-lite* disposiciones del decreto 2277 de 1979, a pesar de que el demandante se encontraba inscrito en el escalafón de la carrera docente, sin que por dicha circunstancia el retiro del servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca se ajustara a los artículos 27, 28 y ss. del decreto

2277 de 1979; que el régimen del escalafón de la carrera docente establece el derecho de permanencia en el servicio del docente mientras no sea suspendido o excluido del escalafón o destituido por orden de autoridad competente; que resultaba improcedente que la citada Secretaría de Educación desvinculara del servicio al demandante por "supuesta mala conducta" bajo la acusación del "abandono del cargo", al tenor de lo dispuesto en los artículos 46 y 47 del decreto 2277 de 1979 que exige un procedimiento especial, cual es, la suspensión provisional del docente por la autoridad nominadora, mientras la Junta del Escalafón decide sobre la sanción definitiva a imponer, de conformidad con los términos consagrados en el artículo 53 ibidem; que se infringió el numeral 5o. del artículo 194 de la Constitución Política, ya que el gobernador de Cundinamarca ordenó extemporáneamente el reintegro del actor por decreto 03639 de octubre 16 de 1981, como se puede apreciar y observar en el proceso sin mayores esfuerzos, y por el incumplimiento al mandamiento de reintegro y pago del juzgado, 2o. Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 28 de octubre de 1981; que por consiguiente el citado mandatario seccional no auxilió a la justicia en la forma determinada en el artículo 121 del anterior C.C.A., al negarse a cumplir una sentencia con carácter de "cosa juzgada"; que se incurrió con el fallo del Tribunal de conocimiento en violación de los artículos 105 del decreto 1950 de 1973 y 3 del 2277 de 1979, teniendo en cuenta que la vacancia del cargo y la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento son figuras diferentes y que se excluyen entre sí, por ser ambas causales de retiro por cesación en el ejercicio de funciones públicas, además por constatarse en la hoja de vida del demandante que su desvinculación laboral se produjo por declaratoria de insubsistencia.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala reiteradamente ha sostenido que el recurso extraordinario de anulación tiene características propias, señaladas en los artículos 194 a 205 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no pudiendo fundamentarse en causal distinta de la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva ni formularse como un alegato de instancia.

El carácter directo de la violación es consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca, para deducir si ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a cuestiones de índole procedimental o probatoria o de hechos debatidos en el proceso.

Ahora bien, la Sala comparte el concepto fiscal a que se ha hecho referencia, en cuanto a que el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de diciembre de 1987, no está llamado a prosperar.

En efecto, respecto de los cargos formulados por la parte actora contra la sentencia recurrida, en lo que hace a la notificación de los actos administrativos, ha de afirmarse lo que tantas veces ha puntualizado la Sala sobre el particular, vale decir, que, siendo la notificación una actuación posterior a la expedición de tales actos, no puede afectar su validez sino, a lo sumo, su eficacia.

De otro lado, ha sido constante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, para retirar del servicio a un funcionario por abandono del cargo, no es necesario adelantar ningún procedimiento, sino que basta la simple comprobación del hecho, puesto que la separación del servicio por dicha causa no constituye sanción que obligue a adelantar un procedimiento disciplinario previo.

Declarada la vacancia, ello comporta la exclusión del escalafón docente, pues este es una categoría inherente al servicio y retirado el docente no puede considerarse que, fuera del escalafón, mantenga sus prerrogativas dentro del mismo.

Se requiere el adelantamiento previo de proceso disciplinario para exclusión del escalafón cuando la causa alegada para la misma así lo exija, pero no cuando se decreta la declaratoria de vacancia del empleo por abandono, pues la vacancia es tan solo la consecuencia que determina la ley cuando se produce el abandono.

De otra parte, es cierto que la declaratoria de vacancia del cargo por abandono y la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento son mecanismos distintos para el retiro del servicio público, pero ambos se encaminan al mismo fin, o sea procurar el buen servicio público y ni uno ni otro obligan al adelantamiento de proceso disciplinario, pues basta, en el evento de abandono del empleo, que la administración compruebe este hecho. Pudo ser que en el caso sub-lite, la administración incurrió en una impropiedad en el lenguaje jurídico al expedir el decreto No. 4199 de 1981 (art. 2o.) al haber dispuesto como lo manifiesta el a-quo en el fallo recurrido (folios 256 y 257 cdno. del Tribunal) que "en consecuencia declárase insubsistente el nombramiento hecho al señor Nelson Romero Parada", en virtud de la declaración de vacancia del cargo de profesor de matemáticas del Colegio Departamental de Pacho (art. 1o. ib.), pero el propósito obvio era separar definitivamente del servicio al actor, quien no se había reintegrado al cargo conforme a decisión judicial que así lo ordenaba.

SECCION SEGUNDA

Finalmente, como lo dice la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, en el caso sub-exámene, habría que analizar el material probatorio aportado al proceso, con lo cual se plantea la violación indirecta de las disposiciones invocadas, que no es de recibo en el recurso de anulación, ajeno por completo a cuestiones de índole probatoria o de hechos del proceso que proyectan el llamado error de hecho, como sucedería, por ejemplo, con el tercer cargo formulado contra la sentencia recurrida cuando la parte demandante comenta que "De lo anterior se concluye que, el señor gobernador del Departamento de Cundinamarca ocho (8) días después de vencidos los treinta (30) días que determina la sentencia, ordenó extemporáneamente el reintegro del actor mediante Decreto 03639 de fecha 16 de octubre de 1981 como en efecto se puede apreciar y observar en el proceso sin mayores esfuerzos". (fls. 9 cdo. ppal)

El recurso de anulación, pues, no puede entenderse como una especie de apelación o de recurso de instancia, sino que ha de limitarse únicamente a demostrar que la parte resolutive de la sentencia contradice en forma evidente o directa una norma constitucional o legal sustantiva.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de diciembre de 1987.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día veintidos (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/LEGITIMACION PROCESAL

El artículo 87 del C.C.A. originalmente y después de la modificación que le introdujo el artículo 17 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, consagra la posibilidad de promover acciones sobre los contratos que celebre la administración, pero legitima únicamente a las partes del contrato, impidiendo, consecuentemente, que cualquier ciudadano pueda intentar una acción pública de nulidad contra los mismos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 3572. Apelación Interlocutorios. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el demandante JOSE JESUS LAVERDE OSPINA contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío (fls. 18 y 19) que inadmitió la demanda presentada, tendiente a obtener la nulidad del contrato celebrado entre la Contraloría General del Departamento y el abogado Orlando Santana Bohórquez (fls. 13 a 17).

EL AUTO RECURRIDO. Consideró el Tribunal que la nulidad de un contrato celebrado por la administración solo puede solicitarla cualquiera de las partes del mismo, a términos del artículo 87 del C.C.A. y el demandante no lo es.

EL RÉCURSO. Considera el apelante que no es posible aceptar la tesis del Tribunal porque ello permitiría que los funcionarios públicos pudieran violar la Constitución y las leyes y sus actos continuar produciendo efectos; que por encima de cualquier consideración se debe conservar la majestad de aquella y de las leyes.

RECONSTRUCCION PROCESAL. El expediente fue reconstruido según da cuenta la providencia de folios 43 y 44.

Para resolver se considera:

Es evidente que el artículo 87 del C.C.A., originalmente y después de la modificación que le introdujo el artículo 17 del decreto extraordinario 2304 de 1989, consagra la posibilidad de promover acciones sobre los contratos que celebre la administración, pero legitima únicamente a las partes del contrato, impidiendo, consecuentemente, que cualquier ciudadano pueda intentar una acción pública de nulidad contra los mismos.

Además, la presunta transgresión de la Constitución Política o de la ley no puede servir de regla forzosa de competencia para que esta jurisdicción conozca de la acción de nulidad propuesta, porque ello conduciría a que el juez de lo contencioso administrativo infringiera, a su vez, la ley de competencia que se lo impide.

Luego, la Sala confirmará la providencia recurrida.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio del cual inadmitió la demanda presentada por JOSE JESUS LAVERDE ESPINA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 22 de enero de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younés Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DESVIACION DE PODER/CARGA DE LA PRUEBA

La desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejerce, no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4465. Autoridades Departamentales. Actor: Nicolás Padilla Pacheco.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de mayo 31 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por Nicolás Padilla Pacheco en orden a obtener la nulidad del acuerdo No. 026 de julio 2 de 1987, expedido por la Junta Directiva de la Electrificadora del Tolima S.A., mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Auditor Interno que venía desempeñando en esa empresa y se designó su reemplazo; y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al mismo, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, sin solución de continuidad en sus servicios. Asimismo, que el pago de las mesadas atrasadas deberá calcularse de conformidad con las convenciones colectivas de la empresa y ajustarse al valor en el día en que éste se realice, acorde con el artículo 178 del C.C.A.; que se ordene el pago

SECCION SEGUNDA

de los perjuicios morales que le fueron causados al demandante con el acto impugnado y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada (folios 17 y 18 cdno. ppal.).

El a-quo al denegar las súplicas de la demanda, afirmó que el demandante como Auditor Interno era empleado público y, por ende, el acto de su desvinculación de conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa; que según certificado expedido por la Cámara de Comercio, la Junta Directiva de la Electrificadora del Tolima S.A. se inscribió el 8 de mayo de 1987, lo cual significa que se cumplió con dicha formalidad sin que le reste eficacia el hecho de no aparecer la relación de los miembros de la referida Junta Directiva en el respectivo certificado, pues es bien sabido que en éste solamente aparecen aquellos datos que son objeto de la demostración, como es la existencia y representación de la sociedad mercantil, teniendo la última el señor gerente de la empresa y, por consiguiente, intranscendiendo para ese efecto la mención de las personas que fueron elegidas por la Asamblea General como miembros de la Junta Directiva; que en cuanto a la desviación de poder alegada por la parte actora, al examinar conjuntamente esas pruebas allegadas al proceso, no es dable concluir que ha quedado plenamente demostrado el motivo oculto de la declaratoria de insubsistencia, consistente en que la desvinculación obedeció a las denuncias hechas por el demandante en escritos dirigidos al Ministerio de Minas y Energía y a la Junta Directiva de la empresa; que no obstante que el actor ejerció el cargo con lealtad, honradez y ponderación, tales condiciones no constituyen presupuestos necesarios para su inamovilidad; que la facultad que tiene el nominador para remover libremente al funcionario no inscrito en la carrera no se reduce a los funcionarios desleales o faltos de honradez; que la oposición del presidente de la junta directiva de la empresa para la declaratoria de insubsistencia se fundamentó en que iban a nombrar en reemplazo a personas que habían intervenido en la investigación en la que se hacía esa recomendación; que está demostrado que se llevó a cabo una investigación sobre la situación técnica y administrativa de la Electrificadora del Tolima S.A., en la cual se concluye respecto de la necesidad de relevar a los funcionarios que ocupan empleos directivos y que según el gobernador de entonces que participó en dichas actuaciones fue la causa principal del retiro del servicio del auditor interno; que la designación de este funcionario es facultad de la asamblea general, mas no de la junta directiva de la empresa, y ésta sólo puede hacerlo por delegación de aquélla que fue lo que sucedió en esta oportunidad cuando el 10 de abril de 1987, como consta en el acta número 20 la asamblea general, facultó a la citada junta directiva para la elección de auditor interno; que ninguna prueba conduce a que el gerente de la empresa haya desatado una persecución contra el demandante, como tampoco existe medio de convicción alguno de que la no adjudicación de un contrato a la firma Constructores Unidos Limitada haya obedecido a los motivos expresados por el auditor interno, o que ellos hayan dado lugar a su desvinculación del servicio.

Concluye así el Tribunal del conocimiento la parte considerativa de la sentencia recurrida:

“En cuanto a la nueva Auditora Interna, no tenía título profesional en el momento de su designación y su inexperiencia afectó el correcto desempeño de sus funciones, esto, de una parte de constituir una irregularidad no legítima al relevado para pedir el reintegro porque se está ante dos actos diferentes y de otra parte tampoco se indica la norma que hace tal exigencia ni se expresa el concepto de la violación sin que baste la mención del canon constitucional que en forma genérica establece el debido proceso pues a ese se llegaría mediante la infracción de la norma que lo establece. Luego en las condiciones como ha sido formulado el cargo queda el Tribunal relevado de su análisis al no saberse cuál es la norma (sic) que impone las condiciones para acceder a ese empleo o por lo menos no haber sido citado por el demandante.

En cuanto a la violación del artículo 1o. de la Ley 13 de 1984, éste se refiere al objetivo del régimen disciplinario sin que tampoco mencione el demandante cuál es el concepto de la violación. No obstante si es porque considera que la insubsistencia ha sido sanción, tampoco puede ser atendible esta consideración porque no se ha establecido que el señor Padilla Pacheco haya incurrido en falta disciplinaria y que sin previo proceso de esta naturaleza se le haya sancionado. Y en definitiva su desvinculación obedeció a la facultad del nominador, en este caso la Asamblea General de socios para declarar insubsistente su nombramiento sin necesidad de tener que motivar la respectiva providencia y por ello hay que entender cumplido el artículo 36 del C.C.A. porque ello fue adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirvieron de causa y no sobra repetir que si esto se estableció en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el 107 del Decreto 1950 de 1973 fue precisamente para que pudiera ser mejorado el servicio público en interés general y ello se justificaba dados los antecedentes conocidos como fueron las graves irregularidades que se detectaron en la entidad descentralizada a la que prestaba sus servicios el demandante y que él mismo acepta no solamente en su demanda sino en el escrito aquí varias veces citado y en el informe rendido por los investigadores del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica no siendo él ajeno a ello dada la función que estaba ejerciendo y que le imponía el deber no únicamente de vigilancia sino de oportuna denuncia”. (folios 95 y 96 cdno. ppal.).

Por su parte el actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con la sentencia del a-quo, expresando, que como lo ha dicho el Consejo de Estado, cuando una entidad motiva la declaratoria de insubsistencia de un empleado público con una acusación, ésta debe ser probada en el curso del proceso o de lo contrario

existe una falsa motivación de la insubsistencia y, por ende, un desvío de poder; que el hecho de que en la contestación del escrito introductorio se hubiera acusado al demandante de ineficiente y de causar un caos administrativo en la Electrificadora del Tolima S.A., era indispensable que la sentencia hiciera relación en su motivación a ese hecho y si era o no cierto dicha acusación y al no hacerlo cambia la jurisprudencia del Consejo de Estado, en su Sala Plena; que con el acto administrativo acusado se buscó un fin diferente al del buen servicio; que resulta evidente que todos los testigos, a excepción del señor Pedro Cenén León, fueron las personas que adoptaron la decisión de la declaratoria de insubsistencia, por lo que no puede buscarse en ellos la confesión de haber actuado con desvío de poder, por motivos políticos o personales, pues obviamente que se estarían incriminando; que como otro indicio que lleva a la conclusión de la existencia del desvío de poder, debe entenderse el hecho de que en reemplazo del actor se nombrara a una joven que no había obtenido el grado de contadora, lo cual no contribuye al mejoramiento del servicio, por designar a una persona sin ninguna experiencia; que no es válido el argumento de que este hecho es ajeno al proceso y de que no se invocaron como infringidas disposiciones que obliguen a que los revisores sean contadores titulados (folios 97, 98 y 99 *ibídem*).

En concepto de enero 23 de 1990 el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada, con base en los siguientes planteamientos:

“El actor era empleado público de libre nombramiento y remoción, y, en consecuencia, estaba sujeto a la facultad discrecional de la Administración en orden al desplazamiento del servicio. Facultad que, en efecto, se ejercitó sin que, de otra parte, el actor hubiera probado, tal y como con lealtad a la evidencia procesal se consigna en la sentencia recurrida, que se hubiere incurrido en abuso o desviación de poder. Así las cosas, el acto acusado conserva su presunción de legalidad. Razón por la cual esta Agencia Fiscal solicita, sin reserva alguna, plena confirmación del fallo apelado”. (folio 132).

Admitido el recurso de apelación por auto de agosto 31 de 1989 (folio 103 *ibídem*), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero en anotar, que así como la demanda señala el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el apelante, al señalar en la sustentación del recurso los motivos de inconformidad respecto a la providencia impugnada, delimita igualmente las razones a que debe atender el ad-quem para modificar, revocar

o confirmar la decisión del a-quo. Por ello, al desatar la apelación en el caso sub-júdice, la Sala se referirá únicamente a los motivos de inconformidad expuestos.

Como atrás se anotó, se trata de dilucidar la legalidad del acuerdo No. 026 de julio 2 de 1987 (artículo 4), proferido por la junta directiva de la Electrificadora del Tolima S.A., mediante el cual acordó "En cumplimiento de la delegación hecha por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas realizada el 10 de abril de 1987, nombrar a la doctora Marisol Lombo Lozano para desempeñar el cargo de Auditora Interna de la Empresa", (folio 2 cdno. ppal.), empleo que ocupaba el demandante.

La Sala observa que, cuando se expidió el referido acuerdo, el demandante era empleado público sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, pues no se encontraba inscrito en carrera, no gozaba de período fijo y no gozaba de estabilidad, ya que en parte alguna del proceso consta que el actor estuviera amparado por el fuero de carrera.

Por dicha razón, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia.

Cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que ella se realizó en procura del buen servicio y de conformidad con la facultad discrecional que tiene la administración para disponer de los cargos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

En cuanto a la desviación de poder alegada por la parte actora en la demanda (folio 22 ibídem), como es de conocimiento, dicha causal de anulación se configura cuando la atribución de que está investido un funcionario, se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes.

Como lo ha manifestado la Corporación, la desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejerce, no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Como lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.

Ahora bien, analizado el material probatorio que obra en el proceso, la Sala considera que no se llega a la demostración fehaciente de la desviación de poder alegada por la parte demandante en el escrito introductorio; ciertamente, la valoración de los testimonios aportados al proceso como de los documentos allegados a él, no llevan al convencimiento o la certeza incon-

trovertible sobre los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones de la demanda, de lo cual se infiere que el estudio de las pruebas por el Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia de mayo 31 de 1989 se hizo con un criterio lógico de valoración y con observancia de las reglas de la sana crítica.

De ahí que asista la razón a la agencia del Ministerio Público, cuando en su concepto de fondo de enero 23 de 1990, manifiesta que la desviación de poder alegada por la parte demandante no se encuentra probada dentro del proceso. Obsérvese al respecto cómo el propio apoderado del actor en escrito presentado ante esta Corporación, sostiene lo siguiente:

“En síntesis, no hay acuerdo en el motivo o motivos de la insubsistencia de mi mandante: el Gerente del Icel se niega a toda costa a dar alguna motivación, el Senador Jaramillo habla de que el diagnóstico de 1985 jugó un papel, el Dr. Torres da la decisión por tomada antes de la reunión de la Junta y el apoderado de la demandada lo acusa de ser el causante del “caos administrativo” de la empresa. A quien creerle? Es acaso posible que si hubiera existido una causa y esta fuera nítida habría existido contradicción?”. (fls. 128 y 129 *ibídem*).

Ya la parte demandante en el escrito contentivo del recurso de apelación (folio 98 *ibídem*) en crítica a las declaraciones aportadas al proceso, algunas de ellas practicadas a solicitud de aquella, afirma:

“De lo anterior resulta evidente que todos los testigos, a excepción del señor Pedro Cenén León quien se expresa muy bien del demandante sin la menor reticencia, fueron las personas que tomaron la decisión de su insubsistencia. Entonces, no puede buscarse en ellos la confesión de haber actuado con desvío de poder, por motivos políticos o personales, pues obviamente que se estarían incriminando.

Basta al respecto observar la incoherencia de las declaraciones, como por ejemplo cuando el Dr. Naged al mismo tiempo sostiene que era buen funcionario pero que tenía discrepancias con él, o la evasiva permanente a contestar del Dr. Otero Prada, o las contradicciones entre lo dicho por este funcionario público titular de la tutela gubernamental sobre Electrolima con lo afirmado por el apoderado de esta misma entidad: El primero de ellos evade toda respuesta y toda motivación al acto acusado, el segundo acusa de incompetencia”. (fl. 98)

En tales circunstancias, mal podría aceptarse que fueron razones distintas a las del buen servicio las que originaron el retiro del demandante de la Electrificadora del Tolima S.A., las cuales se presumen cuando la administración adopta decisiones de esta naturaleza, como ya se dijo.

La valoración de los testimonios que reposan a folios 76 y s.s. del cuaderno No. 4 y del cuaderno No. 5, no llevan a la prueba de la desviación de poder alegada por la parte actora en el escrito introductorio.

De las declaraciones dadas por los señores José Vicente Torres Osorio y Miguel Naged Nieto se infiere que la causa del retiro del servicio del actor obedeció a la necesidad de reorganizar los cuadros directivos de la Electrificadora del Tolima S.A., por las dificultades de funcionamiento y fallas de carácter administrativo que se venían presentando en la comentada empresa, razón a la cual alude el apoderado de la entidad demandada para la desvinculación del demandante, según aparece en la contestación del libelo. (fls. 34 a 40 del cdno. ppal.).

En relación a lo que sobre el particular anota la parte actora en el recurso de apelación (folio 97 a 99 *ibídem*), es preciso señalar que, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del funcionario de libre nombramiento y remoción se justifica y no requiere para su retiro de previo proceso disciplinario, cuando ella se fundamenta en la ineficiencia o falta de adecuada prestación de los servicios.

De allí que si ésta pudo ser la causa de la declaratoria de insubsistencia tácita, el acto administrativo impugnado que la contiene no se encuentra viciado de nulidad, por no configurarse la desviación de poder.

No está, pues, probado en el proceso que el retiro del servicio del señor Nicolás Padilla Pacheco del cargo de auditor interno de la Electrificadora del Tolima S.A., hubiera obedecido a una persecución laboral originada en el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica "ICEL", ni a causa de las irregularidades denunciadas a que hacen referencia el demandante y otros empleados de aquella electrificadora en la comunicación de enero 8 de 1987 remitida al señor Ministro de Minas y Energía (folios 9 a 13 *ibídem*), como tampoco a la oposición a que adjudicara un contrato para el estudio de control de pérdidas negras de energía a la firma Consultores Unidos Limitada, como se dice en los hechos de la demanda.

Por ende, carecen de soporte legal y probatorio los argumentos expuestos en el concepto de la violación en el libelo, cuando se sostiene "que con la insubsistencia del señor Nicolás Padilla Pacheco se buscó sancionarlo, o mejor obtener una retaliación en su contra", (fl. 22 *ib.*).

Finalmente, en lo atinente a la falta de requisitos para ocupar el cargo que desempeñaba el actor por parte de la persona que entró a reemplazarlo, es decir, Marisol Lombo Lozano, consta a folio 27 del cuaderno No. 6 que el demandante ocupó el empleo de auditor interno hasta el 1o. de septiembre de 1987, acorde con lo dispuesto en la comunicación de julio 6 de 1987

SECCION SEGUNDA

dirigida al actor (fl. 3 cdno. ppal.); asimismo, que dicha funcionaria obtuvo el título de contador público el 6 de agosto de 1987 (fl. 29 ibídem), que el día 19 del mismo mes y año su nombramiento fue ratificado (fl. 32 ibídem), y que el 10. de septiembre de 1987 comenzó a ejercer sus funciones (fl. 39 ibídem), cuando ya contaba con el citado título profesional.

De otro lado, como lo indica el a-quo en el fallo recurrido al referirse a este aspecto (fl. 95 cdno. ppal.), “luego en las condiciones como ha sido formulado el cargo queda el Tribunal relevado de su análisis al no saberse cuál es la norma que impone las condiciones para acceder a ese empleo o por lo menos no haber sido citada por el demandante”.

Además, el cargo que desempeñaba el demandante era el de auditor interno de la Electrificadora del Tolima S.A., y no el de revisor fiscal, así en el ejercicio de sus funciones tuviera que cumplir tareas relacionadas con la actividad contable (fls. 74 a 70 cuaderno No. 2).

Los planteamientos anteriores hechos por la Sala, son más que suficientes para concluir que el acto administrativo impugnado continúa amparado por la presunción de legalidad y en consecuencia, se debe proceder a confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima de mayo 31 de 1989, en este proceso.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 31 de mayo de 1989, dentro del proceso instaurado por el señor Nicolás Padilla Pacheco contra la Electrificadora del Tolima S.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobada en la Sala del día 22 de enero de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**INSUBSISTENCIA / NOTIFICACION – Improcedencia / COMUNICACION/
RECURSOS—Improcedencia**

Los actos administrativos mediante los cuales se procede a declarar la insubsistencia del nombramiento de funcionarios que pertenecen a la carrera administrativa, no requieren ser notificados sino comunicados y contra ellos no cabe recurso alguno.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4189. Asuntos Municipales. Actor: Gustavo Corral Grajales.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 24 de noviembre de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

Se solicitó en este proceso la nulidad de las Resoluciones Nos. C.C. 000941 de mayo 9 de 1984 y C.C. 001083 del día 28 del mismo mes y año, mediante las cuales el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI" retiró del servicio al actor del empleo de Ingeniero de Sección, categoría 90, cargo 373, Code 62401 (Sección Interventoría Acueducto), a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. (folios 22 y 26 cdno. ppal.).

SECCION SEGUNDA

En el escrito demandatario se citaron como disposiciones violadas los artículos 20 y 26 de la Constitución Política; artículo 14 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto Extraordinario 3074 de 1968, inciso 1 artículo 26; artículos 131 y 150 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; artículo 12 de la Ley 13 de 1984. Se alegó como causal de nulidad de las resoluciones impugnadas, la desviación de poder, toda vez que el actor, según la demanda, fue retirado del servicio de "EMCALI" por destitución disfrazada de insubsistencia, negándosele en la práctica del ejercicio del derecho de defensa; se afirma también que no podía ser desvinculado de la administración, hasta cuando no culminara la respectiva investigación administrativa; asimismo, que la Resolución No. C.C. 001083 de mayo 28 de 1984 por la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. C.C.000041 de mayo 9 de dicho año, violó el inciso 2o. del artículo 59 del C.C.A., ya que aquel acto no resolvió todas las cuestiones planteadas en el escrito contentivo del citado recurso (folios 34 a 37 *ibídem*).

El Tribunal del conocimiento, negó las pretensiones de la demanda, apoyándose en el concepto emitido por el señor Fiscal Primero de dicho Tribunal y teniendo en cuenta lo expuesto por la parte demandada en la contestación del libelo, respecto a que las disposiciones invocadas no son aplicables en el caso sub-lite, razón por la cual no resulta viable examinar la conducta seguida por el Gerente General de "EMCALI" con la normatividad que rige a esta institución; igualmente, porque no es posible analizar la controversia jurídica planteada en el proceso, con base solo en normas de carácter constitucional (folios 188 a 190 *ibídem*).

En el escrito de sustentación del recurso de apelación, la parte actora sostiene que los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y la Ley 13 de 1984 sí son aplicables en los institutos descentralizados del orden nacional, departamental o municipal (folios 193 a 197 *ibídem*). En el alegato de conclusión insiste en el vicio de desviación de poder.

Admitido el recurso de apelación por auto de julio 9 de 1989 (folio 202 *ibídem*) y seguido el trámite de la segunda instancia, el señor Fiscal IV del Consejo de Estado en su concepto es de opinión que debe revocarse el fallo dictado por el a-quo para proferir sentencia inhibitoria, por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y Ley 13 de 1984, son normas reguladoras de la administración de personal del orden Nacional no aplicables al ámbito Departamental ni Municipal (folios 217 y 218 *Ibídem*).

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como ya se dijo, el ataque fundamental de la demanda contra los actos administrativos acusados, consiste en sostener que ellos fueron expedidos con desviación de poder, puesto que en la práctica lo que ocurrió fue el retiro del servicio del demandante por destitución, haciendo uso de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento del cargo que desempeñaba en las Empresas Municipales de Cali "EMCALI".

Ahora bien, el señor Gustavo Corral Grajales era funcionario de libre nombramiento y remoción, y ocupaba el empleo de Ingeniero de Sección en la citada empresa. No alegó encontrarse inscrito en carrera administrativa, ni gozar de período fijo, ni tener fuero de estabilidad. Consecuentemente, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la providencia. Como lo ha sostenido la Corporación, cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que se hace en procura del buen servicio.

La desviación de poder alegada por la parte actora en el libelo, se configura cuando la respectiva autoridad hace uso de una atribución legal, con fines distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. Pero esta causal de anulación de los actos administrativos debe ser plenamente probada por quien la invoca.

Debe llevarse al juzgador la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para expedir el acto impugnado son contrarios a los fines perseguidos por la ley.

En este caso la desviación de poder se hace consistir en que la declaratoria de insubsistencia obedeció el deseo de sancionar hechos constitutivos de falta disciplinaria en que hubiera incurrido en el ejercicio de sus funciones, y por tanto el retiro del servicio no podía producirse hasta cuando culminara la investigación administrativa correspondiente.

Al respecto, es preciso repetir aquí, que la existencia de un proceso disciplinario o la obligación de iniciarlo, no limita la facultad que tiene la autoridad nominadora para declarar, en aras del buen servicio, la insubsistencia de un nombramiento.

Además, no está comprobado que se le hubiera endilgado la comisión de alguna falta disciplinaria. Si bien es cierto se plantearon deficiencias en la interventoría de una obra a su cargo y él dio explicaciones sobre ese trabajo, en ningún momento se le acusó de haber incurrido en conductas sancionables disciplinariamente.

Pero aun cuando así hubiera ocurrido, la declaratoria de insubsistencia no habría impedido el adelantamiento de un proceso disciplinario.

SECCION SEGUNDA

En resumen, el apelante no comprobó que existieran motivos contrarios al buen servicio, que pudieran invalidar el retiro del servicio.

De otro lado, el aspecto planteado en los hechos de la demanda sobre renuncia que le fuera solicitada al demandante y que dieron lugar a que éste renunciara en forma motivada, según lo relata, no tienen incidencia en el proceso, ya que lo que juzga son los actos administrativos mediante los cuales se ordenó el retiro del servicio del señor Gustavo Corral Grajales a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento y no de un acto de aceptación de renuncia.

Estima la Sala que en este caso lo que debe analizarse es si se configura o no la alegada desviación de poder y no la aplicabilidad de las normas de los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y de la ley 13 de 1984, porque como se hace consistir en la necesidad de un proceso disciplinario, de aceptarse ese planteamiento, dicho procedimiento es naturalmente viable en la administración descentralizada departamental independientemente de lo dispuesto en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y en la ley 13 de 1984.

Finalmente, es necesario recordar que los actos administrativos mediante los cuales se procede a declarar la insubsistencia del nombramiento de funcionarios que no pertenecen a la carrera administrativa, no requieren ser notificados sino comunicados y contra ellos no cabe recurso alguno.

No obstante, como en el presente caso de manera equivocada la administración concedió el recurso de reposición contra la Resolución No. C.C. 000941 de mayo 9 de 1984, el cual fue interpuesto oportunamente y resuelto posteriormente mediante la Resolución No. C.C. 001038 del día 28 del mismo mes y año, mal podría contarse el término de la caducidad de la acción de los cuatro meses, a partir de la fecha en que fue notificada la primera de las resoluciones enunciadas.

Los planteamientos anteriores son suficientes para que la Sala confirme, aun cuando por razones diferentes, la decisión del Tribunal.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de noviembre de 1983, dentro del proceso instaurado por Gustavo Corral Grajales.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de enero de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES/JUNTA DIRECTIVA/GERENTE—Funciones/INSUBSISTENCIA

En el acta de reunión 005 de abril 8 de 1985, celebrada por la Junta Directiva de la Empresa Licorera de Boyacá, se aprobó por unanimidad concederle facultades al Gerente de esta empresa para remover o ratificar los Subgerentes de la citada licorera, sin que aparezca que para la fecha en que al actor le fue declarado insubsistente su nombramiento, tal delegación de atribuciones hubiera sido revocada por la referida Junta Directiva; además esa decisión se encuentra amparada por la presunción de legalidad. Así las cosas, no carecía de competencia el gerente de la Industria Licorera de Boyacá para retirar del servicio al demandante, desvinculación que no requería para su validez ser ratificada por la Junta Directiva de dicha entidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C. once (11) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4273. Autoridades Departamentales. Actor: Luis Antonio Zorro Camargo.

LUIS ANTONIO ZORRO CAMARGO, actuando en su propio nombre, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 9 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el recurrente ante el Tribunal las siguientes declaraciones:

“1.— Declarar que LUIS ANTONIO ZORRO CAMARGO, fue nombrado legalmente en propiedad, Subgerente Administrativo de la Industria Licorera de Boyacá mediante resolución No. 240 del 15 de abril de 1985.

2.— Declarar que es nula la resolución No. 440 del 23 de junio de 1986, por cuanto el Gerente usurpó con ella el ámbito de competencia de la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá.

3.— Declarar que no se tenga por hecha la notificación radicada bajo el No. 012959 y fechada en junio 23 de 1986 y emanada de la gerencia de la Industria Licorera de Boyacá.

4.— Declarar sin efectos legales la resolución No. 440 del 23 de junio de 1986, notificada por la comunicación No. 01259, a tenor del artículo 48 del Decreto No. 01 de 1984.

5.— Declarar que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte mía y que por lo tanto el tiempo que dure cesante en el ejercicio del cargo, me es computable para efectos de salarios, gastos de representación, prestaciones sociales legales y extralegales, pensión de jubilación, etc. a que tenga derecho.

6.— Declarar que es nulo el nombramiento de mi reemplazo hecho mediante la resolución No. 440 del 23 de junio de 1986. (fls. 59 y 60).

7.— Declarar que por restablecimiento del derecho he tenido y tengo actualmente la investidura de Subgerente Administrativo de la Industria Licorera de Boyacá”.

A manera de restablecimiento del derecho, solicitó las siguientes condenas:

“1.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a reintegrarme al mismo cargo que venía desempeñando en el momento de la declaratoria de insubsistencia o a uno de superior categoría.

2.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a pagarme los salarios, correspondientes desde el 23 de junio de 1986 y hasta cuando se haga efectivo el pago.

3.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a pagarme los gastos de representación correspondientes desde el 23 de junio de 1986 y hasta cuando se haga efectivo el pago.

4.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a pagarme las prestaciones sociales legales y extralegales a que tenga derecho desde el 23 de junio de 1986 y hasta cuando se haga efectivo el pago.

5.— Que del valor de las obligaciones mencionadas en los numerales 2, 3, 4, es la suma de las cantidades resultantes de la liquidación según el salario y gastos de representación asignados al cargo de Subgerente Administrativo en el momento en el que sean cancelados.

6.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a pagarme los intereses y corrección monetaria de los valores estipulados en los numerales 2, 3 y 4 y de acuerdo al numeral 5 desde el momento en el que fueron exigibles las cantidades obligadas y hasta cuando se hayan hecho efectivas.

7.— Que la Industria Licorera de Boyacá está obligada a reparar los perjuicios a que dan lugar los hechos arriba mencionados según valoración que se hará con posterioridad.

8.— Que sea el Departamento de Boyacá el condenado a cumplir con las obligaciones de los numerales anteriores en caso de que por cualquiera motivo no lo haga la Industria Licorera de Boyacá”.

El Departamento de Boyacá se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de inepta demanda e indebida acumulación de pretensiones (fls. 80 a 84).

Asimismo, la Industria Licorera de Boyacá solicita se denieguen las súplicas planteadas en el escrito demandatorio y manifiesta que éste carece de las técnicas procesales requeridas (fls. 115 a 121).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal consideró que el libelo tiene serios defectos; entre ellos, la manera inadecuada como se endereza la acción en contra de un órgano de la entidad demandada que carece de representación jurídica, como es la Junta Directiva; el Departamento de Boyacá y la Empresa Industria Licorera de esta entidad territorial, que cuentan con personería jurídica y autonomía administrativa; que además, la demanda contiene un obstáculo jurídico insalvable que imposibilita proferir una sentencia de mérito, puesto que aquélla incurre en el error de no reunir uno de los requisitos indispensables para que se de una acumulación objetiva de pretensiones, ya que se busca que en el caso sub-lite el juez administrativo declare la validez de la resolución No. 240 de abril 15 de 1985 y, de otra parte, se pide dentro del proceso que se anule la resolución No. 440 de junio 23 de 1986; que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, por lo que la

petición de que se declare su validez constituye una pretensión ajena a la jurisdicción contencioso administrativa; que se trata por ende en este caso de una circunstancia de falta de jurisdicción, que acarrea ausencia total de competencia para conocer; que fluye de lo expuesto que el juez administrativo se encuentra ante una dualidad de pretensiones, lo cual lleva al Tribunal a declararse inhibido para dictar una decisión de mérito.

ARGUMENTOS DEL APELANTE

En desacuerdo con esta decisión el recurrente argumenta que en el caso sub-judice no se produjo una indebida acumulación de pretensiones, por las razones que plantea en el extenso escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 191 a 214), por lo que solicita a manera de conclusión en el citado escrito, no se confirme la sentencia inhibitoria y se acoja favorablemente la petición de nulidad de la resolución No. 440 de junio 23 de 1986, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, por carecer de competencia el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá para dictar el referido acto.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto (fls. 234 y 235) opina que la sentencia debe ser de mérito y, como consecuencia, negar las súplicas de la demanda, “ya que, como lo hemos consignado en casos similares, si el empleado que protesta su ilegal remoción fue también ilegalmente nombrado, carece de legitimación para que por declaración jurisdiccional se le preserve su viciado status. Y este es el caso del demandante, tal y como lo pregona la documental visible a folio 19”. (fls. 235)

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Pese a la evidente confusión y falta de técnica de que adolece la demanda, estima la Sala que es posible un pronunciamiento de mérito respecto a la petición de nulidad de la resolución No. 440 de 23 de junio de 1986, por la cual el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá declaró insubsistente el nombramiento del Doctor Luis Antonio Zorro Camargo como Subgerente Administrativo de la empresa y nombró a otra persona en su reemplazo.

En efecto, es claro que la acción denominada de nulidad y restablecimiento del derecho —utilizada por el actor— no ha sido instituida para pedir que se declare legal un acto de nombramiento o cualquier otro, pues su finalidad es precisamente la contraria: obtener a través del juzgamiento la nulidad de un acto administrativo y como consecuencia de ello el restablecimiento de un derecho.

SECCION SEGUNDA

Sin embargo, haciendo uso de la facultad que el juzgador tiene de interpretar la demanda, debe entenderse que lo que el actor quiso fue, no una declaración expresa acerca de la legitimidad de su nombramiento, sino que se partiera de esa premisa para cuando, removido el obstáculo consistente en la declaratoria de insubsistencia, al ser ésta anulada, se ordenara el pleno restablecimiento del derecho.

En cuanto al fondo del asunto observa la Sala que si bien es cierto estatutariamente compete a la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá elegir a los Subgerentes de la entidad de ternas presentadas por el Gerente, corresponde a éste ejercer las funciones que la comentada Junta le autorice o delegue, de conformidad con el artículo 12 numeral 17 del Decreto 0450 de mayo 9 de 1978 contentivo del estatuto orgánico de la mencionada empresa. (fls. 7, 9 y 10)

Es de anotar que el decreto No. 06990 de agosto 31 de 1979, "por el cual se adopta el Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas del Departamento", solo prohíbe a las Juntas Directivas delegar la creación, supresión y fusión de empleos y permite a los directores o gerentes de tales institutos descentralizados ejercer las demás funciones que la correspondiente Junta Directiva le autorice o delegue (fls. 32, 36 y 44).

Ahora bien, a folios 136 y 137 del expediente consta que según acta de la reunión 005 de abril 8 de 1985, celebrada por la Junta Directiva de la Empresa Licorera de Boyacá, se aprobó por unanimidad concederle facultades al Gerente de esta empresa para remover o ratificar los Subgerentes de la citada Licorera, sin que aparezca que para la fecha en que al actor le fue declarado insubsistente su nombramiento, tal delegación de atribuciones hubiera sido revocada por la referida Junta Directiva; además esa decisión se encuentra amparada por la presunción de legalidad.

Así las cosas, no carecía de competencia el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá para retirar del servicio al demandante, como se afirma en el escrito demandatorio, desvinculación que no requería para su validez ser ratificada por la Junta Directiva de dicha entidad.

Sostiene el apelante que la delegación se hizo para un caso y que, si no se aprobó que en el suyo hubiera autorización expresa de la Junta Directiva, es preciso concluir que el Gerente carecía de competencia.

Es errada tal afirmación pues la delegación contenida en el Acta No. 005 de 8 de abril de 1985 está concebida en estos términos:

"... La Junta aprueba por unanimidad concederle facultades (al Gerente) para remover o ratificar los subgerentes de la Empresa".

No se trata pues de un caso individual sino de una delegación de la facultad de remover a los Subgerentes de la Empresa, en general; delegación que mientras no sea revocada puede utilizarse para todas las remociones de Subgerentes, sin que sea necesaria una expresa para cada caso.

De otra parte, observa la Sala que la demanda en forma bastante confusa, presenta como argumento la indebida notificación de la resolución acusada.

No se entiende bien si se esgrime para lograr la nulidad del acto, o para que se declare que no surte efectos, o para demostrar que se agotó la vía gubernativa y era por tanto viable acudir a la jurisdiccional.

Como también lo menciona en la sustentación del recurso de apelación, basta decir que los actos de declaratoria de insubsistencia no requieren notificación y contra ellos no caben recursos por vía gubernativa.

El artículo 1o. inciso final del C.C.A. adoptado por el Decreto 01 de 1984, vigente cuando se expidió la resolución 440 de 26 de junio de 1986 y derogatorio del Decreto 2733 de 1959, expresa claramente que las normas de la primera parte, es decir, las que regulan las actuaciones administrativas, la notificación de los actos administrativos y la vía gubernativa, no se aplican cuando se ejerce la facultad de libre nombramiento y remoción. El argumento resulta entonces improcedente.

Por las razones anteriores, debe revocarse el fallo apelado y, en su lugar, denegar 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 9 de marzo de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso instaurado por el señor Luis Antonio Zorro Camargo, y en su lugar, se dispone:

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 22 de enero de 1992.

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA/COMPETENCIA FUNCIONAL

De conformidad con el numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A., los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral en los cuales se controviertan los actos que impliquen destinación, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo excedían de \$50.000.00. El monto de esa asignación fue inicialmente reajustada cada dos años en desarrollo del artículo 265 del C.C.A., a partir del primero de enero de 1986. Fue así como, a partir de esa fecha y por el Decreto 3867 de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1987 ese monto se elevó a la cantidad de \$80.000.00. Como la demanda se instauró bajo la vigencia del mencionado decreto, quiere ello decir, para que el proceso fuera de conocimiento del tribunal en primera instancia la asignación mensual tenía que ser superior a \$80.000.00.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 6270. Recurso de Queja. Actora: Luz Leyla Yoda Sáenz.

Procede la Sala a desatar el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 27 de junio de 1991 (fls. 11 a 12) mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección

SECCION SEGUNDA

Segunda, Subsección "C", negó conceder el recurso de apelación interpuesto por dicho apoderado contra la sentencia de 14 de mayo de 1991, que negó las súplicas de la demanda.

Para no conceder el recurso de alzada argumenta el Tribunal, que de conformidad con el artículo 131 del C.C.A., los Tribunales Administrativos conocen privativamente y en única instancia de los asuntos laborales que no provengan de un contrato de trabajo en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad y, que cuando en estos asuntos se controviertan actos que impliquen destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, establece el inciso 3o. del numeral 6o. del mismo artículo "que se tendrá en cuenta la asignación mensual correspondiente al cargo". Y, que por su parte el decreto 2269 de 25 de noviembre de 1987 ordenó reajustar cada dos años todas las cuantías. Y que a la fecha de presentación de la demanda (4 de marzo de 1987) se encontraba vigente el decreto 3867 de 1985 que aumentó a \$80.000.00 el monto de esa asignación mensual, y como la demandante devengaba para ese entonces la suma de \$55.395.00, según el acto acusado, quiere ello decir que el proceso es de única instancia, razón por la cual resuelve negar la alzada.

En escrito de sustentación del recurso de queja dice el apoderado de la demandante que disiente de la apreciación de la cuantía que devengaban los actores (sic) que hace el Tribunal en la providencia impugnada, ya que el cómputo del factor salario es de \$82.955.00 discriminado como sigue:

"Salario	\$55.935
Subsidio de Transporte	1.650
Prima de Alimentación	<u>1.850</u>
	\$58.895 (sic)"

Para resolver,

SE CONSIDERA:

De conformidad con el numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A., los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral en los cuales se contraviertan actos que impliquen destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo excedían de \$50.000.00.

El monto de esa asignación fue inicialmente reajustada cada dos años en desarrollo del artículo 265 del C.C.A., a partir del 1o. de enero de 1986. Fue así como, y por primera vez, a partir de esa fecha y por el decreto 3867

de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1987 ese monto se elevó a la cantidad de \$80.000.00.

Como la demanda se instauró el 4 de marzo de 1987, es decir, bajo la vigencia del mencionado decreto, quiere ello decir, para que el proceso fuera de conocimiento del tribunal en primera instancia la asignación mensual correspondiente al cargo fue declarado insubsistente el nombramiento de la demandante, tenía que ser superior a \$80.000.00.

En autos está demostrado que esa asignación mensual era de \$55.395.00 como se desprende de la resolución No. 008117 de 21 de noviembre de 1986, impugnada en la demanda, mediante la cual se desvinculó del servicio a la demandante (fl. 2) y del certificado que obra a folio 3, de donde se infiere que el proceso es de conocimiento del Tribunal en única instancia. Amén de que el equivocado total a que llega el apoderado al sumar los factores salariales, como se vio anteriormente, no sobrepasa la cantidad de \$80.000.00 de que habla el decreto 3867 de 1985.

Es así como en el expresado orden de ideas, la decisión del Tribunal resulta acertada y, en consecuencia, el recurso de queja no tiene vocación de prosperidad.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda

RESUELVE:

- 1o.— Declárase bien denegado el recurso de apelación.
- 2o.— En firme este proveído, envíese la actuación al Tribunal de su origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

SINDICATO DE INDUSTRIA—Personería Jurídica

Si existen diversas formas de agremiación sindical, ellas deben ser utilizadas por los trabajadores que quieran sindicalizarse, no en forma caprichosa sino adecuada a esas características y finalidades que la ley ha señalado para la que se escoja. Simplemente los trabajadores podrán crear un sindicato de los clasificados en la ley, cuando reúnan los requisitos para ello y no lo podrán hacer en caso contrario.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3745. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaques de Nóminas, Mensajería y Vigilancia “Sintravig” (Hernando Gutiérrez Cardozo).

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Hernando Gutiérrez Cardozo, actuando en su propio nombre y como Presidente Provisional del Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaque de Nóminas, Mensajería y Vigilancia —SINTRAVIG— hace al Consejo de Estado estas

PETICIONES:

“PRIMERA.— Que es nula la Resolución No. 1836 del 19 de Mayo de 1988, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, que resolvió el Recurso de Reposición propuesto contra la Resolución

No. 00495 del 22 de febrero de 1988, expedida por el mismo Despacho confirmándola.

“SEGUNDA.— Que es nula la Resolución No. 00495 de 22 de febrero de 1988 expedida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social por la cual se niega el reconocimiento de la Personería Jurídica del Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaque de Nóminas, Mensajería y Vigilancia “SINTRAVIG”.

“TERCERA.— Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se restablezca el derecho vulnerado y se ordene al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reconocerle Personería Jurídica al Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaque de Nóminas, Mensajería y Vigilancia “SINTRAVIG”.

“CUARTA.— Se ordene al Ministerio de Trabajo la aprobación de los Estatutos del Sindicato en referencia.

“QUINTA.— Se ordene la inscripción de la Junta Directiva provisional del mencionado Sindicato.

“SEXTA.— Se ordene la Publicación en el Diario Oficial del reconocimiento de la Personería Jurídica del Sindicato”.

La demanda se fundamenta en los siguientes

HECHOS:

“1. El día 21 de diciembre de 1987, un grupo de trabajadores, en número superior a veinticinco (25), exactamente veintinueve (29) decidieron en Bogotá constituir una Organización de Primer Grado y de Industria la cual denominaron Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte de Valores, Empaque de Nóminas, Mensajería y Vigilancia “SINTRAVIG”.

2. Los fundadores de la Organización Sindical eran trabajadores de las empresas: De La Rue Transportadora de Valores S.A., SERBATA, Servicios Especiales S.A. “SERBATA S.A.” y BASALTA S.A. y Seguridad Móvil S.A.

3. A su vez los trabajadores que supuestamente se encuentran vinculados a SERBATA S.A., laboran bajo la dirección y subordinación no de ésta sino de la empresa Seguridad Móvil S.A.

4. Las empresas BASALTA S.A., SERBATA S.A., Seguridad Móvil S.A. son entidades que forman parte de un mismo núcleo familiar

BAUTISTA SALCEDO TAMAYO, quienes a su vez son accionistas de De La Rue Transportadora de Valores S.A.

5. Los trabajadores dando cumplimiento a las disposiciones del C.S.T., notificaron a los patrones y al Ministerio de Trabajo con fecha 4 de diciembre, la fundación de la Organización Sindical en referencia.

6. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, una vez hecho el estudio de la documentación procedió a negar el reconocimiento de la Personería Jurídica del Sindicato interesado.

7. De conformidad con la parte considerativa de la Resolución 495 del 22 de febrero de 1988, las actividades de transporte de valores, empaque de nóminas y vigilancia no son industrias por cuanto no implican la transformación de materias primas ni el ejercicio de una actividad industrial, para llegar a ésta (sic) conclusión se basaron en la "definición semántica de industria" y en la obra "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" de Guillermo Cabanellas...

8. La Resolución 495 del 22 de febrero de 1988, fue recurrida en tiempo por el señor Hernando Gutiérrez Cardozo.

9. Las empresas BASALTA S.A., SERBATA S.A. y Seguridad Móvil S.A. por medio de sus apoderados hicieron oposición al recurso presentado por el Presidente Provisional del Sindicato "SINTRAVIG".

10. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución No. 01836 del 19 de mayo de 1986, resolvió el Recurso interpuesto contra la Resolución No. 495 citada, confirmándola.

11. La Resolución fue notificada al Presidente Provisional el día 26 de mayo de 1986". (folios 116 y 119)

La demanda cita como violadas numerosas disposiciones constitucionales y legales. El concepto de violación lo hace consistir, fundamentalmente, en que con los actos acusados se ha vulnerado el derecho de asociación sindical; dice que los solicitantes de personería jurídica cumplen actividades industriales y que por ello pueden asociarse y constituirse como Sindicatos de Industria; agrega que "... como el Legislador no prohibió (sic) a los trabajadores de las áreas de servicio afiliarse a Sindicatos de Industria, por analogía debe concedérsele (sic) a ellos el derecho de conformar éste (sic) tipo de organizaciones" (folio 125).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado considera que las súplicas de la demanda no deben prosperar. Como fundamento de su opinión, transcribe apartes de las consideraciones que tuvo la entidad demandada para negar el reconocimiento de personería solicitado.

Las sociedades MOVIL DE COLOMBIA S.A., BASALTA S.A., SERBATA SERVICIOS ESPECIALES S.A. y DE LA RUE TRANSPORTADORA DE VALORES S.A., se constituyeron en parte impugnadora dentro del proceso.

Surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad en la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer la legalidad de las resoluciones 495 (febrero 22) y 1836 (mayo 19), ambas de 1988; expedidas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales negó el reconocimiento de personería jurídica a la organización denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE VALORES, EMPAQUES DE NOMINAS, MENSAJERIA Y VIGILANCIA, "SINTRAVIG".

El ataque central de la demanda se dirige a sostener que los actos enjuiciados son ilegales en cuanto no reconocen personería jurídica a una organización sindical que —a su juicio— es de *industrias*, en los términos establecidos en el artículo 356 literal b) del C.S. del 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".

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 del vidrio.

Para negar el reconocimiento de personería jurídica el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social consideró en un principio que los trabajadores que pretendían crear la organización denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE VALORES, EMPAQUES DE NOMINAS, MENSAJERIA Y VIGILANCIA "SINTRAVIG", no laboran en empresas de tipo industrial; y al resolver el recurso de reposición agregó que, en todo caso, esas empresas no pertenecerían a una misma *rama industrial* y no es viable, en consecuencia, el reconocimiento de personería jurídica como Sindicato de Industrias.

Para mayor claridad, conviene precisar el objeto social de cada una de las empresas cuyos trabajadores solicitaron el reconocimiento de la personería jurídica negada por los actos administrativos que se controvierten.

SECCION SEGUNDA

a) MOVIL DE COLOMBIA, S.A.: “La seguridad, protección y custodia de dineros, joyas, metales preciosos, títulos valores, documentos negociables, tales como acciones, bonos, cédulas hipotecarias y todo tipo de documento (sic) en general, empaque y pago de nómina”. (folio 159).

b) BASALTA S.A.: “La prestación del servicio de mensajería en todas sus formas; la representación de empresas nacionales y extranjeras y la prestación de asesorías industriales, comerciales, económicas y financieras” (folio 177).

c) SERBATA SERVICIOS ESPECIALES S.A.: “A contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios para el desarrollo de las actividades ordinarias inherentes o conexas, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la compañía... B. La prestación del servicio de mensajería en todas formas, la representación de empresas nacionales o extranjeras, y la prestación de asesorías industriales, comerciales, económicas y financieras” (fl. 195):

d) DE LA RUE TRANSPORTADORA DE VALORES S.A.: “La explotación del negocio de transporte de dinero y valores en todas sus formas; la representación de empresas fabricantes de sistemas de seguridad; la compra, venta y operación de equipos de comunicación, de transporte y de seguridad y la prestación del servicio de vigilancia” (folio 210).

Como se observa de la transcripción anterior, hay alguna similitud en cuanto al desarrollo de determinadas actividades —por ejemplo el transporte de valores y la vigilancia—, pero también existen diferencias sustanciales en el objeto social de las empresas cuyos trabajadores en formación sindical pretenden el reconocimiento de personería jurídica como sindicato de industrias: el empaque y pago de nóminas, verbigracia, no tiene nada que ver con la operación de equipos de comunicación.

Estima la Sala que no es posible admitir que todas esas actividades tengan carácter industrial, en la acepción elemental del vocablo y con el alcance que tiene la expresión para la doctrina.

Se trata, esencialmente, de actividades de servicio y manejo de bienes que se confían al cuidado de terceros: esos terceros no transforman materias primas mediante procesos industriales, sino que simplemente custodian y transportan tales bienes.

Por otra parte, y como lo expresó el Ministro de Trabajo y Seguridad Social al resolver el recurso de reposición —sin que por ello violara el derecho de defensa—, aun aceptando en gracia de discusión que los trabajadores que pretenden conformar este sindicato de industrias laboran en empresas que desarrollan actividades consideradas como industriales, no todas ellas perte-

nerían a una misma rama industrial, como puede apreciarse en la transcripción que se hizo de su objeto social.

Así lo está demostrando la denominación misma del sindicato, que quiere agrupar trabajadores del “transporte de valores” “empaquete de nóminas”, “mensajería” y “vigilancia”, es decir, cuatro actividades diferentes que esencialmente tienen que ver con la prestación de servicios y no todas con la actividad industrial.

El C.S. del T. en su artículo 356 clasifica los sindicatos de trabajadores de la siguiente manera: sindicatos de base, de industrias, gremiales y de oficios varios.

Cada una de estas categorías obedece a una concepción distinta de la actividad sindical que van a desarrollar y por tanto presenta características y finalidades propias.

Es decir, que si existen diversas formas de agremiación sindical, ellas deben ser utilizadas por los trabajadores que quieran sindicalizarse, no en forma caprichosa sino adecuada a esas características y finalidades que la ley ha señalado para la que se escoja.

No cabe entonces hablar de prohibición para algunos trabajadores; simplemente los trabajadores podrán crear un sindicato de los clasificados en la ley, cuando reúnan los requisitos para ello y no lo podrán hacer en caso contrario.

Ni tampoco se viola el derecho de asociación por no admitir en la categoría de sindicato de industrias a una organización que no cabe dentro de esa definición legal.

A juicio de la Sala, son suficientes las consideraciones anteriores para concluir que al expedir los actos acusados el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no infringió ninguna de las normas invocadas en la demanda y por tanto no es posible anularlos. Ello no significa desconocimiento de los artículos 44, 45 y 46 de la ley 50 de 1990, que con posterioridad a la expedición de los actos acusados, modificaron los artículos 364, 365 y 366 del C.S. del T.

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 presentadas por el señor Hernando Gutiérrez Cardozo, en su propio nombre y como presidente provisional del

SECCION SEGUNDA

SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE VALORES, EMPAQUES DE NOMINAS, MENSAJERIA Y VIGILANCIA, "SINTRAVIG".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 5 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

SINDICATO DE BASE—Personería Jurídica

No se da ninguna de las posibilidades establecidas en el literal a) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo para que se hubiera reconocido personería a la organización sindical de base que fundaron los servidores del Instituto demandante y de las Juntas Administradoras de Deportes, sin constituir éstos una misma empresa, institución o establecimiento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4127 Resoluciones Ministeriales. Actor: Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte “Coldeportes”.

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE “COLDEPORTES”, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se declare que es nula la Resolución 02318 del 2 de agosto de 1974 del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se reconoció personería jurídica y se aprobaron los estatutos de la organización sindical de primer grado y de base denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE, COLDEPORTES, Y LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS DE DEPORTES.

En los hechos de la demanda se relata que el mencionado Instituto fue creado por el decreto extraordinario 2743 del 6 de noviembre de 1968,

como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, norma que además de señalarle el objetivo a la entidad, precisó la condición jurídica de sus empleados.

Igualmente se refiere la creación, con personería jurídica y como Unidades Administrativas Especiales, de las Juntas Administradoras de Deportes y la posterior creación, por la ley 49 de 1983, de las Juntas Seccionales Administradoras de Deportes con igual calidad jurídica, que tomaron las funciones de las primeras, dotadas de personería jurídica y patrimonio propio; que debe notarse cómo el legislador ha mantenido a las Juntas mencionadas aparte del Instituto y por ende sus plantas de personal; que el aludido Ministerio de Trabajo reconoció la personería sindical arriba mencionada y que el artículo 3o. del Código Sustantivo del Trabajo establece que los sindicatos estatales se rijan por sus normas y que el artículo 356 del mismo código consagra cuatro clases de sindicatos, siendo el de base el formado por individuos de diferentes profesiones pero que prestan servicios en una misma institución.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de violación se invocaron el literal a) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 2o. de la ley 49 de 1983, el 7o. del decreto 2743 de 1968 y el 1o. del decreto 2343 de 1970.

El concepto de la violación se hizo consistir en errores de hecho en que presuntamente se incurrió en la expedición del acto acusado, al tener al Instituto demandante y a las Juntas Administradoras de Deportes como una misma Institución; al dar por demostrado sin serlo que todos los miembros de la organización sindical prestaban servicios en una misma Institución y reputarlos como trabajadores oficiales.

En la argumentación demostrativa, plantea la parte demandante que en los estatutos de la organización proletaria se dispuso que estaría formado por quienes laboraran en el Instituto y en las Juntas, "siempre que estén vinculados con vínculo contractual"; que los estatutos debieron ser devueltos para su reforma porque de la documentación presentada no se establecía la calidad de trabajadores oficiales, ya que los artículos 17 del decreto 2743 de 1968, 22 del decreto 2343 de 1970 y 29 de la ley 49 de 1983, establecen que las personas naturales que prestan sus servicios en dichas instituciones son empleados públicos; pero que suponiendo que sí se hubiera demostrado la calidad de trabajadores oficiales, debió hacerse rechazando la solicitud correspondiente porque no se podía reconocer personería jurídica a una organización sindical de primer grado y de base conformada por personas naturales que trabajan en dos instituciones totalmente diferentes; que la violación del literal a) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo ocurrió porque el sindicato de base es el formado por individuos de varias

profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución y el Instituto demandante y las referidas Juntas son entes administrativos independientes, dotados cada uno de personería jurídica y patrimonio autónomo.

SUSPENSION PROVISIONAL. El Consejero Ponente, por auto de folios 21 y 22 suspendió provisionalmente al acto acusado.

PARTE IMPUGNADORA. La organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE “COLDEPORTES” Y LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS DE DEPORTES, al contestar la demanda, solicitó se niegue la petición de nulidad hecha por el Instituto demandante, resaltando que el nombre del sindicato fue modificado en los términos dichos, por lo cual “se aprecia fácilmente el error de derecho en que ha incurrido el acto en cuanto a la identidad de la persona jurídica amparada por las mencionadas resoluciones”; sostiene, además, que las Juntas están sujetas a la dirección, orientación, coordinación y control del Instituto, en los órdenes administrativos, técnico, financiero, presupuestal y contable o sea que “carecen del elemento esencial para que se le pueda considerar como un establecimiento que llene todos los requisitos que los caracterizan, por cuanto no están dotadas de la autonomía administrativa propia de estos”; que la sujeción de las Juntas al Instituto determina que no tengan independencia o autonomía “y, por ende, son una misma institución, en la que las Juntas Administradoras de Deportes hacen las veces de intermediario”.

LA VISTA FISCAL. El Ministerio Público en su concepto de fondo está de acuerdo con la providencia que suspendió provisionalmente el acto acusado y consecuentemente considera que la petición de nulidad debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Instituto demandante ha solicitado la nulidad de la resolución 02318 del 2 de agosto de 1974 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que le reconoció personería jurídica al “Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, Coldeportes, y las Juntas Administradoras de Deportes”, por lo que resulta sin trascendencia procesal la circunstancia de que en la demanda se hubiera indicado como parte interesada a la organización sindical indicada con ese nombre y no con el que actualmente tiene, como consecuencia de la modificación que en su denominación y otros aspectos fue aprobada posteriormente al reconocimiento de su personería.

SECCION SEGUNDA

La organización sindical tendría razón si la petición de nulidad hubiera cobijado la resolución 4116 del 28 de octubre de 1988 que aprobó aquella modificación (fls. 45 a 50); pero, aun así, tal error no habría impedido la comparecencia de la organización sindical para que ejerciera su defensa, como efectivamente la ha ejercido.

2. La Sala estudiará las causales de nulidad sin tener en cuenta situaciones jurídicas posteriores a la emisión del acto acusado, como la expedición de la ley 49 de 1983, debido a que la validez de un acto administrativo debe juzgarse frente a los aspectos fácticos y jurídicos existentes en el momento de su nacimiento.

3. A la luz de las disposiciones del decreto extraordinario 2743 de 1968 que creó al Instituto demandante como establecimiento público, dotado de personería jurídica; y del decreto 2343 de 1970, que dispuso que las Juntas Administradoras de Deportes son Unidades Administrativas Especiales, igualmente con personería jurídica, es evidente que COLDEPORTES no constituye una misma institución o establecimiento con tales Juntas, sino personas jurídicas de derecho público diferentes.

Con respecto a que sean la misma empresa (art. 194 *ibídem*), esta figura no descarta la posibilidad de que las distintas *unidades de explotación económica* tengan personería jurídica. Pero, en el presente caso no puede afirmarse válidamente que un establecimiento público y unidades administrativas especiales, todos encargados de tareas administrativas y no de actividades industriales o comerciales que de suyo implican explotación económica, puedan constituir una misma empresa. La noción de empresa supone, necesariamente, la explotación económica de un *capital* del cual carecen tanto los establecimientos públicos como las unidades administrativas especiales, los cuales, en este caso, solo tienen *patrimonio*.

Obsérvese que no fue por tratar de evitar la utilización de las mismas palabras, que el legislador, cuando determinó las características de los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a los primeros les asignó *patrimonio* y a las segundas *capital*, precisamente para que haya armonía entre las actividades que ejecutan y los medios económicos. Las segundas pueden tener utilidades o pérdidas derivadas de su ejercicio comercial o industrial, lo cual obviamente es ajeno a los establecimientos públicos.

Por ello, es imposible jurídicamente que el Instituto demandante y las Juntas Administradoras de Deportes puedan constituir una misma empresa en los términos del literal a) del artículo 356 del C.S.T.

4. De otro lado, advierte la Sala que la circunstancia consistente en que las Juntas Administradoras de Deportes estén bajo la dirección, orientación,

coordinación y control, del Instituto demandante, en los órdenes administrativo, técnico, financiero, presupuestal, no significa que constituyan una misma institución, como lo alega el sindicato, en razón de que ello obedece a la tutela gubernamental a que deben estar sometidas, por mandato legal, esas unidades administrativas.

5. Suponiendo, en gracia de discusión, que las Juntas no fueran sino intermediarias para el cumplimiento de los planes y programas que en materia de educación física, deportes y recreación adopte el Instituto demandante, tal circunstancia tampoco determinaría que constituyeran una misma institución o establecimiento, pues, como ya se dijo, la personería jurídica del Instituto y de las Juntas desvirtúa tal hipótesis.

6. Consecuentemente, para la Sala es evidente que no se da ninguna de las posibilidades establecidas en el literal a) del artículo 356 mencionado para que se hubiera reconocido personería a la organización sindical de base que fundaron los servidores del Instituto demandante y de las Juntas Administradoras de Deportes, sin constituir éstos una misma empresa, institución o establecimiento.

7. Finalmente, observa la Sala que como los efectos de la nulidad de un acto administrativo son los mismos si se declara con fundamento en una causal de nulidad o en varias, huelga el estudio de las demás impugnaciones que hace el Instituto demandante.

Prospera, pues, la acción propuesta.

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:

DECLARASE que es nula la Resolución número 2318 del 2 de agosto de 1974, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que le reconoció personería jurídica al "Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, Coldeportes, y las Juntas Administradoras de Deportes".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVASE.

Aprobado en la Sala del día 5 de febrero de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CESANTIA—Rentabilidad/POTESTAD REGLAMENTARIA—Límites

La intención del Legislador al consagrar el nuevo régimen de cesantía fue la de obtener para los trabajadores una mayor rentabilidad de ese derecho. Pero ello no puede servir de fundamento, para que el reglamento establezca obligaciones a cargo de los empleadores, que la ley no creó. No debe perderse de vista que solo la Constitución Nacional o la ley pueden consagrar obligaciones, y que por el mismo motivo no es razonable pensar en la existencia de ellas en forma tácita o implícita en tales normas, para que pueda el reglamento hacerlas expresas; pues ello conduciría, a la más absoluta inseguridad jurídica.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5983. Decretos del Gobierno. Actor: Luis Felipe Arana Madriñán.

1o.— Se le reconoce personería al abogado Jorge Luis Quiroz Alemán en representación de la Nación.

2o.— La parte dicha, en memorial de folios 46 a 50 interpuso el recurso de reposición contra la providencia de la Sala (fls. 26 a 35) que suspendió provisionalmente la frase “con una anticipación no inferior a un (1) mes”, del artículo 1o. y los artículos 4o. y 6o. del decreto reglamentario 1176 de 1991.

Respecto del término suspendido, después de transcribir lo que debe entenderse por reglamento según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas y la definición que sobre el mismo da el autor mencionado, afirma que lo que realmente quiso el Ejecutivo al expedir el decreto acusado fue dar un complemento y precisar los detalles que la ley 50 de 1990 no previó, lo cual permitirá su efectividad y correcta ejecución; porque de lo contrario podría ocurrir que el trabajador comunique a la empresa con una antelación de un día la fecha a partir de la cual se acoge al nuevo régimen, “o lo que es peor aún podría comunicar su deseo de acogerse al nuevo régimen desde una fecha pasada; situación que a todas luces causaría traumatismos en la empresa y ésta no fue precisamente la intención del legislador al expedir la norma reglada”.

Sostiene, además, con cita de jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que la potestad reglamentaria va encaminada no solamente a hacer práctica la ejecución de las leyes sino también a desarrollar el pensamiento del legislador, en ocasiones demasiado concreto y sintético que el decreto reglamentario hizo realidad el pensamiento del legislador estableciendo para ello que la manifestación del trabajador debe comunicarse con una anticipación prudencial, justamente para que el empleador gozara de un término apenas justo para hacer las liquidaciones y tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de la ley, lo cual no podría hacer si el trabajador comunica su decisión de una manera repentina.

En lo referente a los artículos 4o. y 6o. del decreto acusado, transcribe el inciso tercero del artículo 101 de la ley 50 de 1990 y afirma que el legislador quiso brindar al trabajador una mejor rentabilidad de los dineros de su cesantía; se refiere a jurisprudencia del Consejo en el sentido de que el reglamento convierte en reglas expresas lo que está implícito en la ley, lo que es de su esencia, de su espíritu; que en los debates en las comisiones del Congreso que dieron origen a la ley 50 de 1990 se dijo que la alternativa seleccionada cambia la retroactividad por un mecanismo transparente, de mayor certeza en la rentabilidad y benéfico para el trabajador; que en la ley no se dijo que ese plazo de mes y medio, hasta el 15 de febrero del año siguiente fuera un término durante el cual el trabajador perdiera una rentabilidad que correlativamente la ganara el empleador; que no podría ser así, si se atiende a los principios del derecho laboral consagrados en los artículos 1o. y 10 del C.S. del T.; que las normas acusadas buscan, además, evitar el desequilibrio que se presentaría si el patrono consigna las cesantías de los trabajadores en distintas fechas causando así para unos un rendimiento mayor que para otros; que de no ser como lo dispuso el decreto reglamentario, ello implicaría un enriquecimiento del empleador a costa de los dineros del trabajador; finalmente cita jurisprudencia del Consejo sobre la potestad reglamentaria dirigida a llenar los vacíos y detalles que no previó la ley.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Acerca de la frase suspendida, observa la Sala que la ley 50 de 1990 hubiera podido disponer que el acto por medio del cual el trabajador se acoja al nuevo régimen de cesantía, se cumpliera dentro del término que estableciera el reglamento. Pero ello no sucedió así, y la potestad concedida al trabajador quedó condicionada únicamente a que la comunicación de la fecha a partir de la cual se acoja, conste por escrito.

De otro lado, no es útil para la prosperidad del recurso la hipótesis alegada de que el trabajador comunique su deseo de acogerse al nuevo régimen desde una fecha pasada, por elementales razones de ineficacia jurídica de tal hipotético caso.

Además, todavía está por aclarar, frente a los mandatos de las leyes 52 de 1975 y 50 de 1990, que en la fecha a partir de la cual se acoja el trabajador deba efectuarse la liquidación definitiva de su cesantía, de donde quedan sin fundamento los presuntos traumatismos a que alude el recurso en el caso de que solo con antelación de un día el trabajador resuelva acogerse al nuevo régimen.

2. Es indiscutible que la intención del legislador al consagrar el nuevo régimen de cesantía fue la de obtener para los trabajadores una mayor rentabilidad de ese derecho. Pero ello no puede servir de fundamento, para que el reglamento establezca obligaciones a cargo de los empleadores, que la ley no creó.

No debe perderse de vista que solo la Constitución o la ley pueden consagrar obligaciones, y que por el mismo motivo no es razonable pensar en la existencia de ellas en forma tácita o implícita en tales normas, para que pueda el reglamento hacerlas expresas; pues ello conduciría, a la más absoluta inseguridad jurídica.

Desde luego en la ley 50 mencionada no se dijo que el trabajador debía perder la rentabilidad de la cesantía mientras el empleador la consignaba, porque ella no fue establecida en su favor y en estas condiciones, mal podía la ley referirse a un principio que no consagró.

De otro lado, la simple posibilidad de que un empleador consigne primero las cesantías de unos trabajadores y después las de otros, lo cual no sería violatorio de ley alguna, no puede servir de fundamento para la expedición de los mencionados artículos 4o. y 6o. suspendidos. De ahí, que el llamado por el recurrente, enriquecimiento, que pudiere obtener un empleador por la circunstancia de que efectuada la liquidación de las cesantías a 31 de diciembre solo deba ser consignado su valor antes del 15 de febrero del año siguiente, sea legítimo.

Además, por las razones expuestas la Sala considera que los principios generales contenidos en los artículos 1o. y 10 del C.S. del T., no son útiles para darle validez a la obligación de pagar determinados intereses que la ley no consagró.

Finalmente, siendo irrefutable que el reglamento puede llenar los vacíos y detalles que la ley no previó, estos solo pueden referirse a los medios para que los mandatos de ella se cumplan, pero en manera alguna puede considerarse que la creación de una obligación no establecida por el legislador, sea un mero vacío o detalle, para que el reglamento pueda crearla.

Consecuentemente, el recurso no puede prosperar.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- CONFIRMASE la providencia de octubre 8 de 1991 (folios 26 a 35), por medio de la cual se resolvió la solicitud de suspensión provisional atrás mencionada.

2o.- Expídanse las certificaciones solicitadas en los memoriales de folios 54 y 55.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Aprobado en la Sala del día 5 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", del artículo 1o. y los artículos 4o. y 6o. del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

PRIMA DE VACACIONES—Exclusión

Debe excluirse de los beneficios de la prima de vacaciones no solo a los funcionarios del servicio exterior a los cuales se refiere el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978, sino a los empleados de la Administración Postal Nacional, de los organismos adscritos al Ministerio de Defensa, al personal docente que labora en los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional y en los de Educación Superior y a los servidores de los establecimientos públicos que tengan un régimen de clasificación y remuneración especial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4069. Autoridades Nacionales. Actor: Mercedes García de Godoy.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 5 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho presentó la señora Mercedes García de Godoy, a través de apoderado judicial, para recabar la nulidad de las resoluciones Nros. 2442 de 16 de diciembre de 1981 y 0142 de 11 de febrero de 1982, expedidas por el Director General de la Universidad Pedagógica Nacional, mediante las cuales se negó a la actora

el reconocimiento y pago de las primas de vacaciones y de práctica docente y como consecuencia de ello y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la mencionada Universidad reconocerle y pagarle a la demandante las referidas primas en los términos de los decretos 386 de 1980 y 329 de 1981.

ANTECEDENTES:

Según el libelo, la actora ha venido laborando en la Universidad Pedagógica Nacional, establecimiento público del orden Nacional, cuyos servidores son empleados públicos, sujetos a las disposiciones legales para los empleados de este nivel de la Administración. Sin embargo, no se le ha reconocido el derecho a las primas de vacaciones y de práctica docente establecidas por las normas legales vigentes.

La demandante invoca como fundamento de derecho de sus pretensiones los artículos 16, 17 y 63 de la Constitución Política, los Códigos de Régimen Político y Municipal y de Procedimiento Civil, la Ley 43 de 1975 y los decretos 2733 de 1959, 1050 y 3130 de 1968, 174 y 230 de 1975, 1045 de 1978, 2277 de 1979, 386 de 1980 y 329 de 1981 y los acuerdos 52 de 1975 y 136 de 1980 de la Universidad Pedagógica Nacional.

En el concepto de violación, señala la accionante que con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 5a. de 1978, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1045 de 1978, por medio del cual se estableció la prima de vacaciones para todos los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, estatuto cuyo campo de aplicación según lo establecido en su artículo 1o., se extiende a las entidades de la Administración Pública del orden nacional, con excepción de las Fuerzas Militares y de Policía que tengan un régimen de prestación especial.

Anota también que en el artículo 24 IBIDEM sólo se excluyó en forma expresa del beneficio de la referida prima a los funcionarios del servicio exterior.

Por consiguiente, las normas sobre la prima de vacaciones le son aplicables, pues no existe razón para discriminar a los servidores de los establecimientos públicos de una prestación que existe para los demás empleados de la Administración Pública Nacional. Por manera, que al negar la Universidad Pedagógica Nacional la mencionada prestación a la accionante, viola los artículos pertinentes del decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes, así como los artículos 16, 17 y 63, "pues no dio al trabajador la justa protección a que tiene derecho, ni utilizó sus facultades para garantizar los derechos civiles y garantías sociales de un sector de la población colombiana, constituida por los servidores del ramo educativo del poder central del Estado". (fl. 7 Cdno. Ppal.)

SECCION SEGUNDA

En relación con la prima de práctica docente, la actora manifiesta que los actos impugnados transgreden las normas relacionadas a la prima referida y las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto:

“De conformidad con el artículo 4o. (Cuarto) del Decreto 386 de 1980, se tiene que para los maestros de prácticas docentes de las escuelas anexas o a las Escuelas Normales y de Enseñanza Pre-Escolar, la asignación básica que corresponda a su respectivo grado en el escalafón más un diez por ciento (10%) de dicha asignación, será la asignación básica mensual.

Como a la parte actora le corresponden tareas de maestro de práctica docente, es indispensable que la administración de la U. Pedagógica Nal. reconozca dicho 10% en la forma señalada por el Decreto 386 de 1.980, el cual prima sobre toda otra, disposición de orden reglamentario, como que están jerárquicamente subordinadas estas últimas a la ley.

Igualmente, resulta infringido con la disposición tomada por la Administración Pública en los actos acusados, el Decreto 329 del 11 de Febrero de 1981, el cual establece, en su artículo 6o. que las asignaciones básicas mensuales para los maestros de práctica docente de las escuelas anexas a las escuelas normales y de Enseñanza Pre-escolar, la asignación que les corresponde será la básica de su respectivo grado en el Escalafón, más un quince por ciento (15%) de dicha asignación”. (fl. 8 Cdno. Ppal.)

FUNDAMENTACION DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para denegar las peticiones de la parte actora, dice el Tribunal que los decreto-leyes 174 y 230 de 1975, que reajustaron la escala de remuneración de los empleos de los establecimientos públicos crearon, en efecto, la prima de vacaciones. Mas en el artículo 26 del decreto últimamente citado se dispuso que el mismo no es aplicable a la Administración Postal Nacional, ni a los Establecimientos Públicos que con base en las facultades otorgadas por las leyes 2a. y 9a. de 1973, se rigen por sistema de clasificación y remuneración diferentes al fijado en el decreto 2454 de 1973 y este estatuto exceptuó de sus disposiciones a los organismos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, al personal docente que presta sus servicios en los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional y en los de Educación Superior y los establecimientos públicos que tengan un régimen de clasificación y remuneración especial expedido con base en las leyes mencionadas.

Por ende, si el artículo 24 del decreto 1045 de 1978, prevé, que la prima de vacaciones creada por los decretos 174 y 230 de 1975, continuaría reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departa-

mentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida en las citadas normas, debe concluirse que, “no se refieren a las vacaciones de los docentes, porque —se repite— éstas no son de quince (15) días y se encuentran reguladas por régimen legal especial, acorde con el Escalafón Docente Nacional”. (fl. 113 Cdno. Ppal)

Y agrega:

“Todo esto lleva a la Sala a considerar que no se puede, por interpretación extensiva analógica —como se desprende de la demanda y en tratándose de remuneraciones y prestaciones sociales— aplicar el régimen del Decreto 1045 de 1978, a una situación no prevista en los ya citados decretos 174 y 230 de 1973, como es el caso de los docentes de primaria del Instituto Pedagógico Nacional adscrito a la Universidad Pedagógica Nacional”. (fl. 113 Cdno. Ppal).

Finalmente el a-quo anota:

“Referente a la prima de práctica docente, la Sala observa, por un lado, que en la demanda se aludió, al respecto, especialmente, al Acuerdo 136 de 1980 y al Decreto Ley 136 del mismo año que se refieren a los ‘maestros de práctica docente de las escuelas anexas a las Escuelas Normales y de enseñanza pre-escolar’, no aplicables a la situación del actor, ...”. (fl. 114 Cdno. Ppal.)

De otra parte, añade el Tribunal que “según documentos que obran al folio 64 del cuaderno principal, expedido por la Tesorera de la Universidad Pedagógica Nacional, se le ha venido cancelando por concepto de prima de práctica docente la suma de Dos mil cuatrocientos pesos (\$2.400.00)”. (fl. 114 Cdno. Ppal.). La alzada ha sido sustentada así por quien recurre:

SUSTENTACION DE LA APELACION

Con la sentencia apelada, se infringen directamente los artículos 1o., 2o., 3o., 26 y 27 del decreto 2277 de 1959 que definen el régimen especial para los docentes y la carrera docente, especifican quiénes son docentes y quiénes educadores oficiales y señalan que quien ingresa a dicha carrera está amparado en sus derechos y garantías, así como también se quebranta el artículo 36 IBIDEM, en sus literales b), c) y f) que establecen los derechos de los educadores a percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado de escalafón, a disfrutar de vacaciones remuneradas y a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Expresa también el recurrente que el fallo viola el decreto 1045 de 1978 que en su artículo 2o. ordenó “que los establecimientos públicos, como lo

SECCION SEGUNDA

es la Universidad Pedagógica Nacional debían aplicar su normatividad a su personal”, y el artículo 8o. de dicho decreto que “... estableció el derecho a la prima de vacaciones y señaló en qué consistía el derecho o sea, quince (15) días hábiles”. (fl. 118 C. Ppal)

Y continúa:

“Para resumir, el artículo 24 del Decreto 1045 de 1978, solo excluyó en forma expresa a los funcionarios del servicio exterior.

Entonces, la sentencia recurrida, violó directamente el Decreto que creó la prima, pues no tuvo en cuenta su campo de aplicación, ya que la Universidad Pedagógica Nacional como ESTABLECIMIENTO PUBLICO del orden nacional, estaba obligada a hacerlo para con sus servidores y entre ellos, mi mandante, pues se ha demostrado que es empleado (a) docente de dicha alma mater.

“Sinembargo, la sentencia, violando uno de los principios del derecho, como lo es el de que cuando el legislador o la ley no distingue, no les es dable al intérprete distinguir, decidió que esta norma no se podía hacer extensiva por analogía al personal docente al servicio de la Universidad Pedagógica Nacional, sencillamente porque el sistema de vacaciones era diferente”. (fl. 118 Cdno. Ppal.)

Y concluye diciendo:

“No se entiende, entonces, porqué el HH. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, hace esta discriminación con los educadores. Bien sabido es que sus vacaciones son un tanto más prolongadas, pero ello se debe a que durante los días de descanso de los maestros, es por física sustracción de materia, en razón de que el calendario fijado para los alumnos es el que el Estado determina y no se justificaría que un educador tuviera que asistir al plantel durante las vacaciones de sus alumnos. Además, porque el trabajo docente es demasiado extenuante. No es lo mismo estar en una oficina administrativa frente a una máquina de escribir durante el día que manejar a 40 o más alumnos en una labor tan dispendiosa y dura. (Sic.)

Los decretos 174 y 230 de 1975, en sus artículos 10, el primero y 13 el segundo, respectivamente, crearon la prima de vacaciones y en el contexto total de la norma no aparecen excluidos los trabajadores docentes, por lo que la sentencia es violatoria de tales normas y debe ser anulada”. (fls. 118 y 119 Cdno. Ppal)

También el censor impugna la sentencia porque quebranta el acuerdo 136 de 1980 de la Universidad Pedagógica Nacional, aprobada por el decreto

ejecutivo 3146 de 1980, mediante el cual se dispuso que al personal docente de esta institución de los niveles de educación pre-escolar, básica primaria, básica secundaria, media e intermedia se le apliquen las normas que rigen para la Nación, entre los cuales se hallan los decretos 2277 de 1979, 715 y 2933 de 1978, 386 de 1980, 329 de 1981, 269 de 1982, 294 de 1983, 456 de 1984, 134 de 1985, 0111 de 1986 y 0199 de 1987. "Entonces, si la sentencia recurrida no tuvo en cuenta para la parte actora lo consagrado en el artículo 4o. del decreto 386 de 1980 y en el artículo 6o. del decreto 329 de 1981, que estableció una remuneración del 10 y 15%o respectivamente, para los docentes que se desempeñan en práctica docente, está violando el acuerdo 136 de 1980, de la misma Universidad que ordenó la aplicación de las normas nacionales para todo su personal docente de los distintos niveles. Y si se infringe el acuerdo estatutario de la Universidad Pedagógica Nacional, la sentencia deberá ser anulada". (fl. 119 C. Ppal.)

Igualmente, estima que el fallo transgrede el acuerdo 140 de 1980 de la Universidad Pedagógica Nacional que "... estableció que el Instituto Pedagógico Nacional tiene por objeto desarrollar labores de práctica docente para los estudiantes de la Universidad. Por disposición expresa, entonces, todos sus profesores por destinación de la Universidad, desarrollan actividades de práctica docente. Al negarle el derecho a esta prima, la sentencia apelada desconoció uno de los objetivos principales que tuvo la Universidad para fundar y crear el Instituto Pedagógico Nacional, donde labora mi mandante, como lo era el desarrollar labores de práctica docente para los alumnos que realizaran estudios superiores de la mencionada entidad. Por tanto, esta violación hace que la sentencia apelada sea favorable a las pretensiones de este recurso". (Sic.) (fl. 122 Cdno. Ppal)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Emitido por el Fiscal Cuarto de la Corporación, expresa:

"Frente a la pretensión de la actora en el sentido de que se le reconozca por la Universidad Pedagógica Nacional las primas de vacaciones y de práctica docente, el a-quo, en la sentencia apelada, con sobrado acierto consideró, en cuanto a la primera, que la normatividad legal correspondiente se estableció pero a favor de los empleados públicos que solo disfrutaban de quince (15) días de vacaciones por año de servicio, y éste no es el caso de los docentes. Además su régimen especial por parte alguna consagra la prestación reclamada.

Con relación a la prima de Práctica Docente, se observa que ésta se viene pagando a la actora desde marzo de 1979. Y que en la actualidad se le está pagando la suma de dos mil cuatrocientos (\$2.400.00) pesos

mensuales por este concepto (fl. 64 cuad. ppal). Por lo tanto, respecto de esta pretensión se presenta el fenómeno de la sustracción de materia.

Respecto de la inconformidad manifestada en el escrito contentivo del recurso de apelación sobre la cuantía pagada por la Universidad por concepto de práctica docente, no es un asunto debatido en este proceso, ni su acto de reconocimiento y liquidación demandado.

Por lo anotado, en concepto de esta Agencia Fiscal, no tiene vocación de prosperidad el recurso materia de estudio". (fl. 133 cdo. ppal).

Agotado el trámite del recurso y no observándose causal para invalidar lo actuado, se procede a resolverlo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia gira en torno a la procedencia de reconocerle a la actora el derecho al pago de las primas de vacaciones y de práctica docente, a la luz de las disposiciones que se invocaron en la demanda.

En cuanto hace a la prestación primeramente mencionada, la parte actora pretende su reconocimiento con fundamento en lo previsto en el artículo 24 del decreto 1045 de 1978, expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, por la Ley 5a. de 1978, el cual reza:

"ART. 24.— De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuará reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas.

De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior".

Del texto de la norma pretranscrita se desprende que el reconocimiento de la prestación mencionada, debe continuarse haciendo en la forma establecida por el decreto 174 y 230 de 1975 que la crearon. Por manera, que no es posible efectuar su cabal reconocimiento a los empleados oficiales, apartándose del marco normativo contenido en los distintos estatutos que desde su creación regulan el derecho a dicha prestación. De suerte que a la administración no le es permitido definir su reconocimiento circunscribiéndose exclusivamente a lo normado en el artículo 24 del decreto 1045 de 1978 y prescindiendo de lo dispuesto en los estatutos a los cuales el mismo legislador extraordinario le indicó que debía recurrir.

Por ello, la Sala considera acertados los planteamientos que sobre el particular expuso el Tribunal en la sentencia, pues para efectuar una correcta aplicación del artículo 24 del decreto mencionado se remontó a lo señalado tanto en los decretos 174 y 230 de 1975, como en el decreto 2554 de 1973, toda vez que para una exacta inteligencia del artículo décimotercero del decreto 230 de 1975, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo décimosexto del mismo que dispone que ese decreto no es aplicable a la Administración Postal Nacional, ni a los establecimientos públicos que con base en las facultades otorgadas por las leyes 2a. y 9a. de 1973, se rigen por sistemas de clasificación y remuneración diferentes al fijado en el decreto 2554 de 1973, estatuto éste último que a su vez, exceptúa de lo estipulado en él a los organismos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, al *personal docente* que presta sus servicios a los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional y en los de Educación Superior, y a los establecimientos públicos que tengan un régimen de clasificación y remuneración especial expedido con base en las leyes 2a. y 9a. de 1979.

Significa lo anterior, que para una atinada aplicación del artículo 24 del decreto 1045 de 1978, debe tenerse en cuenta, en últimas, lo preceptuado en el artículo 24 del decreto 2554 de 1973. Vale decir, que debe excluirse de los beneficios de la prima de vacaciones no sólo a los funcionarios del servicio exterior a los cuales se refiere el artículo 24 del decreto 1045 de 1978, sino a los empleados de la Administración Postal Nacional (artículo 26 del decreto 230 de 1975), de los organismos adscritos al Ministerio de Defensa, al personal docente que labora en los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional y en los de Educación Superior (artículo 24 decreto 2554) y a los servidores de los establecimientos públicos que tengan un régimen de clasificación y remuneración especial expedido con fundamento en las leyes 2a. y 9a. de 1979 (artículos 26 y 24 de los decretos 230 y 2554 de 1973, respectivamente).

De acuerdo con lo anterior y habida consideración de que en el proceso se acreditó que la actora presta sus servicios en la Universidad Pedagógica Nacional, en el Instituto Pedagógico Nacional, desde el 5 de marzo de 1970 y que se desempeña como profesora de tiempo completo grado 14 en dicho Instituto (fl. 63), se tiene que siendo la Universidad mencionada un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional, la accionante en su calidad de docente vinculada a dicha Universidad, no es beneficiaria de la prima de vacaciones consagrada en los decretos 174 y 230 de 1975 y en el artículo 24 del decreto 1045 de 1978, que fue solicitada en la vía gubernativa y a la jurisdicción Contencioso Administrativa.

En lo atinente al derecho de la demandante a disfrutar de la prima de práctica docente, independientemente de que en la actualidad se le esté reconociendo, la Sala advierte que con base en las normas invocadas en la demanda no es viable reconocerle tal prestación, porque como bien se indica

en el libelo y en el escrito sustentario del recurso de alzada, el artículo 4o. del decreto 386 de 1980 y el 6o. del decreto 329 de 1981, prevén un aumento adicional del 10 y 150/o respectivamente, pero únicamente respecto de los maestros de práctica docente de las escuelas anexas o a las escuelas normales y de enseñanza pre-escolar y como la demandante no se desempeña como maestra en escuelas de la naturaleza señalada, sino que labora como docente de tiempo completo del Instituto Pedagógico Nacional que no tiene el carácter de una escuela anexa, necesariamente debe concluirse que no es procedente reconocerle la aludida prima.

Además, no es de recibo el argumento de la actora en el sentido de que en virtud de lo dispuesto en el acuerdo 136 de 1980 de la Universidad Pedagógica Nacional, al personal docente de esta institución se hicieron extensivas las normas que rigen para los docentes de la Nación, por cuanto, en primer término, como se dijo, los decretos 386 de 1980 y 329 de 1981, se refieren solo a los educadores de las escuelas anexas y no al personal vinculado a entidades diferentes como lo es la Universidad Pedagógica en la cual labora la accionante y, en segundo lugar, porque lo concerniente tanto al régimen salarial como al de prestaciones sociales, se encuentra atribuido exclusivamente al legislador y no puede admitirse que mediante un acto que no tiene la categoría de ley, como lo es el acuerdo citado, pueda establecerse válidamente una prestación, como lo es la prima de práctica docente.

De acuerdo con lo expuesto, forzoso es concluir que la sentencia impugnada se ajusta a derecho, toda vez que negó, por improcedente, el reconocimiento a la actora tanto de la prima de vacaciones como la de práctica docente.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de agosto de 1988, en el proceso incoado por Mercedes García de Godoy, con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones números 2442 de 1981 y 0142 de 1982, emanadas de la Universidad Pedagógica Nacional mediante las cuales se negó el reconocimiento a la actora de las primas de vacaciones y de práctica docente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

BANCO DE LA REPUBLICA—Régimen Laboral/REGLAMENTO CONSTITUCIONAL— Improcedencia

Un reglamento autónomo, es decir, un decreto presidencial dictado en ejercicio del artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional anterior, que se ocupe de materias ajenas a la “intervención necesaria” en el Banco de Emisión con respecto a las funciones de regulador de la economía que éste cumple, o ajenas a la intervención necesaria” en actividades particulares que manejen o aprovechen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado, será un decreto contrario a la Constitución, por ejercicio exclusivo de facultades que esa Carta no le ha conferido como atribución propia, sino que se hallan radicadas en autoridad distinta del presidente.

DECRETA LA NULIDAD de los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 del Decreto 386 del 10 de febrero de 1982, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C. veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1848. Decretos del Gobierno. Actor: Asociación Nacional de Empleados del Banco de la República.

En ejercicio de la acción pública de nulidad, actuando como representante judicial de la ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DEL

BANCO DE LA REPUBLICA y en su propio nombre, la Doctora Zita Froyla Tinoco Arocha pidió al Consejo de Estado anular los artículos 11, 12, 14, 14 y 15 del Decreto 386 de febrero 10 de 1982, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, “por el cual se ejerce la intervención presidencial en el banco de emisión”, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional anterior y cuyos textos dicen así:

“Artículo 11.— Las relaciones laborales entre el Banco de la República y sus trabajadores continuarán siendo contractuales y rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo, con las modalidades expresadas en los artículos siguientes.

“Artículo 12.— Las disposiciones del presente decreto no podrán entenderse ni aplicarse en forma que desmejore el régimen salarial y prestacional actualmente en vigor para los trabajadores y pensionados del Banco. Las prestaciones sociales de dichas personas, y, en general, todas las relaciones jurídicas derivadas del contrato de trabajo, se determinarán por las normas del referido código, por los estatutos del banco, su reglamento interno de trabajo, las convenciones colectivas y las decisiones que en material laboral tome la Junta Directiva.

“Artículo 13.— Dadas las funciones del Banco de la República, en lo concerniente a la emisión y manejo monetarios, al cambio internacional y al crédito, y la incidencia de dichas funciones dentro de la economía pública y privada del país, todos sus trabajadores, para efectos legales, desempeñan cargos de confianza.

“Artículo 14.— Ningún trabajador ni pensionado del Banco podrá recibir sueldos pagados por entidades centralizadas o descentralizadas del orden nacional, departamental o municipal, salvo en los casos de excepción contemplados en el Decreto extraordinario 1713 de 1960 y disposiciones concordantes. Tampoco se considerarán entre las incompatibilidades establecidas por el artículo 64 de la Constitución, las personas que reciban sumas por concepto de contratos civiles y comerciales celebrados con el Banco de la República.

“Para efectos prestacionales será acumulable el tiempo trabajado en el banco con el trabajado al servicio de la nación, los departamentos o los municipios o cualquiera de sus respectivas entidades descentralizadas.

“Artículo 15.— A los trabajadores del Banco de la República no les son aplicables las normas del Decreto extraordinario 3135 de 1968 ni las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o reglamenten”.
(D.O. 35954, febrero 26 de 1982).

La demanda cita como violadas numerosas disposiciones constitucionales y legales y expone el concepto de la violación.

Reconstruido el proceso mediante auto de octubre 26 de 1989, quedó en estado de proferir sentencia, a lo cual se procede previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto sub-judice consiste en dilucidar si los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 del Decreto 386 de 10 de febrero de 1982, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confería el artículo 120 numeral 14 de la Constitución de 1886, se ajustan, o no, a derecho.

En primer término, observa la Sala que la violación de las múltiples disposiciones constitucionales y legales invocadas por la parte actora se hace derivar solamente de dos aspectos:

a) Que el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución autoriza al Presidente de la República para intervenir en el Banco de Emisión, mas no en las relaciones del Banco con sus trabajadores, lo cual pertenece al régimen laboral y no a las funciones que cumple el Banco; y,

b) Que al calificar la totalidad de los cargos que desempeñan los trabajadores del Banco como de confianza, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo en las materias reguladas por los artículos citados en la demanda, y ello es competencia exclusiva del Congreso.

Respecto al primer planteamiento, la Sala anota lo siguiente:

El alcance del artículo 120 numeral 14 de la Constitución anterior ha sido definido tanto por otras Secciones del Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia para señalar que dicho numeral concede autorización al Presidente de la República para intervenir a través de actos administrativos que se denominan reglamentos autónomos —porque se sustraen del régimen general del artículo 32 de la misma Carta anterior, y por tanto no requieren mandato legal previo— “en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado”.

Esta definición jurisprudencial sobre los verdaderos alcances del numeral 14 ha sido uniforme en las distintas Secciones del Consejo de Estado en el sentido de que las facultades que la Constitución le confiere en el señalado numeral 14 al Presidente de la República, están circunscritas a asuntos económicos.

Sobre ese supuesto, los decretos del Gobierno dictados en ejercicio de tal atribución constitucional solo pueden enderezarse: a la “intervención necesaria” en el Banco de Emisión, entendiéndose por tal la injerencia en asuntos de índole económica que el Banco atiende en desarrollo de su política reguladora de la moneda nacional; y a esa misma “intervención necesaria” en personas cuyas actividades tienen que ver con el ahorro privado, justamente con el ánimo de protegerlo y de darle adecuada utilización en bien de la economía del país.

En síntesis: un reglamento autónomo, es decir, un decreto presidencial dictado en ejercicio del artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional anterior, que se ocupe de materias ajenas a la “intervención necesaria” en el Banco de Emisión con respecto a las funciones de regulador de la economía que éste cumple, o ajenas a la “intervención necesaria” en actividades particulares que manejen o aprovechen e inviertan fondos provenientes del ahorro privado, será un decreto contrario a la Constitución, por ejercicio excesivo de facultades que esa Carta no le ha conferido como atribución propia, sino que se hallan radicadas en autoridad distinta del Presidente.

En el caso aquí debatido, es evidente que las normas acusadas no tienen nada que ver con las funciones inherentes al Banco de Emisión —hoy llamado de la República— en sus aspectos puramente económicos y monetaristas, reguladores de las finanzas públicas, la banca oficial, etc. Se ocupan, por el contrario, de asuntos atinentes a la índole laboral de quienes sirven al Banco: sujeción al C.S.T., regulación salarial y prestacional, por ejemplo, materias reservadas a la ley.

Siendo ello así, y encontrando la Sala que el decreto parcialmente acusado es ciertamente contrario a la Constitución anterior, debe anular las disposiciones demandadas, sin considerar del caso el estudio del segundo cargo formulado en el libelo.

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:

Son nulos los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 del Decreto 386 del 10 de febrero de 1982, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

SECCION SEGUNDA

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 12 de febrero de 1992.

*Joaquín Barreto Ruiz, Policarpo Castillo Dávila, Conjuez – Ausente;
Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,
Diego Younes Moreno, Ausente.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

El recurso de anulación tiene características propias, consagradas en los artículos 194 a 205 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no pudiendo fundamentarse en causal distinta de la violación directa de la C.P. o de la ley sustantiva ni fundamentarse como un alegato de instancia. El carácter directo de la violación es consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca, para establecer si ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó de manera errónea, sin que sea viable referirse a cuestiones de índole procedimental o probatorio o de hechos debatidos en el proceso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3410. Actor: César Molinares Fuentes. Recurso Extraordinario de Anulación.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", contra la sentencia de diciembre 4 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del proceso adelantado por el señor CESAR MOLINARES FUENTES.

SECCION SEGUNDA

Una vez admitido el recurso por auto de octubre 21 de 1988 y ordenada la suspensión del cumplimiento de la sentencia recurrida (fl. 40 cdno. ppal.), y realizado el trámite correspondiente, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de marzo 15 de 1989, opina que el citado recurso no está llamado a prosperar, con base en las consideraciones que se transcriben a continuación:

En la sentencia impugnada se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda con base en la consideración de que al actor se le desplazó del servicio mediante un mecanismo inadecuado: pues existiendo cargos contra el empleado lo procedente había sido el agotamiento de un proceso disciplinario para imponerle la condigna sanción de destitución, y no optar, como lo hizo en el acto acusado, por la declaración de insubsistencia. Concluye así el Tribunal:

“Al haber decretado la insubsistencia del nombramiento del actor como un acto discrecional no motivado, el Gerente General del Incora como autoridad nominadora, obró con desviación de poder, lo cual vicia de nulidad el acto acusado como se decretará en la presente providencia”. (folio 22, cuad. ppal.)

El recurrente, en cambio, gratuitamente le atribuye al anterior pronunciamiento el haberse fundado en la interpretación errónea del art. 26 del Decreto 2400 de 1968 que manda dejar constancia en la hoja de vida del funcionario de la causal por la cual fue removido.

Es cierto que, como lo alega el recurrente, el H. Consejo de Estado ha considerado que la falta de acatamiento a dicha norma no se traduce en nulidad del acto de insubsistencia. PERO, ocurre que la decisión impugnada no se apoyó en dicha omisión sino, precisamente, en consideración contraria: la de que existían antecedentes que permitían establecer que contra el empleado removido existían inculpaciones que ameritaban el seguimiento de un proceso disciplinario. No habló el Tribunal, entonces, de la falta de antecedentes determinantes de la remoción protestada, sino de existencia de los mismos.

El cargo formulado a la sentencia, carece, entonces, hasta de lógica elemental. Igual opinión nos merece el cargo relacionado con la supuesta violación del art. 5o. de la Ley 13 de 1984: pues, la sentencia, precisamente lo declara no acatado al prescindirse de la investigación administrativa indicada en dicha norma, y, por tal razón, censura el desplazamiento del servicio sin previa investigación. (fl. 48 cdno. ppal.)

La sentencia objeto del recurso de anulación, accedió a las súplicas de la demanda, procediendo a anular la Resolución No. 02329 de mayo 22 de 1984, mediante la cual la Gerencia General del “INCORA” declaró insub-

sistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Sección 08 (Jefe de Sección Jurídica) que desempeñaba en dicho instituto descentralizado en la Regional del Departamento del Atlántico, con sede en la ciudad de Barranquilla, ya que el retiro del servicio del demandante a través del mecanismo de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el referido empleo, se hizo con desviación de poder, pues en la práctica el retiro implicó una sanción disciplinaria, de conformidad con el análisis de las pruebas aportadas al proceso (fls. 10 a 25 *ibídem*).

En el recurso de anulación presentado por el apoderado del "INCORA", se afirma que la sentencia recurrida viola en forma directa por interpretación errónea el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y por falta de aplicación el artículo 5o. de la Ley 13 de 1984.

En los cargos que se formulan contra la sentencia, se manifiesta que el a-quo interpretó erróneamente el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, pues exige de la autoridad nominadora consignar una explicación conceptual sobre el ejercicio de la facultad discrecional, contrariando así la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la constancia sobre las causas de la insubsistencia del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, no es parte del acto administrativo ni puede ser de su esencia, como lo establece el Tribunal Administrativo del Atlántico en el caso sub-judice; que hubo falta de aplicación en el fallo recurrido del artículo 5o. de la Ley 13 de 1984, que permite investigar las faltas disciplinarias de funcionarios retirados del servicio, luego de un análisis muy controvertible frente a la atribución legal de poder realizar investigaciones disciplinarias contra empleados ya desvinculados, las cuales no pueden terminar necesariamente en imposición de sanciones con posterioridad a las diligencias preliminares o cierre de la investigación; que el a-quo parece exigir que toda investigación disciplinaria debe concluir en sanción desconociendo así el inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 13 de 1984 sobre que el Jefe del organismo o de la dependencia regional o seccional respectiva ordenará el archivo del expediente, si no encuentra mérito para sancionar (fls. 4 a 8 *ibídem*).

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Corporación ha sostenido que el recurso de anulación tiene características propias, consagradas en los artículos 194 a 205 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no pudiendo fundamentarse en causal distinta de la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva ni fundamentarse como un alegato de instancia.

El carácter directo de la violación es consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca, para establecer si ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó de manera errónea, sin que sea viable referirse a cuestiones de índole procedimental o probatoria o de hechos debatidos en el proceso. Ahora bien, en el caso sub-exámine, el *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que se configuró la desviación de poder, puesto que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor implicó en la práctica una sanción disciplinaria.

Como es de conocimiento, la desviación de poder se configura cuando la respectiva autoridad hace uso de una atribución legal, con fines distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere.

Para llegar a determinar la desviación de poder, es indispensable analizar hechos y circunstancias que deben probarse en el proceso, análisis que no es viable jurídicamente efectuar en el recurso extraordinario de anulación, por las razones ya anotadas, por lo que si el Tribunal Administrativo del Atlántico llegó en este asunto a la conclusión de que en el caso sub-lite se produjo la desviación de poder, no es dable a la Corporación entrar a controvertir este aspecto a través de la formulación del citado recurso.

De otro lado la Sala comparte las apreciaciones dadas por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de marzo 15 de 1989, en cuanto a que los cargos formulados por el apoderado del INCORA contra la sentencia del 4 de diciembre de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, no están llamadas a prosperar, pues en la decisión adoptada por el *a-quo* no tuvieron incidencia los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 5o. de la Ley 13 de 1984, respecto de la falta de constancia en la hoja de vida del actor, de los motivos de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento y de que la acción disciplinaria será procedente aunque el funcionario haya cesado en el ejercicio de sus funciones, porque, como ya se anotó, las razones que tuvo el *a-quo* para declarar la nulidad de la Resolución No. 02329 de 22 de mayo de 1984, expedida por la Gerencia General del INCORA, se fundamentó en la configuración de la desviación de poder, ya que el retiro del servicio del demandante constituyó una sanción disciplinaria, acorde con las pruebas allegadas al proceso.

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 diciembre 4 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

No se condena en costas por no haberse causado. Devuélvase la caución constituida mediante Póliza No. 110815, sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REVISION DE SENTENCIAS

Dicha acción no tiene vocación para ser ejercitada, cuando la causa de la acción no se fundamenta en el reconocimiento de una obligación periódica de dinero. Según el artículo 164, la revisión procede contra la sentencia que se hubiere dictado sobre reconocimiento que imponga al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero; vale decir que, en principio, es improcedente respecto a sentencias que se abstengan de hacer reconocimientos, o que haciéndolos, no tengan el carácter de periódicos, como acontece con las indemnizaciones o recompensas que se pagan una sola vez.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 865. Actor: María Fidéligna Linares Vda. de Díaz. Pensiones y Recompensas.

La señora MARIA FIDELIGNA LINARES VDA. DE DIAZ, LILIAN, EDGAR, NELSON, WILLIAM, NEYLA, RUTH, ELSA, DEYANIRA; YESID y JAIRO DIAZ, en ejercicio de la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y 165 de la ley 167 de 1941 demandan la revisión de la sentencia del seis de mayo de 1983 proferida por el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— Sección Segunda — mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda, relacionadas con la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez y la sustitución pensional, y subsidiariamente la de obtener pensión de jubilación, conforme lo reza textualmente la sentencia hoy recurrida.

Para tomar la decisión que se impugna, la sentencia expresa que:

1) Para decidir las solicitudes del ex-auxiliar del ejército fallecido, se deben tener en cuenta las normas que regían en el año de 1972, época de su fallecimiento.

2) Como consecuencia de lo anterior, su situación prestacional quedó definida conforme a las previsiones contenidas en el artículo 100 del Decreto 2339 de 1971.

3) El demandante en el libelo no indicó las normas que servían de fundamento a la pretensión de sustitución pensional de invalidez.

4) El demandante citó equivocadamente las disposiciones relativas al reconocimiento de la pensión de invalidez.

5) La invocación de la Ley 12 de 1975 como precepto violado, no tiene cabida por cuanto dicha norma se expidió con posterioridad al fallecimiento del causante.

6) El cargo de violación genérica de los Decretos 1387 de 1967 y 382 de 1968, no prospera en virtud del carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado solicita se nieguen las súplicas de la demanda por los siguientes motivos:

(...)

“Siendo ello así, estima este Despacho, que no se configura la causal de revisión en la cual se fundamenta el libelo, pues es imposible que las normas que sirven de base al reconocimiento hubieran sido mal aplicadas o interpretadas, cuando ni siquiera el fallador tuvo oportunidad de estudiarlas, precisamente porque no se invocaron como violadas.

Si hubo demasiado rigorismo o no, es otro asunto ajeno a la causal prevista en el numeral 6o. del artículo 165 del C.C.A.

En opinión de la Fiscalía, la vía adecuada para obtener el reconocimiento del derecho, no es en este caso la revisión de la sentencia, sino la presentación de una nueva demanda, con las formalidades legales y cita adecuada de las disposiciones que le sirven de fundamento, teniendo en cuenta de una parte, que el derecho a la pensión no prescribe; y de otra, que no se presenta cosa juzgada material, por cuanto la negativa obedeció a fallas en el aspecto formal de la demanda inicial, sin que se hubiera estudiado lo referente al derecho sustantivo reclamado”.

SECCION SEGUNDA

Los demandantes piden que en lugar de la sentencia impugnada, se disponga a cargo de la Nación —Ministerio de Defensa—, la correspondiente pensión de invalidez a favor de los demandantes, y que subsidiariamente se disponga pagar a su favor pensión de jubilación, por haber fallecido el señor JOSE A. DIAZ con más de veinte años de servicio. Para pedir los actores consideran que:

1) El Artículo 16 de la C.N. impone a las autoridades el deber de proteger la vida, honra y bienes de las personas, lo cual no ocurriría si en la realidad se persiguen propósitos diferentes para denegar el derecho.

2) El Estado garantiza la protección de las relaciones de trabajo como deber primordial del Estado y so pretexto de una jurisdicción rogada, por error en la cita de la ley o por interpretación restrictiva, se resuelve que el juez no puede fallar y que la ley posterior no puede aplicarse.

Los actores pretenden apoyar sus afirmaciones con citas jurisprudenciales del Consejo de Estado donde se advierte que debe darse curso a la demanda aun cuando esta adolezca de imperfecciones menores, si el libelo permite conocer los actos impugnados y las pretensiones concretas y en lo demás da base para dictar sentencia estimatoria favorable o adversa; igualmente, que las disposiciones procesales tienen por finalidad asegurar la efectividad de los derechos y así, aun cuando las partes no invoquen el derecho o lo hagan en forma errónea, al juez le corresponde calificar la relación sustancial de la *litis* y determinar la norma jurídica que debe regir.

Sobre la viabilidad del ejercicio de la acción revisoria, cuando la sentencia no hace reconocimientos que impongan al tesoro público obligaciones de cubrir suma periódica, los demandantes expresan que el Consejo de Estado lo ha aceptado. Para corroborar sus afirmaciones, transcriben apartes de algunas providencias (del auto del 27 de mayo de 1970, T.XLVI, números: 425, 426, pág. 359 de la sentencia de 19 de septiembre 1945 T.LV números 352/356 pág. 89; de la sentencia de Sala Plena de 19 de septiembre 1979 proceso 10.035).

Como normas legales inaplicadas, la demanda cita las siguientes: Artículos 5c., 37.8 del C.P.C., 100 del Decreto 2339 de 1971; 3o. del Decreto 2218 de 1966; 37 Decreto 1403 de 1956; 1o. de la L. 12 de 1975.

La parte demandada, Ministerio de Defensa Nacional, luego de analizar los diferentes pedimentos del actor, expresa que si el Consejo de Estado al revisar la sentencia considera que se debe modificar la sentencia, debe estudiar si le asiste a la parte el derecho al pago de una pensión de invalidez y en tal caso tener en cuenta lo manifestado por la Fiscalía Cuarta, en el sentido de que el señor DIAZ JIMENEZ era un inválido absoluto antes de su fallecimiento y por lo tanto tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) De conformidad con lo preceptuado en el artículo 266 del C.C.A., en armonía con el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, y el reglamento de la Corporación, al Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda–, le corresponde conocer de la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y siguientes de la ley 167 de 1941.

2) Obra en el expediente debidamente reconstruido, copia auténtica de la sentencia cuya revisión se solicita, así como de las pruebas documentales aportadas, los alegatos y conceptos de la Fiscalía, necesarios para tomar la decisión correspondiente.

3) La demanda invoca como fundamento legal para pedir, el Artículo 164 del anterior Código Contencioso Administrativo, con base en la causal 6o. del Artículo 165 de la misma obra, lo cual habrá de examinarse, con el objeto de tomar la decisión que corresponda.

La revisión de reconocimiento, fue consagrada en los artículos 164 y 165 de la ley 167 de 1941, y 30 del Decreto 528 de 1964. Esta acción se estableció con la finalidad específica de que el Consejo de Estado o el correspondiente Tribunal Administrativo, a solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público, revisara la sentencia dictada sobre reconocimiento que impusiera al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica.

En tal sentido fue creada por el legislador, y la jurisprudencia la desarrolló acorde con él, aunque extendió posteriormente sus efectos, para el caso del fallo absolutorio.

Sin embargo, la Sala Plena de la Corporación, mediante sentencia de fecha noviembre 25 de 1991, expediente No. 219, modificó el criterio jurisprudencial relativo a la posibilidad de acudir en ejercicio de esta acción, cuando el fallo es desestimatorio de las pretensiones, pues consideró que dicha acción no tenía vocación para ser ejercitada, cuando la causa de la acción no se fundamentaba en el reconocimiento de una obligación periódica de dinero. Dijo en su parte pertinente, la Corporación en pleno;

“–Según el artículo 164, la revisión procede contra la sentencia “que se hubiere dictado sobre reconocimiento que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero”; vale decir que, en principio, es improcedente respecto a sentencias que se abstengan de hacer reconocimientos, o que haciéndolos, no tengan el carácter de periódicos, como acontece con las indemnizaciones o recompensas que se pagan una sola vez.

– Es un recurso instituido en interés público. De ahí, que según el artículo 164 la revisión proceda “a solicitud de cualquier persona o del

ministerio público”, formulada “en cualquier tiempo” según el artículo 165.

Dados los términos en que la norma está concebida y por tratarse de un recurso de carácter excepcional, la enumeración de los motivos que dan lugar a él, es taxativa; y en consecuencia, ellos deben ser aplicados con carácter restrictivo, no pudiendo el juez crear por vía de interpretación o de jurisprudencia hipótesis de revisión diferentes a las expresamente contempladas en el mencionado artículo 165.

— Al observar los motivos de revisión que consagra esta norma, se concluye que todos ellos están estructurados sobre el hecho de que la sentencia objeto del recurso haya dispuesto un reconocimiento a cargo del tesoro. La única excepción a esta exigencia, es la contenida en el numeral 3, que consagra expresamente la revisión de las sentencias que hayan denegado el reconocimiento, cuando con posterioridad “se recobren piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta”.

— En consecuencia al cumplimiento de tal presupuesto no se sustrae la aplicación de los eventos previstos en el ordinal 6o., incluido el invocado por el actor, que se refiere al caso en que la norma que sirvió de fundamento al *reconocimiento* “fue (sic) mal aplicada o interpretada”.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Plena procede a recoger el criterio que en sentido contrario había expresado en las sentencias atrás mencionadas, proferidas el 18 de septiembre de 1979 y el 19 de septiembre de 1983, y en su lugar adopta el consignado en los términos precedentes.

Teniendo en cuenta la anterior conclusión, la Sala encuentra que no es legalmente procedente acceder a revisar la sentencia objeto del recurso porque, como se anotó, en ella no se hizo reconocimiento alguno a cargo del tesoro público”.

4) Igualmente, la Fiscalía Quinta de la Corporación, en su concepto dentro de esta acción, expresó entre otras cosas lo siguiente:

“En opinión de la Fiscalía, la vía adecuada para obtener el reconocimiento del derecho, no es en este caso la revisión de la sentencia, sino la presentación de una nueva demanda, con las formalidades legales y la cita adecuada de las disposiciones que le sirven de fundamento, teniendo en cuenta de una parte, que el derecho a la pensión no prescribe, y de otra, que no se presenta cosa juzgada material, por cuanto la negativa obedeció a fallas en el aspecto formal de la demanda inicial, sin que se hubiere estudiado lo referente al derecho sustantivo reclamado”.

Por consiguiente, como la parte actora solicita la revisión de la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda y siguiendo la tesis de la Sala Plena, dirá que la acción incoada no procede, en virtud de que la sentencia acusada, no reconoció una asignación periódica a cargo del tesoro público.

5) Sin embargo, debe aclarar la Sala, en un todo de acuerdo con lo expuesto en la vista fiscal, que la actora, ante la imposibilidad de obtener un pronunciamiento de mérito, en ejercicio de la acción revisoria, podrá presentar la correspondiente demanda, en procura de que se decrete a su favor, la pensión de invalidez que pueda asistirle al señor JOSE ANTONIO DIAZ JIMENEZ y la consiguiente sustitución pensional, por tratarse de un derecho imprescriptible.

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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO.— NO SE ACCEDE A REVISAR LA SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1983, PROFERIDA POR LA SECCION SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO EN LA PARTE CONSIDERATIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

SEGUNDO.— En firme esta decisión, archívese el expediente, previas anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Discutido y aprobado en sesión celebrada el cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Jorge Dangon Flórez, Conjuez; Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Ausente; Gaspar Caballero Sierra, Conjuez — Ausente; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE NULIDAD/SUSPENSION PROVISIONAL—Requisitos

Tratándose de la acción de nulidad, como la propuesta, el artículo 152 del C.C.A. exige, de una parte, que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda, o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida y, de otra, que haya manifiesta violación de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos en la solicitud.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6293. Decretos del Gobierno. Actor: Fabio Rogelio Cárdenas Higuera.

1o.— Admítase la demanda.

2o.— Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público y al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y por estado.

3o.— Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4o.— Solicítense los antecedentes administrativos.

Ha solicitado el demandante se suspenda provisionalmente el artículo 74 del decreto reglamentario 1848 de 1969.

Para resolver se considera:

Tratándose de la acción de nulidad, como la propuesta, el artículo 152 del C.C.A. exige, de una parte, que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda, o por escrito separado, presentando antes de que sea admitida y, de otra, que haya manifiesta violación de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos en la solicitud.

En el escrito demandatorio (folio 10), el actor formuló la solicitud y la sustentó afirmando que la norma acusada es violatoria “del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y del decreto extraordinario 3135 de 1968, y demás normas complementarias”. Y como sustentación de su solicitud se circunscribe a afirmar que basta la simple lectura de este decreto “para concluir que la regulación de la pensión en caso de despido injusto, o pensión sanción o restringida de jubilación, es ilegal, por cuanto el artículo impugnado desbordó el marco legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que el decreto extraordinario 3135 no contiene disposición alguna al respecto”.

Al respecto la Sala encuentra que la normatividad legislativa aplicable a los trabajadores oficiales, que es a quienes se refiere la disposición impugnada, no está solamente contenida en el decreto extraordinario 3135 de 1968, cual es la ley que se invoca como contrariada por el aludido artículo 74, sino que este es apenas uno de los ordenamientos jurídicos aplicables a esta clase de empleados oficiales; sabido es, que existen otros estatutos legales, como la ley 6a. de 1945, que rigen sus relaciones de trabajo con el Estado.

Siendo ello así, no le es posible a la Sala, mediante la simple confrontación directa entre el decreto extraordinario y el artículo 74 del decreto 1848 de 1969, determinar la existencia de la manifiesta infracción de las normas superiores por parte de la norma acusada. Pues para determinar si existe o no tal infracción, habría necesidad de entrar a hacer análisis más exhaustivos que la confrontación directa de las dos normas, lo cual es propio del fallo y no de una decisión de carácter excepcional como es la suspensión provisional, que tiene por objeto evitar transitoriamente, la aplicación de un acto que subvierte ostensiblemente el orden jurídico, en grado tal, que llega a afectar su presunción de legalidad.

Por las razones expuestas y teniendo en cuenta, además, que el peticionario no expuso sustento alguno acerca de la eventual violación del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, se dispone:

No se accede a suspender provisionalmente el artículo 74 del decreto reglamentario 1848 de 1969.

SECCION SEGUNDA

Cópiese y notifíquese, como se ordenó.

EJECUTORIADA esta providencia, debe comunicarse.

Aprobado en la Sala del día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/DESVIACION DE PODER/CARGA DE LA PRUEBA

La declaración de insubsistencia es el mecanismo que dispone la administración para el ejercicio de la facultad discrecional de remover a sus agentes cuando no gozan de fuero de estabilidad, la facultad discrecional en estos casos se presume ejercida en aras del buen servicio, y por ende, corresponde a quien la alega, demostrar que hubo desviación de poder.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 2539. Apelación sentencia. Actor: Carmen Alicia Méndez de Solano.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de diciembre 9 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el proceso incoado por CARMEN ALICIA MENDEZ DE SOLANO en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 001000-4573 de mayo 31 de 1985, expedida por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —“TELECOM”—, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Jefe de División II, Código 0350, Categoría “T”, en la Gerencia Regional de Cúcuta, División Financiera Regional.

Como restablecimiento del derecho, la demandante pidió ser reintegrada al empleo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, el pago

de sueldos y prestaciones dejados de percibir y que se consideren sin solución de continuidad sus servicios a la administración; asimismo, que se declare que la demandante tiene derecho al ajuste de las correspondientes condenas, según el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo estatuido en el artículo 178 del C.C.A. (fl. 15, Cdo. Ppal).

El *a-quo*, profirió fallo inhibitorio por inepta demanda, por razón de no haberse especificado la cuantía en forma precisa, "razonada aunque no sea razonable" (fls. 92 a 96 *ibidem*)

En la sustentación del recurso de apelación expresa la recurrente que en el expediente abunda prueba documental sobre el sueldo y los gastos de representación correspondientes al cargo desempeñado por ella y que es la asignación, junto con otros factores, la que determina la competencia del *a-quo* en primera instancia, por lo que resulta procedente que el Consejo de Estado emita fallo de mérito (fls. 99-101)

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado estima que no se configura la excepción de inepta demanda y, por consiguiente, es viable estudiar el fondo del asunto, pero que deben negarse las súplicas de la demanda, por no habérselo configurado la desviación de poder alegada por la parte actora (fls. 122 y 123 *ibidem*).

Sobre el particular señala la agencia del Ministerio Público:

"Se observa, que la parte actora fundamenta su libelo demandatorio y su alegato de segunda instancia aduciendo desviación de poder, limitándose a relatar unos hechos en el que hace ver la "animadversión" por parte del Gerente Regional de Cúcuta con respecto a la demandante: estima la Fiscalía que no se puede asegurar que existe desviación de poder en el acto cuya nulidad se pide basados en hechos de un funcionario que si bien es superior jerárquico del afectado, carece de la facultad nominadora y careciendo de ella no es la persona indicada para removerlo.

En efecto, ello es así, dado que el acto impugnado no lo suscribe el señor Fructuoso Leal Gelvez, Gerente Regional de TELECOM en Cúcuta, sino que emana directamente del Presidente de TELECOM Doctor Juan Sebastián Betancur. En este orden de ideas, no encuentra esta Agencia Fiscal que haya nexo de causalidad entre los hechos alegados por la parte actora y la Resolución que declara insubsistente el nombramiento del mismo en el cargo de Jefe de División II, Código 0350, Categoría "T..; no convencen a la Fiscalía los argumentos dados por la accionante para demostrar "motivos ocultos" que fundamentan el acto acusado" (fls. 122-123).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el presente caso se trata de definir la legalidad de la Resolución No. 001000-4573 de mayo 31 de 1985, por la que el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" declaró insubsistente el nombramiento de la demandante.

La Sala comparte el criterio expresado por el Fiscal Cuarto de la Corporación en cuanto a que la sentencia sea revocada, para proferir, en su lugar, fallo de mérito, tal como se deduce del siguiente planteamiento:

"Sea lo primero anotar que esta Fiscalía discrepa del fallo en virtud del cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander se declaró inhibido para pronunciarse de fondo, ~~por adolecer~~ la demanda de un requisito de forma ... cual es la especificación de la cuantía ... toda vez, que para eventos como el *sub-lite*, basta con saber la última asignación mensual del demandante, que es, según el hecho tercero del libelo inicial, la suma de \$81.948.00 Mda. Cte., cifra que concuerda con la señalada en el acto cuya nulidad se depreca. (fl. 122)

El *a-quo*, como bien lo especifica el recurrente en el escrito de interposición del recurso de apelación, tenía en la demanda y en los documentos que se acompañaron a ella ... detallada la asignación mensual correspondiente al cargo desempeñado por la actora ... y, por lo tanto, no había razón valedera para declararse inhibido con respecto a este punto". (Fl. 122 Cdno. Ppal)

Procede en consecuencia, un pronunciamiento de mérito.

No hay constancia en el proceso de que la demandante gozara de los privilegios que otorga la ley a quienes tienen fuero de estabilidad.

Al contrario, a folio 77 del cuaderno principal aparece una certificación expedida el 19 de mayo de 1986 por el Jefe de la División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil, según la cual la actora no se encontraba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa.

De otra parte, es bien sabido que la declaración de insubsistencia es el mecanismo de que dispone la administración para el ejercicio de la facultad discrecional de remover a sus agentes cuando no gozan de fuero de estabilidad.

Ha dicho la Sala en numerosas ocasiones que la facultad discrecional del nominador en estos casos se presume ejercida en aras del buen servicio y,

SECCION SEGUNDA

por ende, corresponde a quien la alega, demostrar que hubo desviación de poder. También es doctrina de la Sala que, en el supuesto de haberse incurrido en faltas disciplinarias, subsiste aquella facultad discrecional, que es independiente de la función correccional tendiente a la imposición de una sanción disciplinaria.

Acoge la Sala, por lo tanto, el siguiente planteamiento de la vista Fiscal:

“La supuesta falta disciplinaria en que pudo incurrir la actora, apunta hacia el mensaje telegráfico obrante al folio siete y oficio obrante al folio nueve. En efecto el primero dirigido a Juan Sebastián Betancur, presidente de Telecom, contiene queja de la actora contra el gerente regional de Telecom en Cúcuta, ingeniero Fructuoso Leal y el segundo queja directamente dirigida contra este último.

Por lo tanto la aparente relación de causalidad entre las circunstancias antes anotadas y la resolución No. 001000-4573 del 31 de mayo de 1985, que declara la insubsistencia de Carmen Alicia Méndez de Solano, en el cargo de Jefe de División II de la empresa Telecom de esta ciudad, se retrotrae a la consideración subjetiva de la demandante de haber generado con los mensajes descritos falta disciplinaria que ameritaba por lo tanto el debido proceso antes de declarársele su insubsistencia.

Nos referimos al aspecto subjetivo, toda vez que el debate probatorio no evidenció ni persecución funcional por parte del gerente regional, ni mucho menos faltas disciplinarias cometidas por la actora, desechando que las quejas, contra su inmediato superior pudieran constituir las” (fls. 89-90)

Carece de soporte probatorio en el proceso la persecución de que dice haber sido víctima la demandante por parte de su jefe inmediato, como también los compromisos políticos que pudieron haber sido razón del retiro del servicio, según se afirma en la demanda.

De otro lado, ha reiterado la Corporación que el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de funcionario de libre nombramiento y remoción, no requiere ser notificado ni contra él cabe interponer recursos, como lo pretende la parte demandante en escrito que obra a folios 84 a 87 *ibidem*, pues tal acto se expide en ejercicio de la facultad discrecional, para lo cual no hace falta previa actuación administrativa.

También se alega en el *sub-lite* abuso o desviación de poder, que se configura cuando la autoridad hace uso de una atribución legal con fines distintos de los previstos en la norma que la confiere. Es claro que la desviación debe tener definido respaldo probatorio para llevar al juzgador la

certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para expedir el acto enjuiciado no son aquellos que la ley señala.

Tampoco se da la alegada falsa motivación, pues la Resolución censurada no trae ninguna.

En estas condiciones, no habiéndose probado las imputaciones hechas al acto enjuiciado, sigue en pie la presunción de legalidad que lo ampara, por lo que habrá de revocarse la sentencia inhibitoria y, en su lugar, denegarse las pretensiones del libelo.

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 autoirdad de la Ley,

FALLA:

1o.- REVOCASE la sentencia de diciembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el proceso instaurado por la señora CARMEN ALICIA MENDEZ DE SOLANO.

En su lugar, se dispone:

2o.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

3o.- Reconócese al Doctor ARMINIO PIÑERES GRIMALDI como apoderado sustituto del Doctor EDGAR GONZALEZ LOPEZ, quien venía actuando en representación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM" (fl. 121), en los términos y para los efectos del poder visible a folio 129.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Guillermo López Guerra, Conjuez.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DESVIACION DE PODER—Concepto/CARGA DE LA PRUEBA

La desviación de poder se produce cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes; consiste en que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para expedir un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, la ejerce no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto. Quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.

TRATADOS INTERNACIONALES— Vigencia

No basta para la aplicación en nuestro país que los tratados internacionales se encuentren aprobados por una ley del Congreso de la República. Se requiere, además, que ellos hayan entrado en vigor para Colombia luego de haberse efectuado el respectivo depósito o canje de los instrumentos de ratificación según se trate de instrumentos multinacionales o bilaterales, todo lo cual se acredita mediante constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, expedida con base en lo que aparezca en sus registros.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4455. Autoridades Departamentales. Actor: José Ramírez Gutiérrez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de junio 9 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso incoado por Raúl José Ramírez Gutiérrez, en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 1058 de octubre 15 de 1986, expedida por el Contralor General del Departamento del Tolima, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Jefe de División Nivel Ejecutivo grado 6 de la División de Visitas e Investigaciones Fiscales, y se designó su reemplazo (fl. 2 cdno. ppal.); y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al mismo, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, la no solución de continuidad en sus servicios, con sus aumentos e incrementos, intereses compensatorios y moratorios en moneda actualizada. (fls. 6 y 7 *ibidem*)

En la adición de la demanda (fl. 33 *ibidem*), la parte actora añade a las pretensiones anteriores, las siguientes:

“QUINTA.— Que de conformidad con lo previsto por el artículo 235 del Decreto-Ley 1222 de 1986, se declare por el Tribunal que las violaciones de la ley imputables al autor principal de los actos impugnados, el doctor *GABRIEL KING RODRIGUEZ*, Contralor General del Departamento, tanto en que se refiere en la remoción de mi mandante, como en la designación de su sustituto, son manifiestas y ostensibles, como habrá de consignarse en la respectiva decisión judicial.—

SEXTA.— Que para hacer efectiva la responsabilidad conexas de que tratan los artículos 77 y 78 del C.C.A., se condene al doctor *GABRIEL KING RODRIGUEZ*, como funcionario que profirió contra derecho los actos impugnados, a pagar en su totalidad a la entidad o entidades demandadas todos los perjuicios que se les hubiere ocasionado, que son los mismos que aquellas deberán indemnizar al actor, con intereses compensatorios y moratorios y ajustes de valor, de acuerdo con las pretensiones de la demanda inicial y que ahora se reiteran expesamente.—

SEPTIMA.— Que en todo caso se declare que la entidad territorial denominada *DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – (Contraloría General)*, está en el deber de repetir contra la persona natural del doctor *GABRIEL KING RODRIGUEZ*, por todo lo que le correspondiere, una vez que satisfaga al demandante, en forma completa, el valor de las pretensiones económicas reclamadas.—” (folio 33 *ibidem*)

El *a-quo* denegó las súplicas de la demanda, previa declaración de que no había lugar a que prosperara la excepción consistente en la falta de legitimidad pasiva en la causa, por cuanto lo ajustado a derecho es la admisión del libelo contra el Departamento del Tolima y no contra la Contraloría que carece de capacidad para ser parte.

En el caso *sub-lite*, el Tribunal Administrativo del Tolima manifestó, respecto a la regulación interna de la Contraloría por omitirse los pasos relativos al nombramiento de funcionarios, en lo atinente a quien reemplazo al actor, que el cargo formulado en el libelo no prospera, pues no se dio cumplimiento a la obligación de aportar la prueba de la disposición jurídica de alcance no nacional, en la forma en que lo ordenan el artículo 141 del C.C.A. y el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil; que no obstante lo anterior, su aplicación dependería del establecimiento de la carrera administrativa en el nivel departamental de la administración por mandato de la ley, y ésta facultara a la Contraloría del Departamento del Tolima para regularla; que en lo referente a la violación de la ley 74 de 1968, mediante la cual se incorporaron a la legislación nacional los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, los de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, hay que entender que estas leyes deben ajustarse a la Constitución Política, respetando su ordenamiento, ya que a la Carta debe dársele aplicación preferencial, según su artículo 215; que en cuanto a la afirmación de que el verdadero motivo del acto fue la destitución del actor, el Tribunal precisa que cuando se habla de esta figura necesariamente tiene que estar vinculada con la existencia de una falta disciplinaria, y que no existe prueba alguna en el proceso que indique que así ocurrió; que si la destitución se predica por el hecho de que el demandante pertenece a un determinado grupo o partido político, eso ya tiene que ver con la desviación de poder, que constituye una causal de anulación del acto administrativo; que si se acredita en un proceso que se actuó por motivos exclusivamente políticos, religiosos o por favorecer a terceros, el acto debe desaparecer del ordenamiento jurídico, porque está afectado de desviación de poder; que examinada en conjunto la prueba testimonial, aunque quedó demostrado que hubo pactos políticos, no puede sostenerse enfáticamente que como consecuencia de ello el Contralor se vio obligado a declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, o que fue su exclusiva voluntad favorecer a un miembro o grupo político; que quienes declararon sobre el particular son personas de actividad política, que en su mayoría pertenecen a un sector del conservatismo que resultan afectados por tales pactos, circunstancia que le resta credibilidad a sus dichos.

Concluye así el *a-quo* la parte considerativa del fallo recurrido:

“Sobre las certificaciones que se aportaron una suscrita por el mismo demandante como Jefe de la División de Visitas e Investigaciones Fiscales y otra del subcontralor, en primer lugar estas no tienen la calidad de documentos públicos porque así hayan sido suscritas por funcionario público no lo hicieron en ejercicio de las atribuciones propias de su cargo y por lo tanto las versiones para poder ser apreciadas probatoriamente debieron haberse recibido con las formalidades del testimonio, y tratándose de parte con las de la confesión siempre y cuando se den

los elementos que la estructuran. Pero el hecho de que el empleado suscriba una constancia no por resto hay que tenerla como documento público porque hay que examinar su contenido y establecer si son de aquellas autorizadas por el artículo 262 del C. de P.C. y la ley no ha facultado éstas personas para proceder en ese sentido.

V. Se formula el ataque al acto de insubsistencia también porque fue reemplazado el demandante por quien tenía un status de pensionado pero sobre este punto la norma violada indicada por el actor es el artículo 162 del Decreto Extraordinario 783 de 1983 proferido por el Gobernador del Departamento en ejercicio de las facultades otorgadas por la Asamblea Departamental y esta norma en efecto prohíbe reintegrar al servicio a la persona retirada por derecho a pensión.

Insistente se ha sido en el Tribunal sobre la no aplicación del Decreto en mención en aquellos aspectos que rifen con principios constitucionales y en el caso del acceso al servicio público sabido es que por mandato de la Carta Política es atribución exclusiva de la ley el establecer los antecedentes para el desempeño de los empleos según así lo señalan los artículos 62 y 76-10. Por tal razón no puede predicarse la inobservancia de esa norma cuando es prohibida su aplicación y tampoco se ha señalado ley alguna que contenga esa prohibición a que alude el demandante". (fls. 354 y 355 ibídem)

Por su parte el demandante, en el escrito de sustentación del recurso de apelación (fls. 373 a 376 ibídem), expone las razones de inconformidad con la sentencia del Tribunal del conocimiento, expresando que se permite transcribir lo dicho por el doctor Josué Grisales Jaramillo, en su proceso (radicación 3960) mediante escrito que lamentablemente se presentó fuera de término, en atención a que el fallo que afectó al actor fue "cortado con la misma tijera" y que "tanto es así que en éste se menciona al ejemplarizado".

Finaliza la parte actora en el escrito del recurso de apelación, comentando lo siguiente:

"Qué más podía hacer la parte demandante, sino pedir que la entidad depositaria del original de un acto administrativo —ley de alcance no nacional— lo remita instancias del Tribunal, para que obrara como prueba?".

Aquí la falla es del Tribunal y no de la parte demandante.— (Inobservancia de los preceptos contenidos en los artículos 114 y 120 del C.C.A.)

Y con respecto de la ineficacia de este cargo, presento en siete (7) folios, un estudio sobre la validez de los actos administrativos no anu-

lados ni suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el cual no ha tenido la aceptación del Honorable Tribunal Administrativo del Tolima.—” (fl. 376)

En concepto de febrero 16 de 1990 (fls. 379 a 383 *ibidem*), la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada, con base en los siguientes argumentos:

“En cuanto a los soportes motivos de la sentencia apelada, esta Agencia Fiscal comparte algunos y se aparta de otros. En este orden de ideas y con relación al punto I) se precisa que, habiendo sido solicitada, la Resolución reglamentaria 1044 de junio 1o. de 1977 por el apoderado de la entidad demandada (fl. 55), como prueba, y habiendo sido decretada, mediante providencia del 13 de julio de 1987, su remisión al proceso, no cumpliendo la Contraloría General del Tolima tal mandamiento, se ha debido proceder al requerimiento a tal entidad, a fin de que se acercara al informativo la documental aludida.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la violación del artículo único de la ley 74 de 1968, por la que se incorporó a la legislación nacional los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, los de derechos civiles y políticos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, resulta procedente anotar, que dichas disposiciones consagran no solamente los derechos civiles de que goza el empleado que en un momento determinado desempeña un cargo, sino también de los que goza la persona que puede entrar a reemplazarlo. Por lo demás se estima que estos acuerdos en ningún momento interrumpen, ni pueden interrumpir, la facultad discrecional de que goza el nominador para nombrar y remover libremente a empleados que, como el actor, no están amparados por fuero alguno que les ofrezca relativa estabilidad en sus cargos.

Por último y dada la circunstancia de que durante todo el proceso el apoderado de la parte actora se centra en alegar que la desvinculación del señor Raúl José Ramírez Gutiérrez obedeció a su filiación política “CONSERVADOR ANGULISTA y que sobre este punto gira casi toda la recopilación de pruebas, será necesario poner de relieve que ha sido abundante la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, particularmente de la Sección Segunda, en el sentido de considerar que la circunstancia de que una persona sea conservadora o liberal, que es el aspecto en que se concreta el ataque, no puede tomarse como causal que pueda enervar la facultad discrecional que tiene el nominador para nombrar y desvincular del servicio a empleados que, se reitera, como el actor, no están amparados por una carrera, período o cualquier fuero que les ofrezca estabilidad relativa en sus cargos.” (fls. 382 y 383 *ib.*).

Admitido el recurso de apelación por auto de noviembre 9 de 1989 (fl. 377 *ibídem*), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como ya se dijo, el escrito introductorio impugna la resolución No. 1058 de octubre 15 de 1986, proferida por el Contralor General del Departamento del Tolima, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el empleo de Jefe de División Nivel Ejecutivo grado 6 de la División de Visitas e Investigaciones Fiscales y se designó su reemplazo.

Ahora bien, Raúl José Ramírez Gutiérrez era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción. No estaba escalafonado en la carrera, no gozaba de período fijo, no tenía fuero alguno de estabilidad, ya que no consta en el proceso que el demandante estuviera amparado por la carrera administrativa.

Por tal circunstancia, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia, es decir, de la manera como se llevó a cabo en el caso *sub-judice*.

Como lo ha manifestado la Corporación en numerosas oportunidades, cuando se trata de una decisión de esta naturaleza, se presume que ella se realizó en procura del buen servicio y de conformidad con la facultad discrecional que tiene la administración para disponer de los cargos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

El principal cargo que se formula en el libelo contra la resolución acusada, se encamina a sostener que en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor hubo desviación de poder, pues según se sostiene existieron móviles políticos que influyeron en el retiro del servicio del señor Ramírez Gutiérrez.

La desviación de poder se produce cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes; consiste en que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para expedir un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, la ejerce no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; y ello no ha ocurrido en el caso *sub-exámine*, como lo señala el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo apelado, en los siguientes términos:

“Examinando en conjunto la prueba testifical queda demostrado que hubo pactos políticos entre los grupos referidos por esos declarantes pero no por esto puede sostenerse enfáticamente que como fruto de tales acuerdos el señor Contralor se vio obligado a declarar la insubsistencia del demandante o que fue su exclusiva voluntad favorecer a un grupo o miembro de algún grupo político afectando al empleado que ocupaba el respectivo cargo.

No debe olvidarse que cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la exclusiva voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente determinada la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. Si se quería tomar estos acuerdos políticos como un indicio de la verdadera voluntad del señor Contralor además de demostrarse ese hecho débese cumplir también la inferencia lógica entre el hecho investigado y el que es constitutivo de tal indicio y en este caso hubiera sido más afortunada la demanda si en el proceso hubiesen quedado demostradas todas esas circunstancias de tiempo en que ocurrieron las insubsistencias masivas de que hablan los declarantes y que a su vez los cargos fueron ocupados por personas de un sector o partido político opuesto, así como la intervención del Contralor y su compromiso en esos acuerdos de que tanto se ha hablado.” (fl. 353 cdno. ppal.).

Analizado por la Sala el acervo probatorio traído al proceso, considera que en el caso *sub-judice* no está demostrado fehacientemente, que hayan sido móviles políticos los que llevaron a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Raúl José Ramírez Gutiérrez por el Contralor General del Departamento del Tolima. No logró la parte demandante llevar al juez administrativo la absoluta certeza de que fueron realmente consideraciones políticas las que llevaron al Contralor a tomar la decisión de retirar del servicio al actor, así se pueda inferir la existencia de pactos políticos entre voceros de los partidos liberal y conservador del mencionado departamento, con exclusión de un grupo político perteneciente a este último partido, pacto que implicó la reelección del funcionario que declaró la insubsistencia, según se deduce de lo afirmado por Roberto Hernández (fls. 244 a 246 cdno. ppal.), Marco T. Padilla Guzmán (fls. 249 y 250 *ibídem*), Héctor Dechener Borero (fls. 251 y 252 *ibídem*), Ruperto Núñez (fls. 260 y 261 *ibídem*), Bernardo Peláez (fls. 266 y 266 vuelto *ibídem*), Guillermo Angulo Gómez (fls. 273 y 274 *ibídem*), Jaime Alberto Guzmán P. (fls. 276 y 277 *ibídem*) y Gustavo Cortés L. (fls. 282 y 283 *ibídem*); acuerdos políticos, que a su vez desconocen Alfonso Uribe Badillo (fl. 243 *ibídem*), Carol Rojas Tovar (fl. 247 *ibídem*), Ricardo Ramírez Osorio (fl. 248 *ibídem*) y Germán Huertas Combariza (fl. 253 *ibídem*).

Además, para la Sala no pasa desapercibido que se ve disminuida la credibilidad de lo dicho por quienes sostienen la existencia de tales pactos políticos, si se tiene en cuenta que hacen parte del grupo que fue excluido de los acuerdos celebrados entre representantes de los partidos liberal y conservador, a que se ha hecho referencia.

De otra parte, acierta igualmente el Tribunal del conocimiento en sus consideraciones sobre las certificaciones aportadas al proceso a que alude a folio 354 su providencia.

De otro lado, en cuanto a la violación de la ley 74 de 1968, aprobatoria de los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”, como lo ha dicho la Sala, no basta para la aplicación en nuestro país que los tratados internacionales se encuentren aprobados por una ley del Congreso de la República. Se requiere, además, que ellos hayan entrado en vigor para Colombia luego de haberse efectuado el respectivo depósito o canje de los instrumentos de ratificación según se trate de instrumentos multilaterales o bilaterales, todo lo cual se acredita mediante constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, expedida con base en lo que aparezca en sus registros.

Como tal vigencia no se ha acreditado, no es del caso entrar a analizar si se presenta o no violación de los pactos invocados.

Respecto a la alegada violación de disposiciones internas de la Contraloría del Departamento del Tolima a que se alude en la demanda (fl. 16 y 17 *ibídem*), es de anotar que los preceptos presuntamente transgredidos por la resolución enjuiciada, regulan materias que de acuerdo con el ordenamiento constitucional entonces vigente, estaban reservadas al legislador; y sólo podría ser objeto de anulación el acto demandado, en la medida en que violara la ley. Y es claro que una resolución de un contralor no es ley, ni formal ni materialmente.

Finalmente se anota, que la limpia hoja de servicios y la suficiente experiencia administrativa con que según el libelo contaba el actor, (fl. 15 *ibídem*), no resultan suficientes para enervar la facultad discrecional del nominador.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 9 de junio de 1989, en el proceso promovido por RAUL JOSE RAMIREZ GUTIERREZ.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/COMPETENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO
-Término/DERECHO DE DEFENSA

La incompetencia del funcionario investigador no está probada. Debe tenerse en cuenta que no se estaba investigando al Director, sino a su subalterno y el artículo 7o. de la Ley 13 de 1984 faculta al jefe del organismo para señalar la persona que debe adelantar la investigación disciplinaria. El parágrafo 2o. del artículo 23 del Decreto 482 de 1985 dispone que en los casos de suspensión provisional del empleado el término para culminar la investigación disciplinaria no podrá exceder de sesenta días. Pero cabe observar que en el disciplinario seguido contra el accionante la investigación estuvo suspendida entre la fecha de la presentación de la recusación, hasta la expedición del decreto que la resolvió, lo que indica que el proceso disciplinario se suspendió por un término de casi dos meses, mientras se resolvía la recusación y en tal virtud, la tardanza en su culminación es explicable. Para la Sala el incumplimiento de los términos procesales no vician la legalidad de la decisión, lo esencial es que se cumplan las etapas procesales y se de al investigador la garantía del derecho de defensa.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 3564. Autoridades Nacionales: Actor: Carlos Luis Dávila Rosas.

SECCION SEGUNDA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público y la parte demandada contra la sentencia proferida en primera instancia en este proceso.

Carlos Luis Dávila Rosas, por medio de apoderado, pidió al Tribunal Administrativo de Norte de Santander que hiciera las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“PETICIONES PRINCIPALES”

“Primera.— Que son nulas en toda su integridad las resoluciones Nos. 337 y 805 de 1986, expedidas por el Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional de Transporte, por medio de las cuales, respectivamente, ‘se impone una sanción disciplinaria’ y ‘se decide un recurso de reposición’.

Segunda.— Que se ordene al Instituto Nacional del Transporte el reintegro inmediato de Carlos Luis Dávila Rosas al cargo de Director Regional del INTRA en el Norte de Santander.

Tercera.— Que se condene al Instituto Nacional del Transporte a pagar al demandante todos los sueldos, gastos de representación, primas, bonificaciones y demás emolumentos constitutivos de salarios, así como las correspondientes prestaciones sociales, desde el 8 de abril de 1986, día de su desvinculación del INTRA, hasta aquel otro día en que efectivamente sea reincorporado al Instituto Nacional del Transporte en cumplimiento de la sentencia.

Cuarta.— Que se condene al Instituto Nacional del Transporte a tener como efectivamente prestados a su servicio, para todos los efectos legales, el tiempo comprendido entre el 8 de abril de 1986 y la fecha en que efectivamente sea reintegrado al servicio público en el INTRA el señor Carlos Luis Dávila Rosas.

Secta.— (sic). Que se ordene al Instituto Nacional del Transporte el dar cumplimiento a la sentencia en el término de treinta (30) días”. (fls. 203)

“PETICIONES SUBSIDIARIAS”

“En el supuesto de que las anteriores peticiones principales no prosperaran, respetuosamente pido al H. Tribunal que acoja las siguientes solicitudes subsidiarias:

Primera.— Que se declare que la resolución No. 337 de 1986, proferida por el Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional del Transporte,

‘por la cual se impone una sanción disciplinaria’ *carece de fuerza ejecutoria* hasta tanto no haya quedado ejecutoriada la resolución No. 0805 de 1986, emanada del Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional del Transporte, por la cual se decide sobre el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 337 de 1986.

Segunda.— Que se declare que la resolución No. 0805 de 1986, proferida por el Director General del Instituto Nacional del Transporte *Ad-Hoc*, ‘por la cual se decide un recurso de reposición’ *carece de fuerza ejecutoria* por no haber sido notificada al interesado el señor Carlos Luis Dávila Rosas en la forma prevenida en la ley y que sólo adquirirá esta fuerza ejecutoria una vez quede en firme, lo cual supone la previa y debida notificación personal o la subsidiaria por EDICTO.

Tercera.— Que a consecuencia de la declaración pedida en relación con las resoluciones Nos. 337 y 0805 de 1986, proferidas por el Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional del Transporte, se condene al Instituto Nacional del Transporte a pagar al señor Carlos Luis Dávila Rosas los sueldos, gastos de representación, primas, bonificaciones y demás emolumentos que constituyan salarios, así como las prestaciones sociales, desde el día ocho de abril de 1986, fecha de su desvinculación del INTRA, hasta aquella otra fecha en que las resoluciones Nos. 337 y 0805 de 1986, proferidas por el Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional del Transporte, queden en firme.

Cuarta.— Que se condene al Instituto Nacional del Transporte como efectivamente prestados a su servicio, para todos los efectos legales, el tiempo comprendido entre el día ocho de abril de 1986 y la fecha en que las resoluciones Nos. 337 y 0805 de 1986, proferidas por el Director General *Ad-Hoc* del Instituto Nacional del Transporte, queden en firme, tiempo servido por el señor Carlos Luis Dávila Rosas como Director Regional del INTRA en el Norte de Santander.

Quinta.— Que se condene al Instituto Nacional del Transporte a pagar al señor Carlos Luis Dávila los perjuicios materiales ocasionados con la aplicación de las resoluciones Nos. 337 y 0805 de 1986, emanadas del Director General *Ad-Hoc* del INTRA, sin que estas hubiesen quedado en firme, perjuicios que se estiman en la suma de cuatro millones de pesos.

Sexta.— Que se condene al Instituto Nacional del Transporte a pagar al señor Carlos Luis Dávila Rosas los perjuicios morales ocasionados con la aplicación de las sanciones contenidas en las resoluciones Nos. 337 y 0805 de 1986, emanadas del Director General *Ad-Hoc* del INTRA, sin que estas hubiesen quedado en firme, perjuicios que se estiman en el valor de dos mil gramos oro.

Septima.— Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia por el Instituto Nacional del Transporte en el término de treinta (30) días, conforme lo estatuye el artículo 176 del C.C.A.” (Fls. 3-4)

El Tribunal del conocimiento en el fallo apelado, accedió a las súplicas de la demanda y negó la excepción de indebida acumulación de pretensiones formulada por el apoderado de la parte demandada. (Fls. 85-98)

El Fiscal del Tribunal recurrió el fallo por considerar que es un despropósito confundir la investigación seguida contra el actor en la cual se garantizó a éste el debido proceso con la imaginaria falta disciplinaria del Director Nacional del INTRA; que no se trataba de investigar a éste sino de que el accionante probrara las injurias y calumnias lanzadas contra el Director, lo que no ocurrió y por ello no se desvirtuó la legalidad de los actos acusados.

También apeló la parte demandada, aduciendo que el *a-quo* llegó a la conclusión absurda de que no es el demandante quien tiene que demostrar la ilicitud de la decisión, sino la administración quien tiene que probar la legalidad del acto; que aceptó el Tribunal las afirmaciones del demandante sin que hubiesen sido aprobados y que su apreciación de que la competencia para adelantar la investigación era de la Procuraduría General de la Nación es equivocada, pues se trataba de investigar a un subalterno, no al Director de la Entidad.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo opina que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, de lo que se desprende que la sentencia apelada debe revocarse. (Fls. 113-118).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El Tribunal fundamentó su decisión favorable a las pretensiones de la demanda en tres aspectos: la incompetencia del funcionario investigador, la extemporaneidad de la decisión y el no haberse probado la infracción disciplinaria.

Consideró en primer término el *a-quo*, la incompetencia del funcionario investigador “por cuanto era subalterno del Director General del INTRA, cuya conducta ha debido ser averiguada” (fl. 96) lo que en sentir del Tribunal violó el principio de “imparcialidad” previsto en el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo.

Dio origen a la investigación disciplinaria, las declaraciones que el demandante concedió “a la prensa hablada y escrita con las cuales presuntamente compromete el buen nombre y la imparcialidad de la Dirección General del INTRA”, según se expresó en la Resolución No. 1843 de octubre 11 de 1985 que ordenó abrir la investigación (fl. 3 cuaderno 2)

Para la Sala la incompetencia del funcionario investigador no está probada. Debe tenerse en cuenta que no se estaba investigando al Director, sino al Director Regional del Norte de Santander, su subalterno y el artículo 7o. de la ley 13 de 1984 faculta al Jefe del organismo para señalar la persona que deba adelantar la investigación disciplinaria. Por otra parte, tampoco se investigaba las presiones que el Regional afirmaba había recibido del Director sino las declaraciones periódicas que este último dio en contra del Director General de la entidad.

Por otra parte se observa que el Procurador Regional en mensaje dirigido al Director General del INTRA, le informa que mediante providencias de noviembre 28 de 1985 decidió que la entidad continuara con la investigación contra el demandante (Fl. 190 cuaderno 2), lo que indica que ese organismo de control no encontró irregularidad alguna respecto a que el proceso disciplinario se adelantara directamente por la entidad.

Después de haber respondido en noviembre 6 de 1985 (Fl. 79 cuaderno 2) los cargos que le fueron formulados, el inculcado recusó al Director General del Intra y al investigador designado por éste para adelantar la investigación (fl. 113 cuaderno 2) por haber formulado contra ellos denuncia penal, y el Presidente de la República por decreto 35 de enero 9 de 1986 designó al Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia “para que asuma y lleve hasta su culminación del proceso seguido al doctor Carlos Luis Dávila Rosas, Director Regional del Instituto Nacional del Transporte INTRA en el departamento de Norte de Santander” (fls. 194-295 cuaderno 2). El funcionario designado para tal efecto, al asumir sus funciones, lo primero que hizo fue retirar de la investigación a la persona que igualmente había sido recusada (fl. 197 cuaderno 2) y designar otra para que continuara la investigación (fl. 198); el nuevo investigador rindió el informe evaluativo del proceso disciplinario en el que solicita la destitución del inculcado (fls. 200-203 cuaderno 2) y la comisión de personal de la entidad incluyendo el representante de los empleados, acogió por unanimidad, la recomendación del investigador de sancionarlo con la destitución del cargo (fls. 219-220 cuaderno 2) y como culminación de todo este procedimiento, el Director General *Ad-Hoc* del Intra produjo los actos aquí enjuiciados.

Por lo tanto, tampoco se acreditó procesalmente que se hubiera violado el principio de “imparcialidad”, en la investigación adelantada contra el demandante; ésta es como lo dicen los apelantes una simple afirmación del *a-quo* que no tiene respaldo en ningún elemento de prueba idóneo allegado al proceso.

SECCION SEGUNDA

En segundo lugar, se precisa determinar si realmente hubo, como se afirma en el fallo recurrido "Incompetencia por razón del tiempo, en cuanto la decisión se produjo mucho tiempo después de haberse vencido el término para adelantarla". (Fl. 96 cuaderno principal)

Es cierto que el parágrafo 2o. del artículo 23 del Decreto 482 de 1985 dispone que en los casos de suspensión provisional del empleado el término para culminar la investigación disciplinaria no podrá exceder de sesenta días. Pero cabe observar que en el disciplinario seguido contra el accionante la investigación estuvo suspendida entre la fecha de la presentación de la recusación, noviembre 14 de 1985 (fl. 113 cuaderno 2) hasta la expedición del decreto que la resolvió, enero 9 de 1986 (fl. 195 cuaderno 2) lo que indica que el proceso disciplinario se suspendió por un término de casi dos meses, mientras se resolvía la recusación y en tal virtud, la tardanza en su culminación es explicable.

Por lo demás, para la Sala el incumplimiento de los términos procesales no vician la legalidad de la decisión; lo esencial es que se cumplan las etapas procesales y se dé al investigado la garantía plena del derecho de defensa, como aconteció en el *sub-lite*, toda vez que al inculpado se le formularon cargos como presunto infractor de la falta tipificada en el numeral 33, artículo 15 de la ley 13 de 1984, o sea, la de "injuriar o calumniar a superiores o compañeros en su trabajo" (fl. 65 cuaderno 2), se practicaron las pruebas solicitadas en sus descargos (fls. 76-78 cuaderno 2), se atendió a la recusación por él formulada o sea que es fácil inferir que el proceso investigativo que culminó con la sanción se adelantó con lleno de los requisitos de ley.

Adicionalmente a lo anterior se observa que ninguna prueba se aportó al proceso sobre la veracidad de las imputaciones que el sancionado hizo en su carta de renuncia cuya difusión originó la investigación disciplinaria y que las deficiencias en la notificación de la Resolución 0805 de abril 3 de 1986 que resolvió el recurso de reposición formulado contra la que impuso la sanción, no inciden en su validez sino en su eficacia y por ello no es, atendible el cargo de nulidad de la sanción por este concepto.

De lo razonado, la Sala considera que no habiéndose demostrado la incompetencia del funcionario investigador ni la violación del principio de imparcialidad en el proceso disciplinario adelantado contra el accionante, y tampoco la inexistencia de la infracción sancionada, supuestos en los que se basan las pretensiones de la demanda, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar, se denegarán las pretensiones del accionante.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia de seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en este proceso y en su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO/NECESIDADES DEL SERVICIO

El artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 permite los traslados, "Siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado", esas condiciones son las objetivas y no las subjetivas, es decir, que el traslado no puede implicar desmejora en el cargo, remuneración y demás beneficios que disfruta el empleado en razón del cargo; pero los aspectos personales como serían los inconvenientes que implican el cambio de residencia de un lugar a otro de trabajo, no pueden tenerse en cuenta, toda vez que si se aceptaran, la administración no podría efectuar traslados, pues por lo general toda persona tiene una serie de compromisos de índole familiar, personal y de todo orden que en la práctica harían aplicable la figura del traslado. El concepto de necesidad del servicio confiere a la administración a los intereses particulares.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1.527. Autoridades Nacionales. Actor: Herminda López Peralta.

En ejercicio la acción de plena jurisdicción prevista en el artículo 67 de la ley 167 de 1941, antiguo Código Contencioso Administrativo, Herminda López Peralta, por medio de apoderado en demanda presentada en la Secretaría de la Sección el 16 de diciembre de 1983 (fl. 5) solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Es nula la resolución No. 4432 del 13 de septiembre de 1983, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", por medio de la cual se ordenó el traslado de la señora Herminda López Peralta al Area de Casanare, en Yopal, en el programa Asesoría Jurídica".

"2. Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. 12874 del 6 de octubre de 1983, suscrito por el señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) que resolvió negativamente el recurso de reposición instaurado contra la resolución mencionada en el punto anterior".

"3. Es nula la resolución No. 4859 del 6 de octubre de 1983, expedida por el funcionario antes mencionado, en virtud de la cual se modificó la resolución 4432 de septiembre 13 de 1983" en el sentido de que el Programa es Dirección Regional, y trabajo específico es de Secretaría Sección".

"4. Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. 15178 del 23 de noviembre de 1983, en cuanto le concede a la señora Herminda López Peralta plazo hasta el 1o. de diciembre de 1983, para que asuma las funciones propias de su cargo en la nueva sede".

"5. A título de restablecimiento del derecho lesionado condénase al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" a reinstalar a la señora Herminda López Peralta, en el cargo de Secretario 10, Secretaría de Sección, Programa Asistencia Técnica Crédito Supervisado, proyecto Meta, en la ciudad de Villavicencio" (Fl. 2)

Expedido el Decreto 01 de 1984, antes de que se admitiera la demanda, la actora en atención a lo ordenado por la Sala Unitaria adecuó su pretensión al nuevo Código Contencioso Administrativo, en demanda presentada en la Secretaría el 27 de noviembre de 1984 (fl. 10 vto.)

Destruído el expediente en los acontecimientos del Palacio de Justicia, la actora por medio de apoderado, solicitó su reconstrucción, (fls. 12-13) la que se declaró de acuerdo a lo previsto en el Decreto 3825 de 1985, por auto de 27 de enero de 1987 (fls. 27-28). La entidad demandada propuso las excepciones de caducidad de la acción, inepta demanda y falta de competencia y en subsidio pide se denieguen las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo, respecto a la excepción de caducidad propuesta dice:

"Al respecto resulta pertinente anotar que el término de cuatro (4) meses previsto en el artículo 136 del nuevo Código Contencioso Administrativo (83 del antiguo) empezaba a correr a partir de la fecha de comuni-

SECCION SEGUNDA

cación del oficio No. 15178 del 23 de noviembre de 1983, término que no podía vencer antes del 16 de diciembre de 1983, fecha en que fue presentada inicialmente la demanda (fl. 5 C.P.). Otra cosa era que al libelista se le hubiera ordenado adecuar su demanda a las normas del nuevo C.C.A., circunstancia que en modo alguno puede tomarse como no interruptiva del término de caducidad referido". (Fls. 123-124)

Tampoco estima procedente las excepciones de inepta demanda y falta de competencia, porque en su opinión el acto de traslado acusado no constituye una unidad inescindible con la declaración de vacancia del cargo y por ello encontramos que hizo bien el actor al demandar independientemente los actos administrativos a que se ha hecho alusión" y porque la competencia del Consejo tiene respaldo en el artículo 30 del Decreto 528 de 1964 norma vigente al momento de presentarse el libelo inicial. En relación con el aspecto de fondo, la Señora Fiscal dijo:

"Con base en las anteriores consideraciones, se tiene que el INCORA trasladó a su empleada por necesidades del servicio, pues, no se logró demostrar finalidad diferente, permaneciendo por ello los actos atacados incólumes en la presunción de legalidad que los cobija, por lo que solicitamos al H. Consejo de Estado proferir decisión negando las súplicas de la demanda".

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En la segunda demanda en el capítulo denominado OBSERVACION, el accionante afirmó:

"Por razones muy discutibles y que no son del caso comentar se ordenó la DEVOLUCION de la demanda que inicialmente se presentó. La providencia definitiva de la Sala de Decisión que confirmó el auto del Magistrado Ponente Dr. Joaquín Vanín Tello, sobre el particular, fue notificada el día 9 de noviembre del presente año (1984). Teniendo en cuenta que el acto administrativo que ordenó el traslado de la demandante le fue comunicado el 26 de septiembre de 1983, que la demanda se presentó el 16 de diciembre de 1983, esto es, cuando aún faltaba un (1) mes y nueve (9) días para que se produjera la caducidad de la acción y lo advertido en las providencias del Consejo, en el sentido de que la devolución no tenía incidencia en la caducidad de la acción, me encuentro en tiempo para presentar la demanda". (fl. 10)

Esta constancia tiene además respaldo en las piezas del proceso (fls. 5 y 11), de manera que le asiste razón a la señora Agente del Ministerio Público para pedir que se desestime la excepción de caducidad de la acción. Cuando

se presentó la demanda inicial en diciembre 16 de 1983, se hizo acorde con las exigencias del artículo 84 del antiguo Código Contencioso Administrativo, puesto que en ella consta la designación de las partes y sus representantes, lo que se demanda, los hechos y la expresión de las normas violadas y concepto de violación, además de otros capítulos como competencia, derecho, documentos, petición previa y certificaciones. (fls. 2-5); en tal virtud, la demanda se ajustaba a las previsiones exigidas en las normas vigentes a la sazón, no obstante se ordenó que se adaptara a la nueva preceptiva del decreto 01 de 1984, lo que se hizo en noviembre 27 de 1984. (fl. 10 vto.)

Entonces si la demanda se presentó en legal forma y en su oportunidad y si la caducidad de la acción es un fenómeno cuya ocurrencia obedece exclusivamente a la conducta omisiva de la parte actora que no se presenta a la jurisdicción dentro del término legal en ejercicio de la acción procedente, ciertamente en el *sub-examine*, no puede hablarse de caducidad puesto que la demandante acudió oportunamente a ejercer la acción en la forma prevista en la ley procesal vigente; otra cosa es que atendiendo a la orden de adaptarla a una nueva ley procesal, lo que justamente no es una irregularidad de la demanda, la haya vuelto a presentar, y ello no puede acarrear la ocurrencia del fenómeno de la caducidad; por tanto, no procede la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada.

Con respecto a la excepción de “Inepta Demanda” formulada igualmente por el Incora debido a que no se demandó conjuntamente el acto de traslado y el que declaró la vacancia del cargo, es incuestionable que unos y otros obedecen a causas, motivos y razones diferentes; el traslado, es independiente de la declaratoria de vacancia y ésta no se produjo como consecuencia directa del traslado sino del hecho de no haberse presentado a laborar la demandante al lugar de su trabajo en el término concedido para el efecto; luego no conforman el traslado y la declaratoria de vacancia una unidad jurídica inescindible para efecto del ejercicio de la acción, y por consiguiente, tampoco procede la excepción de “inepta demanda” propuesta.

Se plantea finalmente la excepción de “falta de competencia”, afirmando que el proceso sí tiene cuantía. Sobre el particular advierte la Sala que admitida la demanda durante la vigencia del decreto 01 de 1984 y no conteniendo el petitum del libelo pretensión económica alguna, la competencia corresponde al Consejo de Estado según lo previsto por el artículo 128 de este estatuto. En la demanda simplemente se pide el reintegro de la demandante al cargo que ejercía en Villavicencio, pero no se solicita el pago de sueldos u otros emolumentos ni pago alguno cuantificable por razón de perjuicios de alguna naturaleza, lo que permite deducir que efectivamente el proceso no tiene cuantía; no puede tenerse en cuenta como factor de la cuantía, las consideraciones que se hacen en la demanda sobre supuestos perjuicios causados a la accionante con el traslado, por cuanto esas consideraciones sólo sirven para sustentar “las condiciones menos favorables” alega-

das como causal de la nulidad impetrada, mas no para deducir perjuicios que no se pidieron. En tal virtud, no puede prosperar la excepción de "falta de competencia" propuesta por el INCORA.

Pasando al aspecto de fondo de la controversia, en la demanda se citan como quebrantados por el acto enjuiciado, el artículo 66 del antiguo Código Contencioso Administrativo; los artículos 22, 24 y 29 a 33 del decreto 1950 de 1983; artículos 1o. a 12 de la Resolución No. 04477 de octubre 2 de 1981 de la Gerencia General del INCORA; artículos 12 y 44 de la Constitución Nacional; 353, 354, 373, 374 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se hace énfasis en el concepto de violación del artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, porque "el traslado no obedecía a necesidades del servicio e implicaba 'condiciones menos favorables' para la demandante". (fl. 8)

Igualmente en el concepto de violación se afirma que el traslado de la accionante, que era miembro del Sindicato de Trabajadores del Incora y pertenecía a la comisión de reclamos de la seccional del Meta, "tenía como finalidad desconocer los derechos que constitucional y legalmente le corresponden a esta organización sindical". (fl. 8)

Ahora bien la supuesta infracción del artículo 30 del decreto 1950 de 1973 que permite los traslados, "siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado", ha dicho la Sala que esas condiciones son las objetivas y no las subjetivas, es decir, que el traslado no puede implicar desmejora en el cargo, remuneración y demás beneficios que disfruta el empleado en razón del cargo; pero los aspectos personales como serían los inconvenientes que implican el cambio de residencia de un lugar a otro de trabajo, no pueden tenerse en cuenta, toda vez que si se aceptaran, la administración no podría efectuar traslados, pues por lo general toda persona tiene una serie de compromisos de índole familiar, personal y de todo orden que en la práctica harían inaplicable la figura del traslado.

En conclusión, si a la demandante se le trasladó a un cargo igual al que desempeñaba, no puede por este aspecto inferirse condiciones menos favorables, pues se reitera, los aspectos subjetivos no tiene relevancia en este campo, en el que prima el criterio de las necesidades del servicio sobre cualquier otro, por respetable que sea.

De otra parte, se afirma en el libelo que el traslado de la demandante no obedeció a razones de buen servicio sino que se hizo para golpear a la organización sindical de la cual hacía ella parte integrante.

Esta aseveración no está corroborada por elemento de prueba idóneo que demuestre que realmente hubo persecución sindical en el traslado de la accionante.

Por el contrario, en el acta suscrita por las partes en la División del Trabajo y Seguridad Social del Meta cuya copia obra a folio 86 (c. p. c. p.), el Director Regional del Incora en ese Departamento, manifiesta lo siguiente sobre el traslado de la demandante: "En lo que hace al concepto de por qué fue trasladada confirmo las necesidades del servicio y además confirmo de que periódicamente y por norma administrativa, los jefes inmediatos y en este caso el jefe de Sección califica a los funcionarios bajo su mando estableciéndose (sic) que el jefe inmediato de la señora López Peralta, solicitó su traslado por las razones expuestas por escrito a esta misma oficina del Trabajo". (fl. 88)

Esta manifestación se encuentra corroborada a fls. 233, 236 y 237 del cuaderno No. 3, con el memorando que el Superior de la accionante envió al Gerente Regional del Meta sobre la fuga de información confidencial que se presentaba en su oficina y la poca confianza que le inspiraba su secretaria, la actora, y con el oficio remitido por el Gerente Regional al Subgerente Administrativo de la entidad poniéndole en su conocimiento estos hechos y la inconveniencia de mantenerla en su administración.

Lo anterior demuestra inequívocamente que no hubo persecución sindical en el traslado de la demandante sino razones o necesidades del servicio debido a la calificación que el jefe inmediato hizo de la labor desarrollada por la demandante; el concepto de "necesidades del servicio" confiere a la administración la prerrogativa de anteponer el criterio de la buena administración a los intereses particulares, de manera que si como lo informó el Director Regional y lo acepta la propia accionante en el acta a que se ha hecho mención, ella no tenía en el ejercicio de sus funciones la confianza de su jefe inmediato, (fl. 87) esta razón era suficiente para que se efectuara su traslado, en aras de la mejor prestación del servicio, que según el jefe se veía afectada.

Y comprobado que éste fue el motivo, carecen de credibilidad los testimonios recibidos que, por otra parte, se limitan a plantear lo de la persecución sindical pero sin dar buenas razones de su dicho.

Lo anterior permite a la Sala determinar que no se desvirtuó en el *sub-lite* la presunción de legalidad que ampara los actos enjuiciados y por lo tanto, habrán de negarse las pretensiones 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:

DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

SECCION SEGUNDA

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD—Término

El artículo 136, inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo prescribe que cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo o sea que no todo acto que se refiere a prestaciones periódicas es acusable en cualquier tiempo, sino solamente el que contenga un reconocimiento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5153. Resoluciones Ministeriales. Actor: Rosenda Ramírez Viuda de Lozano y Otra.

Proveniente del Tribunal Administrativo de Antioquia, en grado de consulta, ha venido a esta Corporación la sentencia de fecha mayo 31 de 1990 proferida en el proceso promovido por Rosenda Ramírez Viuda de Lozano y otra, contra la NACION —Ministerio de Defensa Nacional—.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, las demandantes, por medio de apoderado, solicitaron al Tribunal del conocimiento que declarara la nulidad de las siguientes Resoluciones emanadas del Ministerio de Defensa Nacional;

SECCION SEGUNDA

“A) Número 1153 de fecha 23 de abril de 1981, en cuanto en dicha providencia se negó a mis poderdantes los derechos que su mandatario especial solicitó en memorial presentado el 6 de septiembre de 1979, para que se elaborara un complemento a la Hoja de Servicios Militares del Mayor Piloto JUAN EDUARDO LOZANO DELGADILLO y con base en él se reajustara la pensión y las prestaciones unitarias, incluyendo la prima de vuelo”.

“B) Número 280 de fecha 24 de enero de 1985, en cuanto por dicha providencia administrativa se negó a mis mandantes el reajuste del 66% al 70% del valor de la pensión que les fue reconocida como beneficiarios del Oficial fallecido JUAN EDUARDO LOZANO DELGADILLO, al no incluirle dentro de su Hoja de Servicios Militares el tiempo de tres (3) meses de alta que les fueron concedidos para prestaciones sociales y, además, se confirmó la negativa de la Prima de Vuelo”. (Fl. 1).

El Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó el consiguiente restablecimiento del derecho solicitado.

Para acceder a lo pretendido se apoyó el Tribunal, entre otras, en las siguientes apreciaciones:

“Como lo sostiene el colaborador del Ministerio Público y lo corroboran las sentencias de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado cuyas copias auténticas fueron acompañadas al proceso (Fls. 45 y ss.), los 3 meses de alta que el Ministerio denegó a la parte actora, para completar los 20 años de servicio del Mayor Piloto Juan Eduardo Lozano Delgadillo, constituían a la luz de las disposiciones invocadas un lapso que debió computarse como de servicio activo, o sea que debe admitirse que el funcionario fallecido completó un total de servicios equivalente a 20 años – 2 meses – 22 días como se refiere en el libelo demandatorio, a lo cual, y además según el artículo 123 del Decreto 2337 por contar con más de 20 años de servicio y 3.000 horas de vuelo, al liquidar la pensión se debió también incluir la ‘prima de vuelo’ equivalente a 56.50% del sueldo básico. (Fl. 454)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en concepto de fondo, opina que la sentencia consultada debe modificarse en cuanto accedió a incluir la prima de vuelo en la liquidación de prestaciones sociales, pues en su sentir no tiene derecho a ella.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se controvierte la legalidad de las Resoluciones No. 1153 de abril 23 de 1981 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional "por la cual se resuelve un pedimento, con fundamento en el expediente MDN No. 1124 de 1979, radicado a nombre del señor Mayor Piloto de la Fuerza Aérea, Juan Eduardo Lozano Delgadillo" (Fls. 17-19) y la No. 280 de enero 24 de 1985, "por la cual se resuelve un pedimento con fundamento en el expediente MDN No. 1263 de 1984 radicado a nombre del señor Mayor Piloto de la Fuerza Aérea, fallecido, Juan Eduardo Lozano Delgadillo". (Fl. 20-21).

La Resolución No. 1153 le fue notificada personalmente al señor apoderado de la señora Rosenda Ramírez Viuda de Lozano el 28 de abril de 1981 (Fl. 400 vto.).

La Resolución No. 280 le fue notificada personalmente al señor apoderado de los beneficiarios el 29 de enero de 1985. (Fl. 414 vto.)

La demanda fue presentada personalmente por el señor apoderado de las demandantes ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el 27 de julio de 1988. (Fl. 15).

Sobre la procedencia de la acción se afirma en el escrito demandatorio lo siguiente:

"De acuerdo con la disposición del Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo cuando se demanden actos administrativos relacionado con el reconocimiento de prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo. Siendo así que con la acción propuesta se pretende en definitiva el aumento en el porcentaje de la pensión de beneficiarios y la inclusión de una prima como base para su liquidación, esta demanda está presentada en tiempo". (Fl. 10)

El artículo 136, inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo prescribe que cuando se demanden actos que *reconozcan prestaciones periódicas* la acción podrá proponerse en cualquier tiempo o sea que no todo acto que se refiere a prestaciones periódicas es acusable en cualquier tiempo, sino solamente el que contenga un reconocimiento.

Pues bien, según los hechos de la demanda, por Resolución No. 02795 de 22 de mayo de 1972 (fls. 301-305) se dispuso reconocer, entre otras prestaciones, una pensión mensual, a favor de la demandante señora Rosenda Ramírez Viuda de Lozano y de sus menores hijos, en su condición de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos del señor Mayor Piloto de la Fuerza Aérea, Juan Eduardo Lozano Delgadillo, y por las Resoluciones 1153 de abril 23 de 1981 y 280 de enero 24 de 1985 se negó el reajuste de la pensión recono-

cida a los beneficiarios. La demanda se enderezó únicamente contra las dos últimas resoluciones que no contienen reconocimiento alguno y por ello no les es aplicable el inciso 3o. del artículo 136 del C.C.A. invocado, sino el término común de 4 meses previsto en el inciso 2o. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Surge entonces ostensible la caducidad de la acción, toda vez que, la Resolución 1153 de 1981 se notificó en legal forma el 28 de abril de 1981 (Fl. 400 vto.) y la No. 280 de 1985 el 29 de enero de 1985 (fl. 414 vto) en tanto que la demanda se presentó en julio 21 de 1988 (fl. 15)

De manera que habiendo caducado la acción, al momento de presentación del libelo, no era procedente la admisión de la demanda, según lo determina el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, como la demanda se admitió y se pronunció sentencia de fondo por el *a-quo*, lo procedente es revocar el fallo y que la Sala se declare inhibida para proferir sentencia de mérito, pues la oportunidad de la acción es un presupuesto procesal de la misma sin el cual no puede proferirse un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción.

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

FALLA

REVOCASE la sentencia de fecha mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar, DECLARASE que no hay lugar a un pronunciamiento de mérito por CADUCIDAD de la acción.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CAPITAN DE ADUANAS—Requisitos/ADUANAS—Régimen

El Decreto 2854 de 1984 modificó el artículo 12 del Decreto 1577 de 1979 en lo referente a los requisitos para ocupar el cargo de Capitán de Aduanas, 3040, grado 9, extendiendo la posibilidad de ingreso a los oficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en uso de buen retiro, en los grados de Capitán o Mayor, que aprobaran el curso correspondiente en la Escuela de Aduanas en virtud de la norma, tales oficiales retirados no requerían haber permanecido como Teniente, sino que ingresaban directamente al cargo de Capitán 09. El aludido decreto fija los requisitos mínimos no sólo para los empleos sometidos al régimen aduanero sino también para los que corresponden a otros sistemas, como el Penitenciario, y así como señala requisitos para empleos de carrera, también lo hace para los que son de libre nombramiento y remoción, tales como los de Agentes Secretos y los de la Presidencia de la República. No es, por lo tanto, cuestión de Carrera Administrativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., marzo 2 de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 2818. Decretos del Gobierno. Actor: Germán Eduardo Gutiérrez Holguín.

El Doctor Germán Eduardo Gutiérrez Holguín, obrando en su propio nombre, solicita la nulidad del Decreto No. 2854 de 1984 en la parte del artículo 1o. que dice “o haber sido oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, en uso de buen retiro, en los grados de Capitán o Mayor”.

SECCION SEGUNDA

Fundamenta su pretensión en los hechos que a continuación se sintetizan.

1. Las normas que regulan actualmente la Carrera Administrativa son la Ley 19 de 1988, los Decretos Extraordinarios 2400 y 3074 de 1968, los Decretos 1950 de 1973, 583 de 1984, ampliado en su vigencia por el Decreto 374 de 1987.

2. El artículo 40 del Decreto 2400 de 1968 determina los objetivos de la Carrera Administrativa y señala la forma como ha de lograrse su cumplimiento sin que pueda tenerse en cuenta la filiación política de las personas o razones diferentes del mérito.

Empero, según el Decreto 2854 de 1984, las condiciones para el ingreso no son los méritos alcanzados en concursos, sino consideraciones especiales para las personas que hubieran obtenido los grados de Capitán o de Mayor, lo cual rompe la igualdad de oportunidades para las personas que cumplen los requisitos mínimos exigidos en el Decreto 1577 de 1979.

3. En el artículo 41 del Decreto 2400 de 1968 se facultó al Gobierno Nacional para que, previo concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, fijara las modalidades de aplicación de las disposiciones que regulan la carrera administrativa.

“La Aduana Nacional no requirió al Gobierno Nacional un estatuto especial para el desarrollo de la Carrera Administrativa, motivo por el cual, los requisitos mínimos para el desempeño en cada uno de los cargos, deben ser tomados de la norma general que es el Decreto 1577 de 1979, decreto que fue modificado en su artículo 12 en lo referente a Capitanes de Aduana 3040-09, disminuyendo los requisitos mínimos contemplados en el Decreto 1577 de 1979 y violando el artículo 41 ibídem norma (sic) por no haber sido expedido con el concepto previo y favorable del Servicio Civil y de la Sala de Consulta del Honorable Consejo de Estado”. (Fl. 14)

4. En el Decreto 1577 de 1979, por medio del cual se señalaron los requisitos mínimos para cada uno de los cargos de la rama ejecutiva del poder público, en su artículo 12 estructuró la Carrera de Oficial de Aduanas, que comienza con el cargo de Teniente 5055-19 y, de acuerdo con los méritos y antigüedad, permite el ascenso hasta culminar la carrera como Capitán de Aduanas 3040-10. Igualmente, este artículo concedió garantías para el ingreso a dicha carrera y para la permanencia y ascenso en ella, el cual sólo procedía por el mérito y el tiempo en el cargo.

Según tal norma, para ser Teniente 5055-19 es requisito mínimo ser oficial retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, de modo que los Subtenientes, Tenientes, Capitanes, Mayores, Tenientes Coroneles, Coroneles, Brigadieres Generales y Generales que hubieren observado buena conducta, tienen acceso a la Aduana Nacional como Oficiales en el grado de Teniente 5055-19, si aprueban el curso de capacitación.

En cambio, el Decreto 2854 de 1984, al permitir a quienes hayan sido Oficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en los grados de Capitán o Mayor y que aprueben el curso correspondiente en la Escuela Nacional de Aduanas ingresar a la Aduana con el grado de Capitán 3040-09, eliminó la exigencia de la experiencia como oficial de Aduanas en los grados de Teniente 5055-19 y 20 y un curso de capacitación.

5. Con base en el citado decreto, mediante Resolución No. 02422 de 1985 el Ministerio de Hacienda efectuó varios nombramientos ignorando el personal escalafonado en la carrera de Aduanas que cumplía con los requisitos de tiempo en el cargo, conducta y curso en la Escuela de Aduanas, entre ellos el señor Laureano Díaz Romero, que se desempeñaba como Teniente 5055-20 (Fis. 12-18)

Como normas violadas, se invocan los artículos 16 y 120, numeral 3, de la Constitución anterior, el artículo 41 del Decreto 2400 de 1968, los artículos 222, 224, 225 y 226 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 84 del C.C.A. (Fis. 18-19)

El concepto de violación se desarrolla a folios 19-27.

Mediante providencia fechada el 15 de enero de 1988 (Fis. 41-47), se negó la suspensión provisional del acto administrativo acusado, en razón de que la argumentación expuesta por el solicitante exigía el examen de una compleja situación, extraña a la claridad con que la violación de la normatividad superior debe aparecer para que resulte viable la suspensión provisional del acto.

El apoderado de la Nación --Ministerio de Hacienda y Crédito Público-- impugnó la demanda en el escrito de folios 60-70.

Por su parte, la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo solicita la denegación de las súplicas de la demanda por cuanto considera que los Decretos 1577 de 1979 y 2854 de 1984 tienen la categoría de reglamentarios y, por tanto, el Presidente de la República podía válidamente y en ejercicio de sus facultades consagradas en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política, modificar o cambiar el primero de tales decretos,

como en efecto sucedió ya que por el decreto acusado se variaron los requisitos señalados en el Decreto 1577 de 1979 para el cargo de Capitán de Aduanas 3040, grados 9o. y 10o., sin que ello implique violación de éste, pues no se trata de su reglamentación.

En relación con la transgresión de los artículos 41 del Decreto 2400 de 1968, 222 y 226 del Decreto 1950 de 1973 y 16 de la Constitución Política, la Fiscalía estima que se refieren a la Carrera Administrativa y, por ello, no son aplicables al caso debatido, toda vez que tanto las normas reglamentarias como las que son objeto de reglamentación tratan del sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los cargos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en las entidades del orden nacional, y no de Carrera Administrativa, por lo que no pudieron ser infringidos por el acto acusado. (Fls. 72-75).

Agotado el trámite de la ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5a. de 1978, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 1042 de 1978, mediante el cual, según la naturaleza de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, clasificó los empleos de los organismos de la rama ejecutiva del poder público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico administrativo y operativo.

De igual manera, el legislador extraordinario señaló los requisitos generales mínimos exigibles para desempeñar los empleos correspondientes a cada uno de los mencionados niveles y dispuso que tales criterios, atendida la naturaleza y las funciones de las entidades, debían servir de base para que el Gobierno Nacional, mediante reglamentación especial, determinara las condiciones generales de estudios y experiencia requeridas para el ejercicio de los distintos cargos, reglamentación que, a su vez, debía ser tenida en cuenta por los organismos nacionales para elaborar los manuales de requisitos mínimos para los cargos de su planta de personal.

En ejercicio de la potestad constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1577 de 1979, en donde fijó los requisitos mínimos de los empleos contemplados en los Decretos-Leyes 712, 1042, 1044, 1158, 1302, 1311, 2924 de 1978 y 419 de 1979 y dispuso en su artículo 12 que a los Capitanes de Aduanas corresponde el código 3040 y podían tener los grados 9o. y 10o. y que, para ejercer tales cargos, se requería, entre varias condiciones, haber sido Teniente de Aduanas, grado salarial 20 del nivel administrativo, durante 3 años y haber aprobado el curso correspondiente en la Escuela

de Aduanas. Para acceder al cargo de Capitán 10, era menester, además de aprobar el respectivo curso, haber sido durante un año Capitán de Aduanas, grado salarial 9.

Pues bien, el Decreto 2854 de 1984 modificó el artículo 12 del Decreto 1577 de 1979 en lo referente a los requisitos para ocupar el cargo de Capitán de Aduanas, 3040, grado 9, extendiendo la posibilidad de ingreso a los oficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en uso de buen retiro, en los grados de Capitán o Mayor, que aprobaran el curso correspondiente en la Escuela de Aduanas. En virtud de la norma, tales oficiales retirados no requerían haber permanecido como Tenientes, sino que ingresaban directamente al cargo de Capitán 09.

En esta parte del Decreto 2854 la que se demanda en acción de nulidad por considerarse violatoria de las normas invocadas en cuanto éstas regulan la Carrera Administrativa y eran aplicables a los empleos de la Dirección General de Aduanas.

Ahora bien, si se leen con atención tanto el texto modificado como el que lo reemplaza, se advierte fácilmente que no tratan ellos del ingreso a la carrera administrativa ni a ésta se refieren en forma alguna sino que señalan requisitos mínimos para el acceso a los cargos.

Es claro, en este sentido, el tenor del artículo 1o. del Decreto 2854 de noviembre 26 de 1984, que se enjuicia parcialmente:

“ARTICULO 1o.— El artículo 12 del decreto 1577 de 1979 quedará como sigue, en su parte pertinente:

DE LOS REQUISITOS MINIMOS.— Fíjense los siguientes requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos comprendidos en los diferentes niveles de que tratan los decretos leyes 712, 1042, 1044, 1158, 1302, 1311, 2954 de 1978 y 419 de 1979.

CAPITAN DE ADUANAS. Código 3040, Grado 10. Haber sido durante un año Capitán de Aduanas, grado salarial nueve.

Grado 09. Haber sido Teniente de Aduanas, grado salarial veinte del nivel administrativo, durante tres años, o haber sido Oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía, en uso de buen retiro, en los grados de Capitán o Mayor y haber aprobado el curso correspondiente en la Escuela de Aduanas.

Además, para el ejercicio de estos empleos (grados 10 y 09), se requiere: ...”

SECCION SEGUNDA

Destaca este aspecto con indudable acierto la Fiscalía Quinta de la Corporación y, además, puntualiza:

“El decreto 1577 de 1979 es reglamentario de los decretos leyes mencionados y tiene la misma categoría jurídica que el demandado, en el sentido de que su finalidad es la de poner en ejecución la ley para que tenga una debida aplicación.

El Presidente de la República puede con base en la facultad constitucional del artículo 120-3 de la Carta, modificar o cambiar un decreto reglamentario por otro, como en efecto sucedió en el caso *sub judice*, donde estableció unos requisitos diferentes a los señalados en el decreto 1577 de 1979, relacionados en el cargo de Capitán de Aduanas 3040, grados 9 y 10. En efecto, los decretos mencionados se expidieron con base en los indicados en otro aparte de este concepto y, mientras el reglamentario no los limite o exceda en su campo de aplicación y contenido jurídico, son válidos.

...

La norma reglamentada (debió decir ‘reglamentaria’) simplemente está señalando los requisitos mínimos para desempeñar el cargo de Capitán de Aduanas, bien por personas que estén laborando en la entidad o ajenas a ella, siempre que reúnan los requisitos señalados en el artículo 10. del decreto acusado, independientemente si son funcionarios de carrera o no”. (Fls. 72-75).

La Sala comparte a plenitud estos planteamientos porque son ciertamente inobjetables. De otra parte, el que algunos funcionarios de Aduanas hubieran sido inscritos en la Carrera Administrativa, como igualmente lo destaca la Fiscalía, no significa que, para el ingreso al cargo, no pudiera el Gobierno Nacional, refiriéndose a requisitos mínimos, modificar los previamente señalados en el citado decreto 1577 de 1979, como efectivamente ocurrió.

Tanto es ello así, que el aludido decreto fija los requisitos mínimos no sólo para los empleos sometidos al régimen aduanero sino también para los que corresponden a otros sistemas, como el Penitenciario, y así como señala requisitos para empleos de carrera, también lo hace para los que son de libre nombramiento y remoción, tales como los de Agentes Secretos y los de la Presidencia de la República. No es, por lo tanto, cuestión de Carrera Administrativa, como lo entiende el accionante.

No sobra recordar, a este respecto, que por la Ley 61 de diciembre 30 de 1987 dispuso el legislador que los empleados de la Dirección de Aduanas son de libre nombramiento y remoción.

Dados estos presupuestos, estima la Sala que no hace falta abundar en razonamientos para llegar a la conclusión de que es infundada la pretensión anulatoria que se refiere al cuestionado decreto 2854 de 1984 en su artículo 1o.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niégrese la nulidad solicitada para el artículo primero del decreto 2854 de 1984 en el aparte que dice: "o haber sido Oficial de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, en uso de buen retiro, en los grados de Capitán o Mayor".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Castro, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA

La acción disciplinaria es completamente independiente a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y el hecho de que un empleado esté siendo investigado disciplinariamente no le confiere estabilidad en el cargo, porque una vez retirado la acción disciplinaria puede continuar sin que sus resultados —favorables o no al empleado tenga nada que ver con la discrecionalidad de que goza el nominador para retirarlo de su empleo cuando crea que ello conviene al buen servicio. La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento hecho a empleado sujeto a este régimen no implica sancionarlo anticipadamente por reales o supuestas faltas, sino tan solo busca el buen servicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3961. Autoridades Departamentales. Actor: Juan Jacobo Carvajal.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1986 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor Juan Jacobo Carvajal pidió al Tribunal anular el artículo primero

del Decreto 2028 (noviembre 17) de 1982, por medio del cual la Gobernadora del Valle del Cauca declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de la Unidad Técnica, Serie 65, Categoría 15, del Departamento Administrativo del Tránsito y Transporte del Valle.

Como consecuencia de esa nulidad, solicitó el restablecimiento de su derecho.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Basó su decisión, fundamentalmente, en estas consideraciones: que en una providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (de 20 de febrero de 1984) se halla establecido que el señor Carlos Campillo, Jefe Inmediato de Juan Jacobo Carvajal, entabló querrela en su contra como respuesta a una carta que Carvajal envió al Presidente de la República solicitando investigación contra el primero; que en el Juzgado 5o. de Instrucción Criminal también se da cuenta de una denuncia de Campillo contra Carvajal por el delito de cohecho; que este proceso fue remitido al Juzgado 4o. Penal del Circuito de Cali, despacho que sobreesayó temporalmente a Carvajal mediante decisión confirmada por el Tribunal; que de lo anterior se concluyen graves desavenencias personales entre los mencionados señores, y como consecuencia de las cuales se produjo la insubsistencia demandada; que es evidente que desde el 22 de octubre de 1982 (el Director del Departamento de Tránsito y Transporte del Valle) "... tenía conocimiento de las presuntas infracciones penales en que hubiere podido estar incurso el actor, y por lo mismo, ha debido abrir el correspondiente proceso disciplinario, y no proceder a declarar una insubsistencia, que, en el caso en estudio, constituye una sanción sin el debido proceso". (folio 98).

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

El apoderado del Departamento del Valle fundamenta su inconformidad en lo siguiente: que el señor Carvajal era empleado de libre nombramiento y remoción, no pertenecía a ninguna carrera ni gozaba de fuero especial; que según el estatuto de personal del Departamento ni siquiera el haber iniciado acción disciplinaria enerva la facultad de libre nombramiento y remoción, menos aún si aquella no se ha ordenado; que los hechos en los cuales basó su decisión el Tribunal ocurrieron con posterioridad a la desvinculación de Carvajal; que el motivo de la declaratoria de insubsistencia que encontró el *a-quo*, realmente no existió, y que esta se hizo conforme a derecho pues no era necesario al efecto ningún requisito.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar negar las súplicas de la demanda. Advier-

te que la sola demostración de que el Jefe del señor Carvajal presentó denuncia en su contra, sin que al actor se le hubiese adelantado proceso disciplinario, no establece una relación de causalidad suficiente y necesaria entre la falta imputada al demandante y la declaratoria de insubsistencia. Agrega que si el señor Carvajal no estaba investigado disciplinariamente podía ser desvinculado sin procedimiento previo, razón por la cual, en su opinión, el acto administrativo que se acusa es plenamente válido.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Lo primero que se observa, es que el Tribunal, sin mayor análisis de la situación fáctica obrante en el proceso y sin mencionar una siquiera de las normas que la demanda estimó como violadas, acogió las súplicas impetradas con el solo argumento de que al demandante debió seguirsele un proceso disciplinario previo a la desvinculación del servicio.

Cuando se produjo el acto acusado, el demandante era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción. No estaba inscrito en carrera, no gozaba de período fijo, ni de ninguna otra manera ostentaba amparo de relativa inamovilidad o permanencia en su cargo.

En tal virtud, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación ninguna, o sea en la forma como se hizo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 74 del decreto 1617 de 1977. Estatuto de los Empleados al servicio del Departamento, según el cual,

“En cualquier momento podrá declararse la insubsistencia de un nombramiento. De este hecho se dejará constancia en la respectiva hoja de vida del empleado”.

Cuando se adopta una medida semejante se presume inspirada en razones de buen servicio y, como todo acto administrativo, lleva implícita la presunción de legalidad, a menos de prueba en contrario.

En el caso debatido, la demanda asume que lo que se produjo fue una destitución disfrazada de insubsistencia y que por ello se violó tanto el artículo 26 de la anterior Constitución Nacional —en cuanto consagraba el derecho a un debido proceso— como el Capítulo VII del citado Decreto 1617 de 1977, en donde se establece el procedimiento disciplinario que ha de seguirse para sancionar a los empleados del Departamento del Valle del Cauca.

Para llegar a tal conclusión el libelo expresa: “De los HECHOS que dejé relatados se desprende, que el despido del Doctor Juan Jacobo Carvajal del

cargo oficial que venía desempeñando en el Departamento del Valle, lo fue por causal de mala conducta y por actuaciones delictuosas. Esas son las afirmaciones expresas y claras de su jefe inmediato, consignadas tanto en declaraciones a la prensa de Cali como en las quejas y denuncias formuladas contra el Doctor Carvajal por su exjefe ante la justicia penal, la Procuraduría y la Contraloría del Valle”. (folio 33, cd. 1).

Ocurre, empero, que esa afirmación de la demanda carece de todo sustento probatorio en cuanto no aparece comprobada ninguna relación de causalidad entre las citadas actuaciones —provenientes del jefe inmediato del demandante— y la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, que, por lo demás, no la expidió ese jefe sino la Gobernadora del Valle del Cauca.

En efecto, la información del diario “Occidente” de Cali, edición del viernes 26 de noviembre de 1982, es decir, diez días después de que se produjo la declaratoria de insubsistencia, no desvertebra en lo más mínimo la legalidad del acto acusado. Se trata de una noticia periodística en la cual se le atribuye al Director del Departamento de Tránsito haber dicho que el retiro de Carvajal se debió a ineptitud y deshonestidad, pero es claro que ello no puede tenerse como motivación del acto acusado, no sólo porque el señor Campillo Parra no era el nominador ni decretó la insubsistencia, sino porque no hay certeza de cuáles hayan sido realmente sus expresiones, citadas en un informe periodístico sin firma responsable. Además, lo que allí surge de bulto es una serie de mutuas recriminaciones entre los dos ciudadanos de las cuales no es posible colegir la motivación de un acto administrativo expedido con anterioridad a que aquéllas se hicieran públicas.

Tampoco las denuncias formuladas por el señor Campillo contra el demandante vulneran la presunción de legalidad que lleve implícita el acto declarativo de la insubsistencia.

Una vez retirado del servicio, el demandante envió a la Presidencia de la República una carta en la cual solicitaba que se investigara la conducta de su exjefe inmediato por presuntas irregularidades en el trámite de unos contratos y agregaba que él —Carvajal— había sido despedido por negarse a firmar esos contratos, calificados por él como ilegales.

A raíz de esa Carta, el señor Campillo entabló querrela criminal contra el exfuncionario Carvajal por el supuesto delito de cohecho, y el denunciado fue sobreseído, archivándose el proceso en julio de 1985 (folio 92, cd. 1).

Todo lo anterior, sumado a las certificaciones tanto de la Procuraduría como de la Contraloría (cd. 2, folios 1-2) en el sentido de que al demandante no se le adelantó procedimiento disciplinario alguno, muestran que no hay prueba suficiente para colegir que la declaratoria de insubsistencia obedeció a razones diferentes del ejercicio de una facultad discrecional conferida a

SECCION SEGUNDA

quien la dispuso, es decir, a la Gobernadora del Valle, y cuyo único objetivo era procurar el buen servicio.

Pero aún en el evento de que estuviera en curso un proceso disciplinario para sancionar posibles faltas del demandante, ello no hubiera limitado la facultad de removerlo de que disponía la administración. Esa es la tesis que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha adoptado después de un reexamen de las normas sobre la materia.

Como ya ha tenido oportunidad de advertirlo, la acción disciplinaria es completamente independiente de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y el hecho de que un empleado esté siendo investigado disciplinariamente no le confiere estabilidad en el cargo, porque una vez retirado la acción disciplinaria puede continuar sin que sus resultados —favorables o no al empleado— tengan nada que ver con la discrecionalidad de que goza el nominador para retirarlo de su empleo cuando crea que ello conviene al buen servicio.

La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento hecho a empleado sujeto a este régimen no implica sancionarlo anticipadamente por reales o supuestas faltas, sino que tan solo busca el buen servicio.

La presunción de legalidad del acto acusado en este proceso se mantiene incólume y al no aparecer vulneradas con su expedición las normas que la demanda cita como tales, preciso es concluir que las peticiones impetradas deben fracasar.

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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de noviembre de 1986 en el proceso iniciado por Juan Jacobo Carvajal.

En su lugar, NIEGANSE las 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 19 de febrero de 1992.

cargo oficial que venía desempeñando en el Departamento del Valle, lo fue por causal de mala conducta y por actuaciones delictuosas. Esas son las afirmaciones expresas y claras de su jefe inmediato, consignadas tanto en declaraciones a la prensa de Cali como en las quejas y denuncias formuladas contra el Doctor Carvajal por su exjefe ante la justicia penal, la Procuraduría y la Contraloría del Valle".(folio 33, cd. 1).

Ocurre, empero, que esa afirmación de la demanda carece de todo sustento probatorio en cuanto no aparece comprobada ninguna relación de causalidad entre las citadas actuaciones —provenientes del jefe inmediato del demandante— y la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, que, por lo demás, no la expidió ese jefe sino la Gobernadora del Valle del Cauca.

En efecto, la información del diario "Occidente" de Cali, edición del viernes 26 de noviembre de 1982, es decir, diez días después de que se produjo la declaratoria de insubsistencia, no desvertebra en lo más mínimo la legalidad del acto acusado. Se trata de una noticia periodística en la cual se le atribuye al Director del Departamento de Tránsito haber dicho que el retiro de Carvajal se debió a ineptitud y deshonestidad, pero es claro que ello no puede tenerse como motivación del acto acusado, no sólo porque el señor Campillo Parra no era el nominador ni decretó la insubsistencia, sino porque no hay certeza de cuáles hayan sido realmente sus expresiones, citadas en un informe periodístico sin firma responsable. Además, lo que allí surge de bulto es una serie de mutuas recriminaciones entre los dos ciudadanos de las cuales no es posible colegir la motivación de un acto administrativo expedido con anterioridad a que aquéllas se hicieran públicas.

Tampoco las denuncias formuladas por el señor Campillo contra el demandante vulneran la presunción de legalidad que lleve implícita el acto declarativo de la insubsistencia.

Una vez retirado del servicio, el demandante envió a la Presidencia de la República una carta en la cual solicitaba que se investigara la conducta de su exjefe inmediato por presuntas irregularidades en el trámite de unos contratos y agregaba que él —Carvajal— había sido despedido por negarse a firmar esos contratos, calificados por él como ilegales.

A raíz de esa Carta, el señor Campillo entabló querrela criminal contra el exfuncionario Carvajal por el supuesto delito de cohecho, y el denunciado fue sobreseído, archivándose el proceso en julio de 1985 (folio 92, cd. 1).

Todo lo anterior, sumado a las certificaciones tanto de la Procuraduría como de la Contraloría (cd. 2, folios 1-2) en el sentido de que al demandante no se le adelantó procedimiento disciplinario alguno, muestran que no hay prueba suficiente para colegir que la declaratoria de insubsistencia obedeció a razones diferentes del ejercicio de una facultad discrecional conferida a

SECCION SEGUNDA

quien la dispuso, es decir, a la Gobernadora del Valle, y cuyo único objetivo era procurar el buen servicio.

Pero aún en el evento de que estuviera en curso un proceso disciplinario para sancionar posibles faltas del demandante, ello no hubiera limitado la facultad de removerlo de que disponía la administración. Esa es la tesis que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha adoptado después de un reexamen de las normas sobre la materia.

Como ya ha tenido oportunidad de advertirlo, la acción disciplinaria es completamente independiente de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y el hecho de que un empleado esté siendo investigado disciplinariamente no le confiere estabilidad en el cargo, porque una vez retirado la acción disciplinaria puede continuar sin que sus resultados —favorables o no al empleado— tengan nada que ver con la discrecionalidad de que goza el nominador para retirarlo de su empleo cuando crea que ello conviene al buen servicio.

La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento hecho a empleado sujeto a este régimen no implica sancionarlo anticipadamente por reales o supuestas faltas, sino que tan solo busca el buen servicio.

La presunción de legalidad del acto acusado en este proceso se mantiene incólume y al no aparecer vulneradas con su expedición las normas que la demanda cita como tales, preciso es concluir que las peticiones impetradas deben fracasar.

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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 24 de noviembre de 1986 en el proceso iniciado por Juan Jacobo Carvajal.

En su lugar, NIEGANSE las 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 19 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL/EMPLEADO OFICIAL—Estabilidad/PLANTA DE PERSONAL—Congelación

Una Directiva Presidencial no puede enervar la facultad que a la administración otorga la ley respecto a la estabilidad del personal oficial. En cuanto al Decreto de Congelación de Plantas de Personal, éste en nada puede afectar la facultad de libre nombramiento y remoción, máxime refiriéndose, como es el caso, a la incorporación de nuevo personal, por lo que no pudo ser violado con el acto administrativo enjuiciado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., marzo dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Referencia: Expediente Número 3699. Apelación sentencia: Actor: Guillermo Giraldo Marín.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de febrero 26 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por Guillermo Giraldo Marín en orden a obtener la nulidad del artículo 1o. del Decreto No. 510 de febrero 29 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Jefe de sección 2075-05 de la Sección de Asuntos Laborales de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como restablecimiento del derecho, el demandante pidió ser reintegrado al empleo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir a consecuencia de la desvinculación y la devolución de toda suma de dinero que haya pagado por concepto de servicio médico, hospitalario, farmacéutico, odontológico y de laboratorio, que el actor no habría tenido que pagar de encontrarse vinculado al Estado (folios 21 y 22 cdno. ppal.).

En el fallo del *a-quo* se deniegan las pretensiones de la demanda, pues el Tribunal del conocimiento consideró que el demandante era empleado de libre nombramiento y remoción y, por ende, no gozaba de estabilidad relativa en el cargo que desempeñaba; que la administración podía removerlo del empleo que ocupaba sin necesidad de motivar el acto administrativo, de conformidad con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; que la Directiva Presidencial a que se alude en el libelo no puede otorgar estabilidad a los funcionarios porque no tiene suficiente fuerza jurídica para hacerlo, como lo ha sostenido el Consejo de Estado (fls. 161 a 163 ibidem).

La parte actora, en el escrito contentivo del recurso de apelación, afirma que la sentencia recurrida viola el artículo 170 del C.C.A., ya que se limita a transcribir los hechos de la demanda y no realiza un análisis de ellos; que no se analizan los testimonios aportados al proceso, que confirman los hechos planteados en el libelo; que el fallo se limita a acoger el concepto del Fiscal del Tribunal del conocimiento y a denegar las súplicas de la demanda, en atención a que el actor no estaba en carrera administrativa; que por dichas razones la sentencia del *a-quo* debe ser revocada, con el fin de que se acceda a las pretensiones expuestas en el escrito demandatorio (fl. 164 ibidem).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de abril 11 de 1989 estima que el fallo apelado debe ser confirmado, por compartir los razonamientos hechos por el *a-quo* en la sentencia recurrida de febrero 26 de 1988 y lo expuesto por el apoderado de la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), en su escrito de enero 27 de 1989 (fls. 175 y 176 ibidem).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el caso *sub-lite* se trata de dilucidar la legalidad del artículo 1o. del Decreto No. 510 de febrero 29 de 1984, proferido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante del empleo de Jefe de Sección 2075, grado 05, de la Sección de Asuntos Laborales de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 2 cdno. ppal).

Ahora bien, respecto de la desviación de poder alegada como causal de anulación del acto administrativo impugnado por la parte actora (fl. 33 *ibidem*), es preciso señalar que aquella se configura cuando la respectiva autoridad hace uso de una atribución legal con fines distintos de los previstos en la norma que la confiere. La desviación de poder debe surgir claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca, ya que resulta indispensable llevar al juzgador la certeza incontrovertible de que las razones que tuvo la administración para dictar el acto acusado no son aquellas que la ley le permite expresamente.

De otra parte, en el caso *sub-examine*, no está acreditado en el proceso que el demandante gozara de los privilegios que concede la ley a quienes tienen fuero de estabilidad en el cargo.

Como es de conocimiento, la declaración de insubsistencia es un mecanismo que utiliza la administración para ejercer la facultad discrecional de remover del servicio a sus agentes que no gozan de fuero de estabilidad o no han cometido falta disciplinaria que amerite destitución.

Según lo ha dicho la Corporación, la facultad discrecional del nominador para remover a un empleado sin fuero de estabilidad, con el fin de velar por la conveniencia del servicio, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar unas presuntas faltas cometidas, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el empleo.

En el escrito demandatorio, la parte actora invoca como infringidos con la resolución impugnada, la Directiva Presidencial No. 13 de noviembre 10 de 1983 (Fl. 74 *ibidem*) y el Decreto No. 1792 de junio 27 de 1983, mediante el cual se congelan las plantas de personal de los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (Fl. 76 *ibidem*).

Sobre el particular, ha manifestado la Sala en numerosas sentencias que una Directiva Presidencial no puede enervar la facultad que a la administración otorga la ley respecto a la estabilidad del personal oficial. En cuanto al Decreto aludido sobre congelación de plantas de personal, éste en nada puede afectar la facultad de libre nombramiento y remoción, máxime refiriéndose, como es el caso, a la incorporación de nuevo personal, por lo que no pudo ser violado con el acto administrativo enjuiciado.

El hecho de que el actor se hubiera desempeñado "con solicitud, eficiencia, lealtad y honestidad en las funciones" (fl. 28 *ibidem*), no impedía el ejercicio de la facultad discrecional del nominador tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, ni creaba fuero de estabilidad en el empleo, como el que tienen los empleados que han ingresado a la carrera administrativa. De allí que la afirmación de que el señor Guillermo Giraldo Marín tenía, por esta circunstancia, el derecho de permanecer en el servicio, carezca de soporte jurídico en el caso *sub-judice*.

La relación de causalidad entre la insubsistencia y los posibles hechos a que se alude en la demanda, no está acreditada en el proceso. Así se establece del análisis en su conjunto y de la valoración de conformidad con las reglas de la sana crítica, de las declaraciones rendidas ante el *a-quo* por Bertha Inés Perea Uribe, Alberto Mosquera París, Mauricio Fernando Rodríguez Agudelo y Humberto José Medina Rivera, que constan a folios 123 a 138 del expediente.

Finalmente, anota la parte demandante en el libelo que el motivo de la insubsistencia, a no dudarlo, lo constituyó el oficio No. 00227 de febrero 27 de 1984 suscrito por el Director General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dirigido a la Jefe de la División de Personal de este organismo (fls. 4 y 5 *ibídem*).

Observa la Sala que en el citado oficio no se hace referencia alguna al actor, ni se formulan acusaciones contra éste y tampoco se le señala como responsable de los hechos a que se alude en el mismo. De allí que el señor Mauricio Fernando Rodríguez Agudelo, en su declaración dada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirme que “leyendo el contenido del oficio mencionado en su pregunta encuentro que contiene una serie de instrucciones impartidas al Jefe de la División de Personal y no al demandante sobre la manera como debía procederse en un asunto concreto y que en ningún aparte se le están formulando cargos o acusaciones al demandante”. (fls. 134 y 135 *ibídem*).

Así las cosas, no podría concluirse que la insubsistencia del nombramiento del señor Guillermo Giraldo Marín en el cargo que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, constituya una destitución disfrazada y, por ende, “no se le respetó el derecho al debido proceso y la debida defensa, no se adelantó el procedimiento disciplinario consagrado en las normas mencionadas”, como lo plantea la parte actora en el escrito demandatorio (fl. 33 *ibídem*).

En estas condiciones, no habiéndose probado las imputaciones de la demanda contra el acto acusado, éste permanece incólume en su presunción de legalidad, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de febrero de 1988.

SECCION SEGUNDA

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 19 de febrero de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

DEMANDA—Requisitos/PARTES—Designación/LEGITIMACION POR PASIVA

Toda demanda que se presente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo además de dirigirse al tribunal competente, debe contener, entre otras cuestiones, la designación de las partes y de sus representantes. La principal condición para ser parte deriva de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, consecuencia obvia de la personalidad que se atribuye a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, y aquellos entes ficticios capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representados judicial y extrajudicialmente. Generalmente, en lo contencioso-administrativo han de aparecer como demandados los denominados entes territoriales (Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios ...) o establecimientos públicos o empresas comerciales e industriales del Estado en cualquiera de sus manifestaciones o niveles, entendiéndose que comparecerán por medio de los organismos representativos señalados por la ley y que sean responsables del acto, del hecho dañoso, de la operación administrativa o del contrato que ha de ser objeto del litigio. Trátase de un presupuesto procesal en cuanto solo pueden ser sujetos de la relación que se establezca en virtud del libelo una vez admitido, de tal manera que no surjan dificultades para la legitimación en la causa por pasiva, o sea que exista una coincidencia entre el sujeto autor del acto o del hecho o de la operación administrativa y ese acto, ese hecho, esa operación, sin temor alguno a equívocos.

JUEZ DE INSTRUCCION PENAL MILITAR/RETIRO DEL CARGO/PROCESO DISCIPLINARIO—Improcedencia

Los jueces de instrucción penal militar no son funcionarios de la rama jurisdiccional de Poder Público. Aunque administran justicia dentro de

los alcances del artículo 58 de la Carta Fundamental, vigente hasta el 7 de julio de 1991, su instrucción legal descansa en el artículo 170 *ibídem* y, por ende, sus actividades se desarrollan con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y dependen jerárquicamente del Ministro de Defensa, en primer término, y en último, del Presidente de la República. De tal suerte que las previsiones indicadas para los jueces propiamente dichos (artículo 160) y las indicadas para la carrera judicial no son aplicables a los magistrados y jueces militares. No hay pues, dubitación entonces, acerca de que el acto acusado es un acto discrecional, no reglado, e independientemente de que se haya adelantado o no investigación disciplinaria para que se abriera paso a su separación temporal o definitiva. Y como acto discrecional que es, se halla cobijado por la doble presunción de legalidad que ampara todo acto administrativo y de que la determinación se ha tomado en beneficio del servicio público.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4187. Decretos del Gobierno. (apelación sentencia 16 de enero de 1989, Tribunal Adtv. del Meta). Actor y recurrente: Dr. Pedro Elías Soler Gutiérrez.

I

1.1.— Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia inhibitoria proferida por el Tribunal Administrativo del Meta a veintiseis (26) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en el proceso que tuvo origen en la demanda presentada por el doctor Pedro Elías Soler Gutiérrez en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho.

1.2.— La inhibición se apoya en la circunstancia de que el libelo demandatorio se dirigió contra el *Gobierno Nacional —Ministerio de Defensa Nacional—*, organismo sin personería jurídica y, por ende, carente de capacidad para comparecer en juicio ni para contraer obligaciones.

1.3.— El recurrente sostiene que él, abogado en su propio nombre, concretó la demanda a solicitar que se declarara la nulidad del art. 1o. del decreto ejecutivo No. 1829 de 23 de julio de 1984, dictado por el Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional, en cuanto por él se le

retiró del cargo de juez 30 de Instrucción Penal Militar, grado 17, de la Séptima Brigada con sede en Villavicencio, con novedad fiscal 31 de julio del mencionado año, y que si bien en el punto 2o. del *petitum* impetró que, como consecuencia de la anulación, “*se ordene al Gobierno Nacional –Ministerio de Defensa–*” reintegrarle al cargo, al solicitar en el punto 3o. que también se declarase que “*no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación* por el actor”, estaba refiriéndose, sin duda, al dicho ente de Derecho Público –la Nación– tanto que su representante en este evento, el secretario general del Ministerio de Defensa, así lo entendió, que se notificó a su nombre y otorgó poder a abogado inscrito para que actuara en este asunto. De allí que estime que debe revocarse la inhabilitación y se entre a fallar el fondo del caso sometido a la jurisdicción, cabe en lo expuesto en la demanda.

1.4.– Ya en esta instancia, la apoderada debidamente constituida por el Ministerio de Defensa Nacional pide que el proveído objeto de la apelación sea confirmado, puesto que la demanda debió ser dirigida contra la Nación, y no contra el Gobierno Nacional –Ministerio de Defensa Nacional–, entidades u organismos en los cuales están ausentes las prerrogativas de las personas jurídicas, entre ellas la de comparecer en juicio.

1.5.– La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado no participa del criterio del Tribunal y de allí que conceptúe en el sentido de que la providencia inhibitoria debe ser revocada y del que, en su lugar, se entre a conocer del fondo de las cuestiones planteadas por el actor.

1.5.1.– En lo atinente a lo primero, dice la agente del ministerio público que si bien “es cierto que en libelo inicial no se indica en forma expresa a la Nación, –Ministerio de Defensa Nacional– como sujeto pasivo de la relación procesal, dicha omisión, aplicando un criterio de amplitud, quedaría subsanada al habersele notificado el auto admisorio de la demanda a tal entidad. Más aún, en la pretensión tercera (fol. 1) se señala a la Nación como ente donde prestó sus servicios el actor, por lo que la excepción de inepta demanda por ilegitimidad de personería del demandado, propuesta por la apoderada de éste y acogida por el Tribunal en el fallo apelado que ahora se estudia, no está llamada a prosperar”.

1.5.2.– Sin embargo, la señora Fiscal, después de analizar los dos cargos que hace el libelista al acto acusado *desviación de poder* en la expedición del mismo y *violación del art. 26 del decreto-ley 2400 de 1968* por no haber en la hoja de vida constancia alguna sobre los motivos que originaron su retiro del servicio, o sea, entrando al fondo del caso, concluye en el sentido de que deben ser denegadas las peticiones del actor.

1.5.2.1.– En lo que atañe a la *desviación de poder* dice la Fiscalía: “el accionante lo hace consistir en el hecho de considerar que el Decreto impug-

nado ... se dictó no con el recto espíritu del mejoramiento del servicio, sino producto inmediato —cabe repetir— de la fuga del particular José Vicente Baquero Riveros y cuya responsabilidad jamás podrá endilgárseme habida consideración que mi proceder se ajustó a los parámetros de la honorabilidad, profesionalismo como Oficial y Funcionario honrado y recto de la Justicia castrense ... (folios 9 y 10 del C.P.), precisa anotar que no existen dentro del expediente suficientes elementos de juicio que lleven a esta Fiscalía al convencimiento de que el señor Presidente de la República hubiera estado informado de todos esos hechos y mucho menos que hubiera expedido el Decreto atacado con base en ellos.

Y aún cuando dentro del informativo se acredita la fuga protagonizada por el señor José Vicente Baquero Riveros, cuya conducta se encontraba investigada por el Juzgado 30 de Instrucción Penal Militar, a cargo del actor y, la no responsabilidad de éste declarada por el Tribunal Superior Militar en la comisión de dicha infracción, no por ello se puede llegar a concluir que el acto acusado hubiera sido expedido con desviación de poder, en razón de que el hecho de que la conducta del actor estuviera *sub-judice*, por petición de investigación penal pedida por el mismo, no puede tomarse como causal que enerve en modo alguno la facultad discrecional de que goza el Presidente de la República para nombrar y remover libremente a los jueces de Instrucción Penal Militar, funcionarios que ostentan la calidad de libre nombramiento y remoción, no amparados por carrera o período alguno que les ofrezca relativa estabilidad en sus cargos, conforme se desprende del Código de Justicia Penal Militar”.

1.5.2.2.— Respecto al segundo cargo, glosa la agente del ministerio público: “... resulta procedente anotar que la no anotación en la hoja de vida del demandante de las causas que originaron su retiro del servicio no constituyen (sic) requisito previo a la expedición del acto, ni factor determinante de su validez, ni elementos necesarios para su información”.

II

SE CONSIDERA:

2.1.— Según las voces del art. 137 del C.C.A., toda demanda que se presente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, además de dirigirse al tribunal competente, debe contener, entre otras cuestiones, “la designación de las partes y de sus representantes”.

En la acepción “partes” ha de entenderse las personas jurídicas privadas y públicas, que, junto con las personas naturales, abarcan el concepto de “sujetos de derechos y obligaciones”. En otras palabras, la ley procedimental quiere que se mencione por su nombre, no sólo a quien demanda, sino también a la persona o a las personas contra las cuales se dirige la pretensión

—sujeto pasivo— y a cualesquiera otras a quienes interese o pueda interesar la relación sustancial que sea materia de la contención.

Como ha explicado la Corte e igualmente el Consejo de Estado, la principal condición para ser *parte* deriva de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, consecuencia obvia de la personalidad que se atribuye a “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (art. 74 C.C.) y a aquellos entes ficticios capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representados judicial y extrajudicialmente (art. 633 *ibidem*).

Generalmente, en lo contencioso-administrativo han de aparecer como demandados los denominados entes territoriales (Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios ...) o establecimientos públicos o empresas comerciales e industriales del Estado en cualquiera de sus manifestaciones o niveles, entendiéndose que comparecerán por medio de los organismos representativos señalados por la ley y que sean responsables del acto, del hecho dañoso, de la operación administrativa o del contrato que ha de ser objeto del litigio. Trátase de un presupuesto procesal en cuanto sólo pueden ser sujetos de la relación que se establezca en virtud del libelo una vez admitido, de tal manera que no surjan dificultades para la legitimación en la causa por pasiva, o sea que exista una coincidencia entre el sujeto autor del acto o del hecho o de la operación administrativa y ese acto, ese hecho, esa operación, sin temor alguno a equívocos. Si se designa, por ejemplo, el órgano, organismo o autoridad que emitió el acto o el que es responsable del hecho sin que pueda haber duda acerca de la persona jurídica estadual a la que atribuya ese acto o ese hecho y por la notificación del auto admisorio de la demanda al representante del sujeto de derechos y obligaciones que nazcan o puedan nacer de la relación procesal, sería pecar de un rigorismo exagerado concluir que hay ausencia de un presupuesto de dicha naturaleza.

Por eso la Sala ha de revocar la sentencia que en su parte motiva se abstuvo de analizar el fondo de la cuestión sometida a su estudio, como para examinarlo seguidamente, dado que no cabe violación alguna de que al precisar que el autor del acto que acusa de nulidad fue el Gobierno Nacional —Ministerio de Defensa Nacional—, que el sujeto de derechos y obligaciones o persona jurídica estadual que aparece como demandada es la Nación, como se colige sin mayores esfuerzos y sin grandes disquisiciones, máxime cuando el Ministerio mencionado se notificó e instituyó apoderado para que en su nombre actuara en el juicio.

2.2.— Sé dice por el libelista que el acto acusado viola, en primer término, los arts. 17 y 20 de la Constitución de 1886 en concordancia con el art. 160 de la misma. Como quiera que el eventual quebranto de los dos primeros que son enunciativos de principios generales, sobre derecho de trabajo y sobre responsabilidad frente a la Constitución o la ley según sea

mero particular o funcionario público, ha de examinarse si, en verdad, hubo infracción o no, por el acto, del último de los artículos constitucionales anotados. Es decir, si la norma según la cual los magistrados y los jueces no pueden ser depuestos por infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior, es aplicable al demandante.

Ha de precisarse que los jueces de instrucción penal militar —cargo que desempeñaba el actor y recurrente— no son funcionarios de la rama jurisdiccional de Poder Público. Aunque “administran justicia” dentro de los alcances del art. 58 de la Carta Fundamental, vigente hasta el 7 de julio de 1991, su institución legal descansa en el art. 170 *ibídem* y, por ende, sus actividades se desarrollan con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y dependen jerárquicamente del Ministerio de Defensa, en primer término, y en último, del Presidente de la República. De tal suerte que las previsiones indicadas para los jueces propiamente dichos (art. 160) y las indicadas para la “carrera judicial” no son aplicables a los magistrados y jueces militares.

No hay, pues, dubitación entonces, acerca de que el acto acusado es un acto discrecional, no reglado, e independiente de que se haya adelantado o no investigación disciplinaria para que se abriera paso a su separación temporal o definitiva. Y como acto discrecional que es, se halla cobijado por la doble presunción de legalidad que ampara todo acto administrativo y de que la determinación se ha tomado en beneficio del servicio público.

2.3.— Sin embargo, el demandante dirige también su pretensión en el sentido de que se anule el acto por *abuso y desviación de poder*. “En consecuencia, —dice— se dictó no con el recto espíritu del mejoramiento del servicio, sino como producto inmediato —cabe repetir— de la fuga del particular José Vicente Baquero Riveros y cuya responsabilidad jamás podrá endilgármese habida consideración que mi proceder se ajustó a parámetros de la honorabilidad, profesionalismo como Oficial y Funcionario honesto y recto de la Justicia Castrense, ética y eficiencia en el servicio del cual me honro”.

Como se ha visto, el acto acusado es el Decreto 1829 del 23 de julio de 1984 y que unos días antes, el 10 de julio del mismo año, el propio demandante había solicitado a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares que investigara su conducta asumida como funcionario dentro del proceso que se seguía contra José Vicente Baquero y su posterior fuga de la cárcel de Villavicencio y, más tarde, el 17, se había dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Bogotá solicitándole que investigara el mismo asunto desde el punto de vista penal y en su condición de juez.

La apertura de investigaciones disciplinarias o penales no crean en torno al funcionario de libre remoción de la autoridad nominadora, ningún fuero de estabilidad relativa que impida a ella el uso de su facultad de removerlo cuando, según su criterio y buen juicio, sea necesario hacerlo en pro del servicio.

De modo que no aparece probado que hubiera abuso o desviación de poder al dictarse el acto acusado.

2.4.— No haber anotado la causa de la novedad que produjo la desvinculación en la hoja de vida conforme al art. 26 del decreto 2400 de 1968, si fuere aplicable al caso que ahora se juzga, no constituye defecto en el acto en sí considerado. En esto, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha sido reiterada desde hace muchísimos años.

2.5.— La Sala, habrá, pues, de revocar la sentencia inhibitoria recurrida, y, en su lugar, denegará las súplicas de la demanda, tal como lo ha sugerido; por demás, la Fiscalía Quinta de la Corporación.

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

FALLA:

1o.— Revócase la sentencia inhibitoria de 26 de enero de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en este asunto, que tuvo origen en la demanda incoada por el doctor Pedro Elías Soler Gutiérrez.

2o.— En su lugar, deniégnanse las pretensiones de la parte actora.

3o.— No hay lugar a costas por no aparecer causadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y, EN SU OPORTUNIDAD, DEVUELVA AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA

No cree la Sala que sea requisito *sine qua non* para relevar de sus funciones a un empleado de libre remoción el adelantamiento de una investigación o de un proceso de tipo disciplinario por el hecho de que un crecido número de trabajadores del ente ante el cual debe prestar sus servicios, de cuenta de ciertas irregularidades en el cumplimiento de los deberes a su cuidado. Ello no priva al nominador del poder discrecional de que está investido por la ley, el que, se repite, ha sido otorgado en beneficio del servicio óptimo que ha de prestarse a los administrados.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4166. Autoridades Nacionales. (apelación sentencia del 7 de diciembre de 1988, del Tribunal Administrativo de Sucre). Actor: Antonio Luis Yarzagaray Sarmiento.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la entidad demandada, —Contraloría General de la Nación—.

ANTECEDENTES

Pretende el demandante, en síntesis, la nulidad de la resolución No. 00624 de 11 de febrero de 1987, por medio de la cual se declaró la insub-

sistencia de su nombramiento como Auditor Regional Nivel Ejecutivo Grado 5 ante Telecom de Sincelejo; que como consecuencia de la anterior declaración se le restablezca en su derecho, se le reintegre al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y se condene a la Contraloría General de la Nación a pagar todos los salarios, primas, viáticos, cesantías y demás prestaciones dejadas de percibir desde el día en que fue declarado insubsistente, hasta la fecha en que se produzca su reintegro y que se declare en la sentencia que no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios.

Estima el actor que con la expedición del acto administrativo se violaron las siguientes normas:

Artículos 16, 20, 51 y 62 de la C.N., y arts. 31, 32, 33, 34 a 53 inclusive del decreto 937 de 1976.

En desarrollo del concepto de la violación, dice el demandante que:

“Tanto la doctrina como la Jurisprudencia Nacional y Extranjera, son unánimes en afirmar que la facultad que las leyes conceden al nominador, para declarar insubsistente un empleo no es absoluta, por cuanto ella necesariamente se debe dirigir a la consecución del buen servicio. Este concepto de la satisfacción y mejoramiento del servicio público, tiene que orientar toda la actividad del Estado, en todos los órdenes y niveles”.

“En el caso que hoy nos ocupa, se violaron los procedimientos establecidos en leyes especiales que regulan la conducta de los funcionarios al servicio de la Contraloría, para el caso de violarse reguladora de una conducta contemplada como falta disciplinaria; es así como la acusación en contra del demandante constituye una falta grave de acuerdo con el decreto 937 de 1976, que estatuye que cuando ello sucede se debe adelantar la correspondiente investigación para establecer la verdadera responsabilidad del funcionario inculpadó y principalmente darle la oportunidad de defenderse, contestando los cargos y solicitando las pruebas, todo ello tendiente a demostrar su inocencia.

“En el presente caso, a pesar de existir una acusación tan grave como la formulada en contra de mi representado, no se adelantó la correspondiente investigación, la cual era obligatoria de acuerdo con lo ordenado en la ley y sostenido en reiteradas jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado.

“En síntesis, al no adelantarse la respectiva investigación, se violaron normas superiores de derecho, se incurrió en una desviación de poder,

que son razones suficientes para que esa alta Corporación declare la nulidad del acto administrativo acusado.

“Por regla general, el motivo o causa de un acto de insubsistencia es el mejoramiento del servicio público, pero aquí aparece en forma clara que el motivo que tuvo la administración para prescindir de los servicios del demandante no fueron otros que la acusación hecha en su contra, las cuales aflorarán en el proceso en su oportunidad legal. En síntesis, al no esperarse la culminación de la respectiva investigación que se adelantaba en su contra se violaron normas superiores y se cayó como consecuencia en desviación de poder, que son razones para que esa alta Corporación declare la nulidad del acto administrativo acusado””.

DEL FALLO RECURRIDO

El Tribunal de primera instancia declara probada la excepción de caducidad al considerar que a partir de la fecha de notificación del acto (12 de febrero de 1987), hasta la fecha de presentación de la demanda (13 de junio del mismo año), había transcurrido el término de cuatro meses establecido en el artículo 136 del C.C.A., por lo tanto la acción había caducado.

DE LA VISTA FISCAL EN ESTA INSTANCIA

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, al descorrer el traslado de rigor, solicita se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que, si bien es cierto que la comunicación de insubsistencia tiene fecha de *12 de febrero*, el actor *sólo tuvo conocimiento* de ello el día 13, por la circunstancia de haberse recibido el marcónigrama en las oficinas de Telecom de Sincelejo, en las horas de la noche *haciéndose imposible para el demandante tener conocimiento de él ese mismo día*.

En cuanto a la desviación de poder alegada por el actor, dice la Fiscalía:

“Al respecto observa esta Agencia Fiscal que de acuerdo al acervo probatorio que obra dentro del proceso se desprende que el actor era empleado público de libre nombramiento y remoción, no amparado por fuero alguno que le ofreciere estabilidad relativa a su cargo, por lo que podía ser removido del mismo en cualquier momento, como en efecto lo fue, en el ejercicio de la facultad discrecional conferida al nominador en aras del buen servicio y, ciertamente, no se acredita dentro del informativo que dicha facultad se hubiera ejercido con móviles diferentes. La circunstancia de que se hubieran acercado al proceso documentales, tales como las que obran a folio 10 del cuaderno principal y tales como las copias del proceso disciplinario No. 006002, adelantado contra el

actor por presuntas faltas e irregularidades *cometidas en ejercicio de su profesión*, que culminó con el archivo del expediente al considerarse que el inculpado se limitó solamente al cumplimiento de su deber, no llevan a esta Agencia del Ministerio Público a la convicción de que la resolución impugnada se hubiera expedido con desviación de poder, por cuanto como consecuencia de dichas quejas formuladas contra el actor no tiene porqué nacer un derecho de estabilidad en el cargo del que antes carecía, sino que antes por el contrario, se convierten en razones del buen servicio que hacen aconsejable su retiro.

“Así las cosas opina esta Fiscalía que el acto acusado permanece amparado por la presunción de legalidad que lo cobija, debiéndose, por ello, proferir decisión de mérito denegando las súplicas impetradas en el libelo inicial””.

No encontrándose vicios que afecten la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

I.— Según las voces del art. 136 del C.C.A., vigente en su plenitud original al ser presentada la demanda que dio origen a este proceso, la acción “de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso ...”, salvo que el demandante sea una entidad pública, en cuyo evento caducará al término de dos años.

No es, pues, la fecha del acto en sí mismo considerado lo que sirve de iniciación para contar el plazo respectivo, sino el día en que se publicó, o se comunicó, o se notificó o ejecutó el proveído de la administración. En otras palabras, es el coadyuvante del acto —la publicación, la notificación, la comunicación o la ejecución—, indispensable para su realización, la guía a seguir para determinar si el demandante todavía dispone del derecho de acudir a la jurisdicción en ejercicio de las pretensiones que demarcan la llamada acción de restablecimiento del derecho.

Tratándose como se trata en el *sub-lite* de un acto administrativo que dispuso la insubsistencia de un nombramiento que para su ejecutoriedad sólo requiere *de la comunicación* —que obviamente, tiene por objeto poner al interesado en conocimiento *legal* del mismo—, la fecha que da comienzo al cómputo del tiempo necesario para acudir a los tribunales es aquella que coincida con la fecha en que dicha comunicación llegó a manos del interesado, para que así el acto se torne plenamente eficaz.

Entonces, aunque el acto administrativo acusado fue expedido el 11 de febrero de 1987, comoquiera que se halla plenamente acreditado en autos que la comunicación llegó al lugar de ejercicio de su empleo el día

SECCION SEGUNDA

13 de los mismos mes y año, habiéndose presentado la demanda el día 13 de junio de dicho año, es de concluir que la acción no se hallaba aún caducada y, por tanto, el *a-quo* ha debido entrar a fallar de fondo; asiste, pues razón a la agente del Ministerio Público y de allí que la Sala haya de revocar la sentencia apelada, como en efecto lo hará.

II.— Adentrándose así en la cuestión sometida a la decisión de la jurisdicción, ha de observarse que, como ya se vio, se está en presencia de un acto administrativo que declaró, sin motivación expresa, la insubsistencia del nombramiento de un empleado público no inscrito en carrera administrativa ni en alguna otra similar.

Y se dice por el demandante y hoy recurrente que el acto en cuestión se halla afectado del vicio de desviación de poder porque contra el hoy demandante estaba pendiente una acusación grave en su contra y, no obstante ello, la autoridad nominadora no abrió la correspondiente investigación que le diera la oportunidad de defenderse.

Más sin embargo de que se admitiera la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la acusación grave y la decisión unilateral de la autoridad nominadora de separarlo del cargo que venía desempeñando, no cree la Sala que esa sola circunstancia sea configurativa de desviación de poder. Porque si el acto de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento, de un empleado público no vinculado a carrera es por naturaleza *discrecional*; si la discrecionalidad está erigida por la ley como facultad para que la administración, en aras del buen servicio, adopte las medidas que crea necesarias, con buen juicio y discernimiento, para que la cosa pública marche o transcurra por sus cauces correctos en beneficio de la comunidad, y si, además, el acto administrativo está amparado de la presunción de legalidad, habría que demostrar, por parte del actor, que la decisión administrativa ha sido tomada en vista de un fin diferente al que es base y soporte de la facultad que la ley ha otorgado. Es decir, la competencia resulta “desviada” de su fin legítimo, por lo que el acto será ilegal en razón de su fin.

Resultaría aventurado aseverar que el mensaje telegráfico, fechado a 28 de septiembre de 1986 que obra en fotocopia certificada por notario a folio 10 del cuaderno principal, sea la causa eficiente de la declaratoria de insubsistencia del hoy demandante, y que lo que en ella se dice fuera motivo suficiente para adelantar investigación disciplinaria. Ese mensaje dice a la letra: “Los abajo firmantes todos trabajadores de TELECOM denunciarnos el no cumplimiento de sus funciones sr. Antonio Yarzagaray auditor ante esta oficina. Citado nos viene perjudicando toda vez que se suceden pagos nuestros salarios como por ejemplo hoy a esta hora no se ha reportado a su oficina punto. Es intolerable que por capricho se perjudiquen empleados honestos como nosotros esperamos su respuesta sobre el particular. Fraternalmente ...” Ese mensaje fue dirigido al señor Contralor General de la República.

No cree la Sala que sea requisito *sine qua non* para relevar de sus funciones a un empleado de libre remoción el adelantamiento de una investigación o de un proceso de tipo disciplinario por el hecho de que un crecido número de trabajadores del ente ante el cual debe prestar sus servicios, de cuenta de ciertas irregularidades en el cumplimiento de los deberes a su cuidado. Ello no priva al nominador del poder discrecional de que está investido por la ley, el que, se repite, ha sido otorgado en beneficio del servicio óptimo que ha de prestarse a los administrados.

De modo, pues, que no habiéndose desvirtuado la legalidad que se presume del acto acusado, conservando éste los supuestos de perfección, de verdad y de irregularidad que apuntan al buen servicio público, las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

1o.)— Revócase la sentencia inhibitoria de 7 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

2o.)— Deniéganse las pretensiones de la demanda.

3o.)— No hay lugar a costas por no haberse causado.

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 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO—Independencia/PROCESO PENAL—Independencia/PREJUDICIALIDAD PENAL—Improcedencia

La circunstancia de que en la justicia penal el acervo probatorio aportado al proceso no fuera suficiente para sancionar penalmente al demandante, por cuanto no merece credibilidad, según la providencia judicial, no implica necesariamente que el acervo probatorio allegado a la investigación administrativa adelantada contra el actor, no fuera suficiente para imponerle la sanción disciplinaria aplicada mediante los actos administrativos enjuiciados, si se tiene en cuenta que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4700. Decretos del Gobierno. Actor: Helder Cáceres Jaramillo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de septiembre 6 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso instaurado por Helder Cáceres Jaramillo en orden a obtener la nulidad de los decretos Nos. 2303 de diciembre 2 de 1987 y 1608 de agosto 9 de 1988, expedidos por el gobierno nacional, mediante los cuales se destituyó al demandante en el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría Interna de Impuestos sobre la Renta y Sucesoral de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como restablecimiento del derecho se solicita en el libelo se reintegre al actor en el empleo que ocupaba, o a otro de igual o superior categoría dentro de la planta de personal del citado organismo, con el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, la no solución de continuidad en sus servicios; solicita igualmente, que se declare responsable a la Nación por los daños morales y perjuicios materiales causados al demandante, en virtud de los actos impugnados, cuya cuantía estima en la suma de diez millones de pesos, m/cte (folio 26 vuelto cdno. ppal.).

El *a-quo* denegó las pretensiones hechas en el escrito introductorio, luego de manifestar que no eran procedentes las excepciones propuestas por la parte demandada (folios 57 a 78 *ibídem*).

Consideró el Tribunal del conocimiento que el artículo 26 de la Constitución Política anterior, no es susceptible de violación directa, toda vez que dicha disposición consagra de manera general o abstracta los principios de legalidad de los delitos y de las penas, del debido proceso y de la favorabilidad de la ley en materia criminal; que en cuanto al artículo 76 ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo, esa norma no ha podido ser infringida con los actos acusados, ya que éstos dispusieron la destitución del demandante y aquella se refiere a una conducta disciplinaria sancionable para el empleado que omita decretar o practicar las pruebas a que haya lugar; que en lo atinente al régimen disciplinario aplicable, le asiste razón al actor, pues los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público están comprendidos especialmente por el decreto No. 786 de 1985, que reglamentó en materia disciplinaria el decreto 2400 de 1968 al igual que el decreto 400 de 1983; que no obstante el hecho de que en el proceso penal se haya ordenado la cesación de todo procedimiento en contra del demandante, no pueden obtenerse las consecuencias pretendidas por éste, en lo que se relaciona a que no podía iniciarse o continuarse ninguna investigación disciplinaria en su contra por el mismo hecho; que en el caso *sub-lite* dentro del proceso penal en ningún momento se demostró la inexistencia del delito, sino que no se pudo comprobar la existencia del mismo; que así se hubiera acreditado que no existió delito alguno, nada se opone a que una conducta que no alcanzó el carácter de hecho punible pueda ser acreditada como constitutiva de falta disciplinaria; que reiteradamente se ha sostenido que la investigación disciplinaria contra funcionarios es independiente del proceso penal que por el mismo hecho se adelanta; que en lo que concierne al trámite disciplinario adelantado, se encuentra que se desvirtuó la afirmación del demandante en el sentido de que violó el derecho de defensa por falta de la práctica de algunas pruebas solicitadas; que la investigación disciplinaria se cumplió en debida forma, acorde con el procedimiento previsto en los decretos 400 de 1983 y 786 de 1985; que aunque se hayan citado el decreto 2400 de 1968 y la ley 13 de 1984, no es viable hablar de aplicación indebida de estas disposiciones, puesto que no fueron seguidas en cuanto a la ritualidad o trámite de la investigación, sino únicamente en lo que se refiere con la cali-

ficación de la conducta del actor como constitutiva de falta disciplinaria; que en tal aspecto, aquellas normas son perfectamente aplicables de manera general para todos los empleados públicos, y que específicamente, en lo relacionado con las faltas disciplinarias de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, el artículo 1 del decreto 400 de 1983 remite a "las previstas en los decretos 2400 y 3074 de 1968, 1950 de 1973, 2492 de 1975 y demás normas vigentes"; que no es del caso hacer pronunciamiento de fondo acerca de la petición de condena a la Nación, por los perjuicios morales y materiales causados al demandante con la destitución de su empleo, ya que dicha condena solo podría ser impuesta como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad del Estado, a través de un proceso de reparación directa y cumplimiento, y no en uno de restablecimiento del derecho como el que es objeto de controversia jurídica en el caso *sub-júdice*.

Por su parte el demandante en el escrito de sustentación del recurso de apelación (fl. 77 y 78 *ibídem*), expresa que quedó establecido y probado dentro del proceso que le fueron aplicados al actor procedimientos señalados en otras disposiciones; que si el *a-quo* acepta que a éste se le aplicaron otras normas en desarrollo de la investigación administrativa, no se puede concluir cosa diferente que al demandante no se le garantizó el "debido proceso"; que por consiguiente como se dijo en el libelo, los actos administrativos impugnados fueron falsamente motivados, pues dan por cierto un hecho que no fue probado administrativamente; que por el contrario, un juez penal del circuito declaró inexistente el hecho; que la independencia de la decisión administrativa con relación a la decisión judicial previa, no puede ser tal que aquélla de por cierto lo que ésta considero inexistente, además, si se tiene en cuenta que en el trámite disciplinario tampoco se probó la acusación; que la jurisdicción Contencioso Administrativa no puede coadyuvar a que haga carrera el hecho de que basta acusar a un empleado, sin motivo y sin prueba, con el fin de separarlo del servicio.

Por las razones que aparecen expuestas en el extenso concepto emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado el 9 de febrero de 1990 y que obra a folios 83 a 86 del cuaderno principal, la agencia del Ministerio Público es de opinión de que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas del escrito introductorio.

Admitido el recurso de apelación por auto de noviembre 9 de 1989 (fl. 81 *ibídem*), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

1) Como ya se vio, se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de los actos administrativos expedidos por el gobierno nacional, mediante los cuales se destituyó al actor en el cargo que desempeñaba en la Adminis-

tración de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto exigió y recibió de un contribuyente una determinada suma de dinero por agilizarle la expedición de un paz y salvo.

2) Según la parte actora, no era dable jurídicamente que la administración adelantara investigación disciplinaria contra el demandante, ya que la autoridad judicial previamente la había exonerado de toda responsabilidad al considerar inexistente el hecho constitutivo del delito.

3) A folios 64 a 68 del cuaderno No. 4 aparece la providencia de marzo 29 de 1985 dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la ciudad de Armenia, en la cual se decidió "1o. declarar la inexistencia del delito dentro de estas diligencias, iniciadas en contra del señor Helder Cáceres Jaramillo, por el presunto delito de cohecho impropio, donde aparece ofendida la Administración Pública, por las razones anotadas" y "2o. Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cesación de todo procedimiento en contra del acusado".

En la parte considerativa de la citada providencia judicial se dijo:

"Las afirmaciones en contra de Cáceres Jaramillo, antes mencionadas, quedaron huérfanas de comprobación, es decir, que únicamente tenemos en contra del acusado, la sindicación que le hacen los hermanos José Absalón y Carlos Arturo Isaza Bermúdez, acusaciones que por ser provenientes de parte interesada, no merecen credibilidad, máxime cuando se encuentran huérfanas de toda comprobación".

4) Sobre el particular el Tribunal Administrativo del Quindío en la sentencia apelada expresó lo siguiente:

"Sin embargo, del hecho de que dentro del proceso penal se haya ordenado la cesación de todo procedimiento en contra del demandante, no pueden deducirse las consecuencias pretendidas por éste, en el sentido de que no podía iniciarse o continuarse ninguna investigación disciplinaria en su contra por ese mismo hecho.

En primer lugar, la declaratoria de inexistencia del delito de cohecho de que fue acusado el Sr. Cáceres Jaramillo se basó en lo siguiente:

"Las afirmaciones en contra de Cáceres Jaramillo, antes mencionadas quedaron huérfanas de comprobación, es decir, que únicamente tenemos en contra del acusado, la sindicación que le hacen los hermanos: José Absalón y Carlos Arturo Isaza Bermúdez, acusaciones que por ser provenientes, de parte interesada, no merecen credibilidad ..." "Así las cosas, estima el Despacho que el camino a seguir no es otro que el de

dar aplicación al Art. 163 del C. de P. P., por inexistencia del delito". (fls. 187 a 191, C. 5).

Lo anterior quiere decir que en ningún momento, dentro del proceso penal, se demostró la inexistencia del delito de que se acusaba al Sr. Cáceres, sino que no se pudo comprobar la existencia del mismo. Y aunque se hubiera acreditado que no existió delito alguno, nada se opone a que una conducta que no alcanzó el carácter de hecho punible pueda ser acreditada como constitutiva de falta disciplinaria. La resolución penal de cesación de "todo procedimiento" impide que se adelante nuevamente investigación penal por el mismo hecho, pero no tiene nada que ver con otra clase de investigaciones como la de orden disciplinario.

En segundo lugar, reiteradamente se ha dicho que la investigación disciplinaria contra los funcionarios públicos es completamente independiente del proceso penal que por el mismo hecho se adelante". (fls. 69 y 70 cdno. ppal).

5) La Sala comparte las consideraciones transcritas hechas por el *a-quo* en el fallo recurrido, pues la circunstancia de que en la justicia penal el acervo probatorio aportado al proceso no fuera suficiente para sancionar penalmente al demandante, por cuanto no merece credibilidad, según la providencia judicial, no implica necesariamente que el acervo probatorio allegado a la investigación administrativa adelantada contra el actor, no fuera suficiente para imponerle la sanción disciplinaria aplicada mediante los actos administrativos enjuiciados, si se tiene en cuenta que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, como lo ha señalado la Corporación en numerosas oportunidades.

Es de recordar que la ley 13 de 1984 y el decreto reglamentario 482 de 1985 determinan la independencia de la acción disciplinaria de la acción penal.

El inciso 2o. del artículo 13 de dicha ley consagra que la iniciación de la acción penal no inhibe a la administración para llevar a cabo la acción disciplinaria e imponer la respectiva sanción; asimismo, los artículos 6 y 7 del referido decreto establecen que toda falta disciplinaria cometida por un empleado origina acción disciplinaria, cuyo ejercicio es obligatorio no obstante se haya iniciado acción penal y que la responsabilidad emanada de aquella acción iniciada contra un funcionario es independiente de la responsabilidad civil o penal que la acción disciplinaria pueda originar.

Por lo expuesto luego en esta providencia, la Sala considera que en el caso *sub-lite* es viable aplicar la ley 13 de 1984.

De igual forma, el Decreto No. 0400 de febrero 10 de 1983 estatuye en su artículo 24 los efectos penales y fiscales de la investigación por enriqueci-

miento ilícito, en virtud de la tarea asignada al funcionario investigador o fallador en dicho artículo, lo cual no implica la suspensión de la acción disciplinaria que continuará hasta su terminación.

6) Está igualmente de acuerdo la Sala con lo que afirma la Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Impuestos Nacionales en auto No. 364 de septiembre 10 de 1987, posterior al informe rendido por el funcionario investigador (folios 352 a 361 cuaderno No. 5), relacionado con la calificación de la falta disciplinaria en que incurrió el demandante, cuando dice:

“En cuanto a las peticiones formuladas por el Apoderado, con el fin de ordenar el archivo del expediente, no puede accederse a ellas. El haberse producido un fallo penal favorable al investigado y hacer tránsito de cosa juzgada y las razones que tuvo la justicia ordinaria para proferir dicho fallo, no obligan al ente administrativo, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 13 de 1984, Inciso 2o., el cual lo faculta para adelantar la acción disciplinaria hasta su culminación, y si fuere del caso, imponer la sanción correspondiente, por tal razón tampoco operaría la prejudicialidad solicitada por el litigante. Es un hecho incontrovertible el acatamiento que deben merecernos las decisiones judiciales y no es que se desconozcan, pero bien sabido es que los presupuestos tenidos en cuenta para establecer la falta administrativa disciplinaria pueden ser muy diferentes a los que son necesarios para la configuración del delito y, por tanto, se presente la modalidad que mientras la Justicia Ordinaria produzca un fallo en determinado sentido administrativamente sea contrario a este. Tampoco es aplicable el artículo 148 del Decreto 1950 de 1973 para efectos de la prescripción sino la ley 13 del 9 de marzo de 1984, la cual en su artículo 6o. fija la prescripción de la acción disciplinaria en cinco (5) años”. (fl. 373 cdno. No. 5).

7) En el decreto No. 1608 de agosto 9 de 1988, que resuelve negativamente el recurso de reposición interpuesto por la parte actora (fl. 13 cdno. ppal.), se analiza así el aspecto controvertido y la declaración dada por el señor José Jesús Osorio Echeverry:

“En este sentido el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia de fecha 29 de marzo de 1985, en ningún momento podría impedir que en materia administrativa se adelantara el correspondiente proceso disciplinario, y que al cabo del mismo fuera impuesta la sanción fijada en el Decreto 2303 del 2 de diciembre de 1987, como consecuencia directa de violación de normas de carácter disciplinario consistentes en haber intervenido como intermediario o “gestor” para agilizar la expedición de un paz y salvo y haberse demostrado plenamente su actuación en este mismo procedimiento, hecho

que fuera claramente señalado y probado en el curso de la investigación administrativa, tal como consta en el acta 19 de 1987 correspondiente a la sesión celebrada por la Comisión de Personal el 10. de octubre del mismo año, la cual en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 49 de la Ley 13 de 1984 y tras un riguroso estudio, recomendó por unanimidad aplicar por dicha razón sanción de destitución al señor Cáceres Jaramillo con inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de un año.

2. Respecto a lo expuesto sobre la declaración rendida por el señor José Jesús Osorio Echeverry con posterioridad a la notificación del auto de apertura de la investigación de fecha 20 de marzo de 1987, se tiene que la misma carece de la credibilidad procesal necesaria para desvirtuar las inculpaciones formuladas al señor Cáceres Jaramillo, toda vez que como obra en el expediente a folios 26, 27 y 28 y en las exposiciones presentadas ante la Justicia Penal, bajo la gravedad de juramento, afirmó y reiteró que el citado señor se había trasladado hasta su oficina, ubicada en el municipio de Quimbaya (Quindío) y le manifestó entre otras cosas: "Que esa gente pedía setenta mil pesos (\$70.000.00) por arreglar eso". Afirmación ésta que apreciada y valorada conjuntamente con los demás elementos probatorios que obran en el expediente, en detalle señalados en el auto arriba indicado, permitió establecer la responsabilidad del inculcado, dado que en aquellos a todas luces gravitan, una tras otro, una serie de indicios graves en virtud de los cuales se infiere la comisión de la falta atribuida.

3. En cuanto a los argumentos expuestos en el memorial de descargos, se debe anotar que éstos fueron debida y ampliamente evaluados en las instancias respectivas, tal como se observa en el concepto emitido dentro del proceso disciplinario por el Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante auto 364 del 10 de septiembre de 1987, así mismo por el examen efectuado por los miembros de la Comisión de Personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la sesión correspondiente al 10. de octubre de 1987, según acta 19, evaluación que este despacho comparte plenamente según se expresó en el decreto impugnado". (fl. 13 Diario Oficial).

8) En lo atinente a la indebida aplicación de disposiciones disciplinarias al demandante en el proceso disciplinario, de conformidad con lo expuesto en el escrito introductorio y en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de septiembre 6 de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, manifiesto el *a-quo*:

"3.— En cuanto al régimen disciplinario aplicable, punto central de la demanda, le asiste la razón al demandante en el sentido de que tratándose de servidores del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es

aplicable especialmente el Decreto No. 786 de 1985 que, en materia disciplinaria, reglamentó el Decreto 2400 de 1968, como también lo es el 400 de 1983". (fl. 68 cdno. ppal).

Más adelante, sobre este tópico expresó el Tribunal del conocimiento:

"b. En la investigación disciplinaria adelantada contra el Sr. Helder Cáceres Jaramillo se cumplió en debida forma el trámite previsto en los Decretos 400/83 y 786/85 y aunque se haya citado el Decreto 2400 de 1968 y la Ley 13 de 1984, no puede hablarse de aplicación indebida de estos dos estatutos, puesto que no fueron seguidos en cuanto a la ritualidad o trámite de la investigación, sino únicamente en relación con la calificación de la conducta del Sr. Cáceres como constitutiva de falta disciplinaria. En este aspecto, estas disposiciones son perfectamente aplicables como normas que, de manera general para todos los funcionarios o empleados públicos, se refieren a la calificación del empleo público, las condiciones para el ejercicio del mismo, los deberes, derechos y prohibiciones de tales empleados y las sanciones aplicables en caso del incumplimiento de dichos deberes. Y específicamente en cuanto a las faltas disciplinarias de los empleados de Impuestos Nacionales, el artículo 1o. del Decreto 400 de 1983 remite a "las previstas en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, 1950 de 1973, 2492 de 1975 y demás normas vigentes". (fls. 72 y 73 ibídem).

Considera la Sala acertada la conclusión del *a-quo* sobre el aspecto debatido, pues basta leer el artículo 1o. del decreto legislativo No. 400 de enero 10 de 1983, para establecer que por remisión de dicha disposición es aplicable en materia de faltas disciplinarias el decreto 2400 de 1968 y, por consiguiente sobre este aspecto igualmente la ley 13 de 1984, que luego modificó y adicionó en lo pertinente el referido decreto, no obstante los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuenten con un régimen disciplinario especial consagrado en el mencionado decreto 400 de 1983 y en el decreto 786 de 1985.

De otra parte, obsérvese que este último decreto reglamenta no sólo el decreto 400 de 1983 sino también el decreto 2400 de 1968 y que en el párrafo de su artículo 41 dispone:

"A falta de norma expresa en el procedimiento disciplinario se aplicarán analógicamente las normas de la ley 13 de 1984, las del Código Contencioso Administrativo y las del Código de Procedimiento Civil o aquéllas que regulen procesos similares".

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 6 de septiembre de 1989, dentro del proceso promovido por HELDER CACERES JARAMILLO.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO OFICIAL – Clasificación/CONGRESO/COMPETENCIA/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

Como regla general la clasificación de los empleados oficiales, en el derecho administrativo laboral colombiano es de competencia del legislador. El acto específico mediante el cual se concreta esta clasificación en las entidades descentralizadas, es de naturaleza administrativa y de competencia de las autoridades administrativas.

Consejo de Estado. – Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda. – Santafé de Bogotá, D. C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3905. Actor Javier Hernández Botero. Asuntos Municipales.

JAVIER HERNANDEZ BOTERO obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, la declaración de nulidad del Acuerdo No. 027 de noviembre 20 de 1987, dictado por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal, por medio del cual se efectuó la clasificación del personal al servicio de la administración de esa municipalidad.

En la demanda se invocan los artículos 17, 20 y 44 de la Constitución Política, los artículos 12 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 293 del Decreto 1333 de 1986, cuya violación, en síntesis, según el accionante, se presenta porque el Alcalde y los Concejales del citado municipio, quienes se hallan gobernados por lo previsto en el artículo 20 de la Carta, desco-

nocieron lo normado por el artículo 293 del Decreto citado, que hace inaplicable la conversión en empleados a actuales trabajadores de los municipios y porque tal transformación de los trabajadores municipales de Santa Rosa de Cabal, atenta contra los derechos de asociación y de huelga, contra el principio legal de irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que consagran las disposiciones que regulan el trabajo humano y contra el derecho de estabilidad y protección al trabajo.

De igual manera, el demandante estima que el acto acusado transgrede los artículos 3o. y 4o. de la Convención Colectiva de Trabajo existente entre el municipio mencionado y sus trabajadores, vigente desde el 1o. de enero hasta el 31 de diciembre de 1987, "ya que excluye de la calidad de TRABAJADORES, a trabajadores y OFICIALES ACTUALES que son los mencionados en el Artículo (sic) 3 de la Convención", y porque se lesiona el derecho a la estabilidad de quienes son trabajadores oficiales.

El fallador de primera instancia en la sentencia recurrida, tras precisar que el parágrafo del art. 293 del Decreto 1333 de 1986 que señala que las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serán afectadas por lo dispuesto en los arts. 291 y 292 ib., no es aplicable a la clasificación de los servidores municipales como empleados públicos o trabajadores oficiales, pues ese no es un derecho según lo ha dicho el Consejo de Estado en varias sentencias y que por ello el acto acusado no lo transgrede; indica además que, como no se probó "que los cargos mencionados en la Convención colectiva como trabajadores oficiales y no incluidos en la lista del artículo 2 del acuerdo 027, correspondan a actividades de "trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas", que son los que según la Ley 11/86 y el C.R.M. son desempeñadas por trabajadores oficiales", no es dable concluir que el acuerdo 027 viole las normas legales invocadas en el libelo, "pues el ataque se dirige únicamente a una alegada violación de situaciones jurídicas amparadas por el parágrafo del artículo 293 C.R.M."

Aduce como "un argumento adicional que excluiría por sí solo una posible infracción del parágrafo del artículo 293 C.R.M. por parte del acuerdo 027 al enfrentarse esta a la convención colectiva, es el que el parágrafo en mención se refiere a situaciones anteriores al mismo artículo (43 de la Ley 11/83 y 293 C.R.M.) y la convención es posterior a la vigencia de tal artículo".

En cuanto al quebranto del artículo 44 de la Constitución Nacional que garantiza el derecho de asociación y el de la convención colectiva mencionada, el Tribunal estima que el demandante carece de legitimación en la causa para accionar por la posible transgresión de derechos del sindicato o de los que se derivan de la convención colectiva mencionada y respecto de esto último argumenta que "El actor no alega el quebrantamiento de un derecho suyo, y en ese caso de haberlo hecho, la acción no será la de nulidad" (fl. 100).

Sobre la transgresión de los artículos 12 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo, el a-quo precisa:

La prosperidad de estos cargos exigiría como supuesto imprescindible que dicho acuerdo privara a trabajadores oficiales de la calidad de tales, calidad que deriva de la ley y que el Concejo Municipal no puede desconocer o variar pues la clasificación de los servidores públicos en empleados oficiales y trabajadores públicos corresponde, en tratándose de empleados del Municipio, a la ley. En parte alguna aparece prueba de que un trabajador oficial haya sido incluido como empleado público. En efecto la mera mención que se haga en una Convención Colectiva de ser trabajador oficial no confiere esta calidad, ya que como acaba de decirse esa calidad o la de empleado público la otorga la ley. (fl. 101).

Contra la sentencia comentada la parte actora interpuso el recurso de apelación y al sustentarlo impugna la providencia del a-quo, porque no es cierto, como en ella se expresa, que en el libelo se diga que el Acuerdo 027, violó el artículo 293 del Código de Régimen Municipal y sostiene que lo que afirmó es que debían respetarse las situaciones consolidadas "por tanto quienes eran considerados trabajadores oficiales continuarían con esa calidad hasta cuando dejaran el servicio" y prosigue:

Cuando he mencionado lo del Derecho Adquirido estoy cierto que se exige el justo título y si bien su forma de vinculación no es un Derecho Adquirido, sí lo es la Ley que en su Artículo 293 del C.R.M. refiriéndose a las personas y no a los cargos hace inaplicable la conversión en empleados a actuales trabajadores por ello dije que el Acuerdo entre tantas violaciones desconocía la Convención Colectiva del Trabajo que le fué (sic) anterior.

Critica el apelante la expresión contenida en la sentencia "no se puede confundir la legalidad del acto acusado, que es lo debatido en una acción de nulidad, con sus efectos respecto a situaciones particulares", porque si ello fuera así la acción de nulidad se convertirá en "un mero formalismo inoperante en la práctica lo que no es cierto, los efectos del acto sí están ligados a su legalidad, por ello se demandó el acto, no se puede considerar solamente los vicios de forma porque entonces no habría nunca examen del contenido del acto administrativo y obviamente no se necesitaría la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

Rechaza la afirmación del a-quo sobre falta de legitimación en la causa, pues considera que la legitimación en la causa la tienen "todos los interesados en que permanezca vigente el Estado de Derecho, los trabajadores al perder esa calidad dejan de pertenecer al Sindicato de Trabajadores, pero no es el Sindicato el interesado en la Asociación, lo es el trabajador quien ante

SECCION SEGUNDA

la justicia es el perjudicado no un ente ficticio como es el Sindicato, es el trabajador que con el Acuerdo Municipal pierde esa garantía”.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su concepto de fondo y por las razones que en el consigna, opina que el fallo recurrido debe confirmarse.

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El acto acusado es el Acuerdo No. 027 de noviembre 20 de 1987, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal, mediante el cual, se hizo la clasificación del personal al servicio de la administración municipal, en la siguiente forma:

“ARTICULO PRIMERO: Clasifíquese el personal al servicio de la Administración Municipal en Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales para dar cumplimiento a lo establecido en los Artículos 38 y 42 de la Ley 11 de 1986.

ARTICULO SEGUNDO: El artículo 42 de la Ley 11 de 1986 estipula: “SON TRABAJADORES OFICIALES AQUELLOS QUE SE DEDICUEN A LA CONSTRUCCION Y SOSTENIMIENTO DE OBRAS PUBLICAS”. Por lo tanto acogiéndonos al texto legal de la norma, son trabajadores oficiales del Municipio de Santa Rosa de Cabal, los Obreros que en la actualidad son cuarenta y uno (41), Los Conductores de Volqueta que son diez (10), Dos operadores (Uno de Cargador y otro de Motoniveladora), adscritos éstos a la Secretaría de Obras Públicas Municipales, por tratarse de que sus actividades permanentes dentro de esta Dependencia, coinciden con las señaladas por la Ley para el efecto.

ARTICULO TERCERO: Son por lo tanto empleados públicos, los demás funcionarios de la Administración Municipal que no desarrollen actividades de construcción y sostenimiento de Obras Públicas y que se hayan vinculado a la Administración Municipal mediante firma del acta de posesión.

ARTICULO CUARTO: Los trabajadores oficiales al servicio del Municipio, en particular los señalados en el Artículo Segundo, tienen por lo tanto todas las prerrogativas consagradas por la Ley para ejercer el libre derecho de asociación.

ARTICULO QUINTO: Los empleados públicos al servicio de la Administración Municipal de Santa Rosa de Cabal descritos en el Art. Tercero, estarán sujetos a las disposiciones de orden legal para llevar a cabo

el ejercicio de asociación y presentar las solicitudes respetuosas de Ley ante los Jefes de la Administración Municipal.

Como regla general, la clasificación de los empleados oficiales, en el derecho administrativo laboral colombiano es de competencia del legislador. El acto específico mediante el cual se concreta esta clasificación en las entidades descentralizadas, es de naturaleza administrativa y de competencia de las autoridades administrativas.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 11 de 1986, compete a los Concejos Municipales, a iniciativa del respectivo Alcalde adoptar la clasificación de los empleos de las distintas dependencias de los municipios.

En ejercicio de esa atribución el Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal, según reza el acuerdo acusado, efectuó la clasificación de los servidores de esa municipalidad, siguiendo al efecto los lineamientos trazados en el art. 42 de la citada ley, que establece que los servidores municipales son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, por ello a 52 de tales servidores, que se hallaban adscritos a la Secretaría de Obras Públicas del municipio (42 obreros, 10 conductores y 2 operadores), se les dió expresamente la categoría de trabajadores oficiales, catalogándose los demás servidores municipales, como empleados públicos.

Se aprecia entonces, que el Concejo Municipal mediante el acuerdo demandado, introdujo a la normatividad municipal lo preceptuado en el art. 48 de la Ley 11 de 1986, esto es, consignó en el acuerdo lo que dicho artículo estatuye y al definir que cincuenta y dos (52) servidores adscritos a la Secretaría de Obras Públicas del municipio, tenían el carácter de trabajadores oficiales, se limitó a concretizar qué empleados oficiales de esa municipalidad se desempeñaban como trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Las precisiones que se hacen en el acuerdo acerca de la forma de vinculación, derechos y regímenes legales aplicables a una y otra clase de servidores municipales, son innecesarios pues la constitución y la ley consagran el derecho de asociación para empleados públicos y trabajadores oficiales, con las limitaciones que para los empleados públicos contiene el C.S.T. (art. 416).

Consiguientemente, fuerza concluir que el acuerdo enjuiciado se ajusta a derecho, no contraviene el orden jurídico cuya conservación es la finalidad que se persigue cuando se ejercita la acción de simple nulidad, que es la propuesta en el presente caso.

Definida como está la legalidad del acuerdo No. 027 de 1987, la Sala se abstendrá de referirse a situaciones particulares y concretas que se deriven

SECCION SEGUNDA

de su aplicación, puesto que tal actividad le está vedada en virtud de la acción de nulidad que se ejercita, ya que de acuerdo con las características y propósito de ésta, la sentencia que se profiera debe ser declarativa, bien sea para que el acto enjuiciado desaparezca de la vida jurídica o para que continúe vigente por haber sido expedido conforme a la preceptiva jurídica que lo gobierna, más no definitiva de derechos de particulares.

Consecuentemente, resulta ajeno a este debate, el análisis de la situación particular de los trabajadores del municipio que, según asevera el libelista, de acuerdo con la convención colectiva celebrada en enero de 1987, tenían el carácter de trabajadores oficiales y a raíz del acuerdo 027 de 1987, quedaron como empleados públicos, pues los posibles derechos que éstos pudieran derivar de tal situación, podrán ser reclamados por los afectados, mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, mas no a través de la que en el sub-lite se propuso.

En este orden de ideas, se impone la confirmación de la sentencia apelada mediante la cual se denegó la pretensión de nulidad del acuerdo citado.

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 octubre 13 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el proceso promovido por JAVIER HERNANDEZ BOTERO, con el fin de obtener la nulidad del acuerdo No. 027 de noviembre 20 de 1987, del Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal.

COPIESE, NOTIFIQUESE y ejecutoriada DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

A términos del artículo 82 del C. de P. C., exige requisitos para la viabilidad de la acumulación de pretensiones de varios actores, cuales son: que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas. Los hechos, omisiones y los actos administrativos que sirven de fundamento a las pretensiones son lo que constituyen la causa a que se refiere el mencionado artículo 82. Tratándose de la petición de nulidad del acto que decidió en la vía administrativa la petición de prima de antigüedad que formularon los actores, es evidente que, aunque tengan el mismo texto, son actos administrativos que producen efectos específicos para cada uno de los demandantes y por ello mal puede ser un elemento común causal de aquella. Lo único que es común es el acto por medio del cual se les resolvió el recurso de reposición; pero como bien lo indicó el Tribunal contiene jurídicamente 20 decisiones y no una común para todos, aunque formalmente su existencia obre en un sólo documento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6248. Apelación Interlocutorios. Actor: Admoli Ambrogio y otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundina-

SECCION SEGUNDA

marca el 21 de junio de 1991 (fls. 155 a 160) en virtud del cual, por indebida acumulación de las pretensiones de los 20 demandantes, se inadmitió la demanda presentada ante dicho Tribunal el 21 de marzo de 1991.

La demanda pretende la nulidad de cada uno de los oficios mediante los cuales la Universidad Pedagógica Nacional decidió la petición que le habían presentado los demandantes para que se les reconociera y pagara una prima de antigüedad y de la Resolución 2627 del 23 de noviembre de 1990 que resolvió a todos negativamente el recurso de reposición interpuesto contra aquella decisión.

El Tribunal del conocimiento, teniendo en cuenta que las pretensiones de los varios demandantes no provenían de la misma causa, no versaban sobre el mismo objeto, no se hallaban entre sí en relación de dependencia ni tenían que valerse de las mismas pruebas, inadmitió la demanda.

La parte recurrente, alega (fls. 161 y 162) que “la demanda instaurada se contrae a la definición de una pretensión única y común a los accionantes: En esto se funda la inconformidad con la providencia recurrida, pues del libelo demandatorio se aprecia en el acápite de peticiones en el literal B”.

Más adelante, se plantea que en cierta forma se le está aceptando la acumulación de pretensiones porque se le reconoció personería respecto de 19 poderdantes, lo cual puede ser argumento simple, “pero nos permite deducir que un pronunciamiento de mérito no necesariamente excluiría entre sí las pretensiones de los accionantes”.

También afirma el recurrente que se presenta una causa común porque el oficio que expidió la Universidad para decidir la petición “registra un texto idéntico para cada uno de los accionantes y que tan sólo varía en muy pocos casos en la fecha que registran y el acto administrativo final que conlleve al eslabonamiento necesario para impetrar jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. . .”.

Para resolver se considera:

1. Es conveniente anotar en primer término que el auto objeto del recurso fué presentado con anterioridad a la expedición y vigencia del decreto extraordinario 2651 de 1991, por el cual se expidieron normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Luego no tiene incidencia alguna frente a la providencia apelada.

2. Ciertamente las pretensiones de la demanda son comunes a todos los 20 demandantes. Pero, a términos del artículo 82 del C. de P.C., aplicable al caso, ello es intrascendente, por cuanto la norma exige requisitos para la viabilidad de la acumulación de pretensiones de varios actores, cuáles son:

que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas.

3. Los hechos, omisiones y los actos administrativos que sirven de fundamento a las pretensiones son lo que constituyen la causa a que se refiere el mencionado artículo 82.

En efecto, tratándose de la pretensión de nulidad del acto que decidió en la vía administrativa la petición de prima de antigüedad que formularon los actores, es evidente que, aunque tengan el mismo texto, son actos administrativos que producen efectos específicos que para uno de los demandantes y por ello mal pueden ser un elemento común causal de aquella.

Los servicios prestados por cada actor, son de él, utilizables jurídica y exclusivamente por el — o quien lo suceda — y generantes de derechos solamente para él. Por ello no pueden ser causa común para todos.

Lo único que es común es el acto por medio del cual se les resolvió el recurso de reposición; pero como bien lo indicó el Tribunal contiene jurídicamente 20 decisiones y no una común para todos, aunque formalmente su existencia obre en un sólo documento.

4. El objeto pretendido tampoco es el mismo, porque cada demandante recibiría el dinero que le llegare a corresponder a título de prima de antigüedad. Aquí no debe confundirse la igualdad en el nombre o título de derecho pretendido, prima de antigüedad, con la igualdad de objeto. El verdadero alcance de la igualdad de objeto establecido en el artículo 82 del C. de P.C., no llega a ser la igualdad del nombre del derecho pretendido.

5. Tampoco se hallan entre sí las pretensiones de los demandantes en relación de dependencia. Por el contrario son independientes.

6. Ni deben servirse específicamente de las mismas pruebas. Tanto, que la hoja de vida de cada uno de ellos no es la misma.

7. No es útil tampoco, para que puedan acumularse las pretensiones de los actores, el acto procesal de reconocimiento de la personería de su apoderado. Tal acto, no es más que el cumplimiento de la obligación del juez de reconocer la personería al abogado, cuando el poder se ajusta a la ley; pero ello no implica que deba admitirse la demanda.

Consecuentemente, la Sala confirmará la providencia apelada.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resuelve:

SECCION SEGUNDA

CONFIRMASE la providencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de junio de 1991, en el proceso promovido por ADAMOLI AMBROGIO y otros 19 demandantes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Aprobado en la Sala del día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DESVIACION DE PODER – Improcedencia

Como según se lee en las resoluciones ellas se expidieron con base en la prerrogativa que para nombrar y remover empleados fué otorgada al Gerente por la Junta Directiva mediante el Acuerdo No. 1201 de 1979, debe concluirse que tales actos emanan de autoridad competente, toda vez que la Junta, con base en el artículo 26, literal i), del Acuerdo 101 de 1966, podía válidamente desprenderse de esa atribución o de cualquier otra que le fuese propia, para asignarla, mediante el mecanismo de la delegación, al Gerente de la entidad. Consecuencialmente, el Gerente tenía competencia para disponer tanto de la remoción del accionante como el nombramiento de su reemplazo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4694. Asuntos Municipales. Actor: Pedro José Navarrete Morante.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso seguido por Pedro José Navarrete Morante contra la Empresa de Servicios Varios del Municipio de Cali – EMSIRVA – para impetrar la nulidad de las Resoluciones Nos. 8645 y 8648 de 27 de mayo de 1985, mediante las cuales, en su orden, se declaró insubsistente su nombramiento como Secretario General encargado del Matadero Municipal y se encargó al Doctor Oscar Isaza, Jefe de Presupuesto

SECCION SEGUNDA

de la Secretaría General de la citada Empresa y el correspondiente restablecimiento del derecho.

Como hechos pertinentes de la demanda se relata que el actor, quien desde su vinculación en 1975 a la empresa demandada ha ocupado varios cargos, incluso el de Gerente encargado de la misma, fué nombrado Secretario General el 25 de noviembre de 1985 y hallándose desempeñando como tal, fué designado Gerente Encargado del Matadero Municipal de Cali, empleos de los cuales fué removido mediante la Resolución No. 8645 de 1985, y por medio de la No. 8448, se encargó al Jefe de Presupuesto de la época de la citada Secretaría.

En el acto de insubsistencia, advierte, no se indicó que hubiera cometido actos contrarios al buen funcionamiento de la Empresa, o incurrido en faltas de honradez en el desempeño de sus funciones, ni que fuera incompetente, lo que indica que se expidió "por capricho del actual Gerente General de Emsirva, doctor Humberto Vallejo Salazar, tal vez por cuestiones de índole de grupo político porque ambos somos afiliados al Partido Conservador, él pertenece a un grupo político diferente al que yo milito en dicho Partido Político".

El Tribunal del conocimiento tras declarar que no se configuraban las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y de caducidad de la acción propuestas por la entidad demandada, negó las súplicas del libelista, aduciendo que el Gerente General de EMSIRVA, contrariamente a lo aseverado por el accionante, si estaba facultado para disponer su remoción y para nombrar un nuevo Secretario General en su reemplazo, pues la Junta Directiva de dicha Institución en virtud de la delegación efectuada por medio del Acuerdo No. 1206 de 1979, le había atribuido esas funciones.

Además, según el a quo, no se acreditó la desviación de poder endilgada al nominador, y, por tanto, las resoluciones enjuiciadas continuaban amparadas por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos.

Este fallo fué apelado por la parte actora, argumentando que el Gerente General de la Empresa de Servicios Varios de Cali, carece de competencia para tomar las determinaciones enjuiciadas, por cuanto el Acuerdo No. 101 de 29 de octubre de 1966 del Concejo Municipal de esa ciudad, mediante el cual se creó dicha empresa como un establecimiento público, en su art. 23 señaló como función de la Junta Directiva la de "nombrar y remover libremente las personas que vayan a ocupar cargos con sueldo mensual de dos mil pesos (\$2.000.00)" (fol. 30), y en su art. 25 previó que al Gerente General correspondía "el nombramiento y remoción del personal con las excepciones previstas en este estatuto".

De manera, que siendo el acuerdo citado el estatuto fundamental de EMSIRVA, sólo podía ser modificado mediante otro acuerdo del Concejo Municipal de Cali. Por consiguiente dice el recurrente:

“Es inexplicable por decir lo menos que el Tribunal haya acogido la presunta legalidad del Acuerdo No. 1206 de 1979 aprobado por la Junta Directiva de EMSIRVA, para sacar la conclusión de que el Gerente estaba facultado para removerme del cargo que ocupaba, pues de acuerdo con el Estatuto Fundamental ese empleo era de libre nombramiento y remoción de la Junta Directiva, no del Gerente”. (Fol. 131 cuaderno principal).

La fiscalía cuarta en su concepto de fondo considera acertada la decisión del a quo y, por ello, pide se confirme la sentencia apelada.

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con el cuestionamiento que el recurrente hace a la sentencia, fuerza analizar exclusivamente si conforme a la normatividad reguladora de la materia, el Gerente de EMSIRVA de Cali, se hallaba o no facultado para disponer la remoción del actor de los cargos de Secretario General y de Gerente Encargado del Matadero que él desempeñaba, y para designar al doctor Oscar Isaza en el cargo primeramente mencionado.

Al respecto se observa que si bien el literal d) del Art. 23 del Acuerdo No. 101 de 29 de octubre de 1966 del Concejo Municipal de Cali (folios 1 a 13), por el cual se constituyó como un establecimiento público con personería jurídica y patrimonio propio a la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali – EMSIRVA –, señala como una de las atribuciones de la Junta Directiva la de “Nombrar y remover libremente las personas que vayan a ocupar cargos con sueldo mensual de dos mil pesos (\$2.000.00) o más”, y el 25 del mismo acuerdo precisa que “Corresponde al Gerente el nombramiento y remoción del personal con las excepciones previstas en estos Estatutos”, lo cierto es que en el literal i) del Art. 26 del Acuerdo en mención, se dispone que son funciones del Gerente, entre otras, la de “Desempeñar o ejecutar las demás funciones o actos que le señale la Junta Directiva”.

Significa lo anterior, que el Concejo Municipal de Cali, si bien, reservó a la Junta Directiva de Emsirva la potestad de designar a los servidores de la empresa que devengarán un salario igual o superior al mencionado, a la vez, permitió a dicha Junta transferir al Gerente esa atribución, puesto que al establecer que este funcionario deberá cumplir, entre otras funciones, aquellas que la Junta le señalara sin hacer excepción de ninguna clase, debe conside-

SECCION SEGUNDA

rarse que ese órgano de dirección podía legítimamente delegar en el Gerente las funciones suyas que estimara conveniente.

Como según se lee en las resoluciones ellas se expidieron con base en la prerrogativa que para nombrar y remover empleados fué otorgada al Gerente por la Junta Directiva mediante el Acuerdo No. 1201 de 1979, debe concluirse que tales actos emanan de autoridad competente, toda vez que, como se dijo, la Junta, con base en el artículo 26, literal i), del Acuerdo 101 de 1966, podía válidamente desprenderse de esa atribución o de cualquiera otra que le fuese propia, para asignarla, mediante el mecanismo de la delegación, al Gerente de la entidad.

Consecuencialmente, el Gerente tenía competencia para disponer tanto de la remoción del accionante como el nombramiento de su reemplazo.

De otra parte, advierte la Sala, que de ser cierto el argumento que expone el demandante, su vinculación a EMSIRVA se habría producido con violación del ordenamiento legal, en forma irregular, pues ella, al igual que los nombramientos que se produjeron con posterioridad, según se observa a folios 28, 30 y 31, entre otros, fueron dispuestos por el Gerente y no por la Junta Directiva, es decir, bajo las mismas condiciones del acto impugnado. Es así, como el actor en su demanda a folio 34, dice:

“1o. Por medio de la Resolución No. 4515 de diciembre 30 de 1975 – fuí nombrado en el cargo de Auxiliar I de investigación, con una asignación mensual de \$4.000.00 quien en forma provisional y por contrato a término fijo había venido desempeñando el cargo de Encuestador de Plazas de Mercado. El nombramiento referido me fué hecho por el entonces Gerente General del Establecimiento Público Empresas de Servicios Varios Municipales de Cali, EMSIRVA”. (fl. 34 cdno. ppal.).

En tales condiciones, habría que concluir que la vinculación ilegal del actor a la entidad demandada, no podía generar derechos a su favor, y mal podría impetrarse el restablecimiento de un alegado “derecho” que tuvo su origen en actuaciones irregulares.

Por las razones expuestas y teniendo en cuenta que la inconformidad del recurrente con el fallo apelado se centra exclusivamente en el aspecto de la incompetencia del Gerente para expedir las resoluciones acusadas, el cual como se anotó carece de fundamento, se impone la confirmación del pronunciamiento del a-quo.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de seis (6) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por Pedro José Navarrete Morante contra la Empresa de Servicios Varios Municipales de Cali.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 26 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

FER – Naturaleza Jurídica/JUNTA DIRECTIVA DEL FER – Integración

Los Fondos Educativos Regionales obedecen a un sistema de manejo de cuentas para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968 y carecen de personería jurídica. Las Juntas Administradoras de los FER están integradas, entre otros, por el Gobernador del respectivo Departamento, quien será el Presidente de la Junta, y el Secretario de Educación de la respectiva entidad territorial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 2884. Autoridades Departamentales. Actor: Horacio Muñoz *Echeverry*

El ciudadano Horacio Muñoz Echeverry, en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista anteriormente en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 y hoy en el artículo 84 del decreto 01 de 1984, solicitó al Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad y suspensión provisional de los decretos 584 de diciembre 21 de 1977 “por el cual se aumenta la asignación al magisterio de Enseñanza Primaria” y 0032 de enero 24 de 1978 “por medio del cual se modifica el Decreto 0584 del 21 de diciembre de 1977” expedidos por la Gobernadora del Departamento del Quindío.

En el considerando del decreto 584 de 1977 se dijo "Que la junta del Fondo Educativo Regional del Quindío, según Acta No. 034 de octubre 17, aprobó un aumento del 5% en el sueldo básico al magisterio de Enseñanza primaria oficial del Quindío, a partir del primero de enero de 1978". (fl. 17)

El artículo 1o. del mencionado decreto prescribe: "Artículo 1o A partir del primero de enero de 1978 se aumentará en un 5% la asignación de todos los maestros de enseñanza oficial del Departamento del Quindío, así ..." (fl. 7)

El decreto 0032 de 1978, modificó los valores de las nuevas asignaciones de las diversas categorías previstas en el decreto 0584 de 1977 (fl. 8).

Por auto de 14 de abril de 1984 se decretó la suspensión provisional de los actos cuya nulidad se impetra. (fls. 41-45).

En el fallo apelado se declaró la nulidad de los actos enjuiciados por considerar el Tribunal de instancia que con su expedición se quebrantaron los artículos 76-9, 187-5 y 194-9 de la Constitución Nacional, invocados por el accionante. Adujo el a-quo que las normas constitucionales no facultan al Gobernador para aumentar las asignaciones de los maestros de primaria al servicio del Departamento del Quindío, pues en virtud de la nacionalización de la educación dispuesta en la ley 43 de 1975, las asignaciones de los docentes debe fijarlas el Congreso Nacional, según lo dispuesto en el artículo 76-9 de la Constitución Política y que si se considera que tales empleados son del orden departamental, la facultad para fijar sus sueldos está asignada a la Asamblea Departamental del Quindío, según lo dispuesto en el artículo 187-5 de la Carta Política. (fl. 70).

El ciudadano Luis Carlos Avellaneda Tarazona, impugnante y recurrente, sustentó el recurso de apelación por él interpuesto, argumentando de una parte, que debió demandarse igualmente el acta No. 43 de 1977 de la Junta del Fondo Educativo Regional del Quindío, puesto que el motivo para expedir el Decreto 0584 de 1977 fué lo aprobado en la mencionada acta y que por ello debe revocarse la sentencia por falta del presupuesto procesal de demanda en forma. (fls. 78-80).

En segundo término, afirma que los actos demandados por ser del orden departamental se ajustan a lo prevenido en el numeral 5o. del artículo 187 de la Constitución Nacional y que por lo demás no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo. (Fls. 80-83).

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto, considera que debe proferirse decisión inhibitoria, pues no se demandó la proposición jurídica completa integrada por los decretos 0584 de 1977 y 0032 de 1978

de la Gobernación del Departamento del Quindío y el acta No. 034 de octubre 17 de 1977 del Fondo Educativo Regional del Quindío con base en la cual se expidieron los actos demandados (fl. 96), pero que si así no se estima, en virtud de que la nacionalización de la educación tuvo lugar a partir del 1o. de enero de 1976 y no del 1o. de enero de 1981, por los años 1977 y 1978 los docentes tenían la calidad de empleados nacionales, por lo que el Gobernador se atribuyó una función exclusiva del Congreso de la República como lo preceptúa el artículo 76-9 de la Constitución Nacional, y por este aspecto deben despacharse favorablemente las súplicas de la demanda. (Fls. 97-98).

Al no observarse causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En primer lugar se resolverá lo relacionado con la supuesta inepta demanda a que se refieren tanto el impugnante como la Señora Fiscal, consistente en que en la demanda no se impugnó el acta No. 034 de octubre 17 de 1977 del Fondo Educativo Regional del Quindío, invocada en el considerando del decreto 0584 de diciembre 21 de 1977, acusado.

Los Fondos Educativos Regionales obedecen a un sistema de manejo de cuentas para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1o. del artículo 2o. del decreto 3130 de 1968 y carecen de personería jurídica.

Las Juntas Administradoras de los FER están integradas, entre otros, por el Gobernador del respectivo Departamento, quien será el Presidente de la Junta, y el Secretario de Educación de la respectiva entidad territorial, por expreso mandato de los literales a) y b) del artículo 3o. del decreto extraordinario 102 de enero 22 de 1976.

El artículo 6o. de este último decreto dispone: "Los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, serán los ejecutores de las decisiones de las Juntas Administradoras de los F.E.R."

Se desprende de lo anterior que la Gobernadora del Quindío al proferir los decretos 0584 de 1977 y 0032 de 1978 no lo hizo en su condición de Gobernadora sino como "ejecutora" de la decisión de la Junta Administradora del F.E.R. Quindío, contenida en el Acta No. 034 de 1977.

De manera que si los actos enjuiciados fueron expedidos por el Gobernador para ejecutar la decisión de la Junta, no puede hablarse propiamente de dos actos que conforman "una proposición jurídica", pues no son actos o decisiones de dos organismos o funcionarios diferentes, que se deriven del

ejercicio de control de tutela; el Acta de la Junta del F.E.R. Quindío simplemente es la prueba de la decisión y el Decreto del Gobernador, el acto que la documenta, luego no era necesario demandar el Acta del F.E.R. para lograr la nulidad de los decretos enjuiciados.

Siendo ello así, no es del caso proferir sentencia inhibitoria en la forma propuesta por la colaboradora fiscal.

Pasando al aspecto central de la controversia, se observa:

Entre las funciones asignadas a las Juntas Administradoras de los F.E.R. por el artículo 4o. del decreto extraordinario 102 de 1976 no está la de aprobar aumentos en el sueldo básico del personal docente del respectivo departamento y ello es apenas obvio por cuanto ésta es una facultad exclusiva del Congreso Nacional, de acuerdo al numeral 9 del artículo 76 de la Constitución de 1886, o del Presidente de la República en ejercicio de facultades especiales conferidas por el Congreso.

Por lo demás, el artículo 12 del decreto 102 de 1976 es muy claro cuando dispone:

“Los cargos docentes y administrativos de los planteles nacionales cuya administración se delega por virtud del presente decreto, *son cargos nacionales y están sometidos al régimen salarial (se resalta) y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente*”.

Lo anterior es suficiente para determinar que el Fondo Educativo Regional del Quindío no estaba legalmente facultado para aprobar un incremento en el sueldo básico del magisterio de enseñanza primaria oficial de ese departamento y que al hacerlo usurpó una facultad exclusiva del Congreso Nacional.

Refuerza lo anterior, la prohibición contenida en el artículo 7o. del decreto 223 de febrero 3 de 1977 que dispone:

“Los sueldos de personal docente a cargo de la nación se pagarán a través del FER. Cualquier suma en exceso de las determinadas en este decreto, que se pague como remuneración por concepto de sueldo básico, será elevada a alcance al respectivo tesorero o pagador del FER, lo cual no exime de responsabilidad al funcionario que haya ordenado el gasto”.

Como se advierte, los gastos demandados son violatorios no sólo del precepto constitucional invocado en la demanda sino de las disposiciones legales que rigen la vida jurídica de los Fondos Educativos regionales - F.E.R. y en tal virtud, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

SECCION SEGUNDA

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 de veintiséis (26) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

SILENCIO ADMINISTRATIVO—Improcedencia

No puede invocarse silencio administrativo respecto de asuntos sobre los cuales existe pronunciamiento expreso de la administración y que a través de peticiones tardíamente elevadas no puede reabrirse el debate sobre actos administrativos que debieron discutirse mediante recursos gubernativos ni revirse los términos establecidos por la ley para ejercer las acciones contencioso administrativas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1171. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ernesto Torres Díaz.

Ernesto Torres Díaz, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy “Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”, presentó demanda ante esta Corporación el 3 de noviembre de 1983 solicitando la declaración de nulidad del “acto administrativo de liquidación de cesantía definitiva producido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha de 5 de septiembre de 1983 por un valor de (\$457.980.67) por concepto de cesantía parcialmente liquidada, y para que con declaración de silencio administrativo en relación a memorial del 22 de septiembre de 1983, se declare que los actos son nulos, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

En la demanda se citaron como normas violadas los artículos 17 de la Constitución Nacional; 5a. de la ley 57 de 1887; 66 y 76 del decreto 2016

de 1968; 17 de la ley 6a. de 1945; 8, 9, 13, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 2613 y 1626 del Código Civil.

Al exponer el concepto de la violación el demandante, afirma que el Ministerio de Relaciones Exteriores al expedir la liquidación de cesantía definitiva, lo hizo sin fundamento legal y que es posible que para el efecto se haya tenido en cuenta el artículo 22 del decreto 3118 de 1968 del Fondo Nacional del Ahorro, que es una disposición de carácter general sobre liquidación de cesantías para el sector público de la Nación, que no comprende el ramo del Ministerio de Relaciones Exteriores ni al actor por ser funcionario escalafonado en la Carrera Diplomática y Consular de la República; que el sueldo equivalente del demandante corresponde al grado de Ministro del Despacho, por haber tenido el grado diplomático de Embajador de la República; que tampoco se tuvo en cuenta la totalidad del tiempo de servicios sin solución de continuidad desde su ingreso, el 1o. de septiembre de 1966 hasta el 6 de septiembre de 1983, con tiempo total de 26 años, 10 meses y 21 días; y que no se tuvo en cuenta en la liquidación los valores salariales del último año de servicios, como lo establece el artículo 17 de la ley 6 de 1945 y los artículos 66 y 76 del decreto extraordinario 2016 de 1968; termina pidiendo que los valores económicos y patrimoniales del actor se paguen tomando en cuenta la corrección monetaria o los valores equivalentes al cargo de Ministro en la fecha en que la sentencia se pronuncie, o el valor en dólares convertidos en moneda colombiana.

La Señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo opina que debe declararse probado el silencio administrativo negativo, por no haber respondido el Ministerio de Relaciones Exteriores. La petición del demandante y denegarse las demás súplicas de la demanda.

Reconstruido el expediente que se destruyó en los trágicos acontecimientos del Palacio de Justicia, se surtió el trámite de rigor y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Sala no comparte el planteamiento hecho por la distinguida colaboradora del Ministerio Público, en su concepto de fondo en cuanto a que en el caso sub-lite se configuró el silencio administrativo negativo, pues aun cuando obra la petición formulada por el actor al Ministerio de Relaciones Exteriores, recibida en esa dependencia el 30 de septiembre de 1983 (fls. 112 a 114), y no consta en parte alguna del proceso reconstruido que el citado Ministerio hubiera dado respuesta al escrito contentivo de la mencionada petición, lo cierto es que la Sala evidencia que lo pretendido en el memorial en mención era discutir ante la administración, las liquidaciones de cesantía que el Ministerio de Relaciones Exteriores había efectuado año por año a

favor del accionante, a partir de 1969 hasta 1983 y la practicada en 1968 por los años de servicio anteriores al 31 de Diciembre de ese año, liquidaciones todas definitivas que debieron ser impugnadas en su oportunidad a través de los recursos gubernativos y acusadas ante la jurisdicción dentro de los respectivos términos de caducidad.

Como es de conocimiento, el decreto 3118 de diciembre 26 de 1968 creó el Fondo Nacional del Ahorro y dispuso, entre otras prescripciones, las siguientes:

“Deberán liquidarse y entregarse a dicho fondo, las cesantías de los empleados oficiales de los *Ministerios*, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional (artículo 3).

Se exceptúan de lo anterior únicamente las cesantías de los miembros de las Cámaras Legislativas y de sus empleados, los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la defensa nacional (artículo 4).

La Caja Nacional de Previsión Social o los respectivos organismos si no estuvieren afiliados a la Caja, liquidarán el auxilio de cesantía causado hasta el 31 de diciembre de 1968 de los empleados en mención y estas liquidaciones tendrán carácter definitivo y no podrán revisarse aunque el salario del empleado cambie posteriormente. (artículo 22).

A partir del 1o. de enero de 1969 cada año calendario, las entidades vinculadas al Fondo liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de los funcionarios.

La liquidación anual tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del empleado. (artículo 27, inciso 2).

Tanto la liquidación de 1968 como las liquidaciones anuales pasan al Fondo Nacional para que se abonen a la cuenta del respectivo funcionario.

Las liquidaciones de 1968 y las anuales serán notificadas al empleado y contra ellas caben los recursos gubernativos”.

Así las cosas, si el demandante no estaba conforme con la liquidación que se hizo de su cesantía a 31 de diciembre de 1968, o con las liquidaciones anuales posteriores hasta la fecha de su retiro debió hacer uso de los recursos gubernativos y luego impugnarlas ante la jurisdicción.

SECCION SEGUNDA

Obran en el expediente las liquidaciones anuales desde 1969 hasta 1983 y no aparece ni lo relata en los hechos el accionante, que contra ellas se hubiera interpuesto recurso alguno, o sea que no se encuentra probado el presupuesto procesal de la acción, de debido agotamiento de la vía gubernativa para discutir estos actos ante la jurisdicción.

Repetidamente la Sala ha dicho que no puede invocarse silencio administrativo respecto de asuntos sobre los cuales existe pronunciamiento expreso de la administración y que a través de peticiones tardíamente elevadas no puede reabrirse el debate sobre actos administrativos que debieron discutirse mediante recursos gubernativos ni revivirse los términos establecidos por la ley para ejercer las acciones contencioso administrativas.

Admitir el fácil expediente de presentar una petición y alegar silencio para abrir el debate sobre actos administrativos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos o acusados oportunamente, pugna con el ordenamiento jurídico sobre la estabilidad de las situaciones jurídicas consolidadas y rompería la normatividad de los presupuestos procesales de la acción.

Consecuentemente con lo anterior la Sala procederá a declararse inhibida para fallar de mérito sobre 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:

Declárase inhibida para pronunciarse de fondo sobre las peticiones de la demanda, por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Reconócese personería para actuar en el presente proceso a la doctora NANCY BENITEZ en representación de LA NACION – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, de acuerdo con el memorial de sustitución que obra a folio 133 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.

La anterior providencia fué considerada y aprobada por la Sala en sesión del día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Luis Fernando Gómez, Conjuez.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria

EMPLEADO DE MANEJO/EMPLEADO DE DIRECCION/EMPLEADO DE CONFIANZA/SINDICATO DE BASE—Integración

Los empleados de manejo por no estar considerados en el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo no pueden considerarse entre los excluidos por esta disposición, independientemente de que en el reglamento de trabajo del organismo se hayan asimilado los cargos de manejo a los de dirección o confianza, porque en todo caso prima la norma legal que es superior al reglamento elaborado por el patrono, así haya sido elaborado en legal forma. No se probó que las personas elegidas en la Junta Directiva del Sindicato estuvieran inhabilitadas legalmente para integrar esa organización, independientemente de la clasificación que de los empleados hubiera hecho el reglamento interno.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 2708. Resoluciones Ministeriales. Actor: Banco Colpatria.

El Banco Colpatria, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación que se hagan las siguientes declaraciones:

“1o. Se decrete la nulidad de las Resoluciones número 0072 de julio 15 de 1986 dictadas por el Inspector del Trabajo, Sección de Relaciones

Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, y 0004 de enero 6 de 1987 por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la misma División Departamental del Trabajo y Seguridad Social”.

2o. Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que no fué legal la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores del Banco Colpatria Seccional Barranquilla, y que aparece relacionada en la primera Resolución acusada, para todos los efectos legales pertinentes”. (fl. 34).

Los hechos fundamentales de la demanda, aparecen relatados, así:

“1o. Por solicitud del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Colpatria, a través de apoderada, se solicitó la inscripción de la Junta Directiva – Seccional Barranquilla ante la Inspección de Trabajo – Sección Relaciones Colectivas de la División Departamental del Atlántico.

2o. Dentro de la oportunidad legal, el Banco Colpatria impugnó la Asamblea General de Socios del Sindicato – Seccional Barranquilla, llevada a cabo el 16 de mayo de 1986, presentando las pruebas en que fundamentaba la impugnación en tres aspectos, así: que los empleados designados para conformar la Junta Directiva Seccional tenían la calidad de dirección, confianza y manejo; que se violaron las normas estatutarias para la elección de la subdirectiva; y, que hubo indebida notificación de dicha elección al Gerente de la Sucursal del Banco Colpatria en esa ciudad.

3o. El Inspector de Trabajo – Sección Relaciones Colectivas, desestimó la impugnación presentada y probada por el Banco Colpatria, y ordenó la inscripción de los miembros de la Junta Directiva – Sección Barranquilla, en forma relacionada en la Resolución No. 0072 de 1986.

4o. Habiéndose interpuesto en tiempo por el Banco el recurso de apelación contra la citada Resolución, la Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, confirmó la Resolución apelada por considerar que se había presentado por el Sindicato la documentación requerida para ordenar la inscripción de la Junta Directiva de la Seccional tantas veces mencionada.

5o. La Resolución No. 004 de 1987, mediante la cual se desató el recurso de apelación antes citado, fué notificada al Banco el día 14 de enero de 1987. En el texto de dicha providencia se dijo en forma expresa que con esa decisión quedaba agotada la vía gubernativa y sólo procedía la actuación Contencioso Administrativa correspondiente”. (fls. 34-35).

Se invocaron como violados los artículos 2, 16, 17, 20, 26, 30 y 45 de la antigua Constitución Nacional; los artículos 162, 353 numeral 2o., 362, 386, 387, 389, 409 numeral 2o. del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 12 del decreto 1469 de 1978; artículo 12 del decreto 1469 de 1978; artículo 31 del reglamento interno de trabajo del Banco Colpatria en concordancia con los artículos 104 y 107 del Código Sustantivo del Trabajo y artículos 19, 20, 37, 39, 41, 42, 44 y 45 de los Estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Colpatria.

El concepto de violación lo desarrolla la entidad demandante a folios 36-38 del libelo y en el curso de esta providencia se hará expresa referencia a los planteamientos hechos en dicho capítulo.

Se solicitó igualmente la suspensión provisional de los actos enjuiciados, la que fue denegada por auto de junio 8 de 1988 (fls. 50-51).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo analiza ampliamente los conceptos de empleados de "dirección, confianza y manejo"; cita en apoyo de su tesis lo expuesto en los actos demandados y la Jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, sobre esos conceptos.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Por tres motivos enjuicia la parte demandante los actos demandados, a saber: a). Que los empleados elegidos para conformar la Junta Directiva Seccional del Sindicato, tiene la condición de empleados de dirección, confianza y manejo. b). Que se violaron las normas estatutarias para esa elección y c). Que hubo indebida notificación de la elección al Gerente de la Sucursal del Banco Colpatria en Barranquilla.

Sobre el primer cuestionamiento propuesto en la demanda se afirma:

"Las Resoluciones acusadas violaron flagrantemente las normas legales, las del Reglamento Interno de Trabajo y los Estatutos del Sindicato cuando dieron validez a la elección de la Junta Directiva de la Seccional de Barranquilla efectuada el día 16 de mayo de 1986 a pesar que se demostró en la actuación administrativa que los designados desempeñaban cargos de dirección, confianza o manejo, lo que hacía nula su elección ..." (fl. 37).

El artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo, citado, como quebrantado por los actos enjuiciados, dispone:

“No pueden formar parte de la Junta Directiva de un sindicato de base, ni ser designados funcionarios del sindicato, los afiliados que, por razón de sus cargos en la empresa, representan al patrono o tengan funciones de dirección o de confianza personal o puedan fácilmente ejercer una indebida coacción sobre sus compañeros. Dentro de este número se cuentan los gerentes, subgerentes, administradores, jefes de personal, secretarios o privados de la Junta Directiva, la Gerencia o administración, directores de departamento (ingeniero jefe, médico jefe, asesor jurídico, directores técnicos, etc.) y otros empleados semejantes ...”.

Debe resaltarse que el artículo transcrito habla de empleados de “dirección o confianza personal” y no de los de “manejo” a que se refiere el accionante, ampliando por interpretación los cargos cuyo ejercicio haría nula la elección de un directivo sindical.

De manera que los empleados de “manejo” por no estar considerados en el artículo 389 del Código Sustantivo de Trabajo no pueden considerarse entre los excluidos por esta disposición, independientemente de que en el reglamento de trabajo del organismo se hayan asimilado los cargos de “manejo” a los de “dirección o confianza”, porque en todo caso prima la norma legal que es superior al reglamento elaborado por el patrono, así haya sido aprobado en legal forma.

En tal virtud, los empleados de “manejo” del Banco Colpatria pueden válidamente hacer parte de la directiva del sindicato del mismo organismo sin que con ello se infrinja precepto superior alguno.

Con respecto a los vocablos “dirección o confianza personal” es obvio que se trata de términos que deben interpretarse en forma restrictiva y excepcional tal como lo consagra el artículo 389 del Código Sustantivo de Trabajo al señalar a título de ejemplo algunos cargos de dirección y allegados a ésta.

Si al vocablo “confianza” se le diera el significado estrictamente semántico, todo empleado, desde el más modesto hasta el de mayor jerarquía sería de “confianza”, debido a que a quien se designa en un empleo se le deposita cierto grado de seguridad y responsabilidad y en este supuesto, todos los empleados serían de confianza.

Según la parte actora, la totalidad de las personas designadas como directivos del sindicato del Banco Colpatria, Seccional del Atlántico son de “confianza” pues ejercen las funciones de grabador, auxiliar de contabilidad, auxiliar de cartera, supervisor supernumerario, secretaria de gerencia, auxiliar canjista y supervisor, según la relación que hace la entidad demandante. (fls. 11 y 12). Sin embargo, de la denominación de los cargos (no se aportaron al proceso las funciones) no puede deducirse que éstos pertenezcan a los

que la ley considera como de "dirección o confianza personal"; por el contrario, se trata de empleos subalternos y sin vinculación estrecha con las directivas.

Por lo demás, la prohibición contenida en el artículo 389 del Código Sustantivo de Trabajo, está referida a evitar la ingerencia patronal en los sindicatos de sus trabajadores, es decir la prohibición se estableció en beneficio de éstos para garantizar su independencia frente al patrono, como fácilmente puede deducirse de su texto que incluye en la prohibición a los afiliados que fácilmente puedan "ejercer una indebida coacción sobre sus compañeros".

En síntesis, no se probó que las personas elegidas en la Junta Directiva del Sindicato Seccional del Banco Colpatria, estuvieron inhabilitadas legalmente para integrar esa organización, independientemente de la clasificación que de los empleados hubiera hecho el reglamento interno del mismo organismo.

En segundo lugar, se acusa de nulidad la elección de la Junta Directiva del Sindicato Seccional, porque no se reunió el quorum estatutario requerido para que la elección fuera válida. Dice así la demandante, sobre este aspecto:

"En efecto, el artículo 37 de los Estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Colpatria, sobre funcionamiento de la Asamblea, establece en su parágrafo que solamente se computarán los votos de los afiliados presentes para tomar las decisiones consagradas en el artículo 39 ibídem, entre otras la elección de la Junta Directiva Seccional, disposiciones reglamentarias que fueron flagrantemente quebrantadas por el Sindicato ya que se hizo uso de delegaciones que no están consagradas en dichas normas". (fl. 37).

El artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo citado como infringido por el acto demandado dispone sobre el particular:

"Ninguna asamblea general puede actuar válidamente sin el quórum estatutario, que no será inferior a la mitad más uno (1) de los afiliados; además, solamente se computarán los votos de los socios presentes".

Y el artículo 387 prescribe: "cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulte impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea".

No se aportaron al expediente los estatutos del sindicato, pero el mismo accionante acepta que en ellos se admite "un representado por cada uno de

SECCION SEGUNDA

los asistentes a la asamblea”, luego la afirmación de la Resolución 072 de 1986 respecto a que “habida cuenta que con los poderes debidamente otorgados por los afiliados a los participantes a la asamblea sindical, sí hubo un número mayor de asistentes a la mitad más uno (1)” no resulta contraria a derecho, ni aparece desvirtuada pues ninguna prueba se allegó al respecto.

Por el contrario, según el acta de verificación de un censo sindical, el 18 de febrero de 1986 la Seccional de Barranquilla del Sindicato de Trabajadores del Banco Colpatria, tenía quince (15) afiliados. (fls. 90 y 94) y en el acta de la Asamblea General de la Seccional de Barranquilla de mayo 16 de 1986, se verificó la asistencia de doce (12) afiliados, los que representan a doce (12) empleados más, para un total de veinticuatro (24) afiliados (fl. 99).

Sobre la representación de los doce (12) afiliados que no asistieron personalmente a la Asamblea, se observa que en el acta de trámite de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, se relacionan el número de poderes, doce en total, que confieren igual número de afiliados para que sean representados en la Asamblea General. Este número de afiliados corresponde a un listado de nómina de la entidad de fecha junio 5 de 1986. (fl. 21).

Lo anterior significa que el número de afiliados al sindicato para el 16 de mayo de 1986, fecha en que se efectuó la elección de la Junta Directiva de la Seccional de Barranquilla era de veinticuatro (24) personas que en su totalidad se hicieron partícipes de la asamblea entre presentes y representados, pues así se desprende de la propia acta de la Asamblea General. (fls. 99-102).

De lo anterior se infiere que sí hubo el quorum requerido en la forma prevenida en la primera parte del artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora, respecto a los votos emitidos para la elección de la Junta Directiva del Sindicato, se observa que sólo se computaron los votos de los socios presentes, es decir, de doce (12) afiliados, como lo demuestra la misma acta de la asamblea general, (fls. 99-102) o sea que se procedió en la forma prevista en la segunda parte del artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente, la indebida notificación de la elección al Gerente de la Sucursal del Banco Colpatria de Barranquilla, sería una irregularidad que afectaría los efectos del acto de inscripción, no su validez; sin embargo, se observa que la entidad demandante, en su oportunidad, impugnó la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato Seccional. (fls. 11-13), lo que originó precisamente la expedición de los actos enjuiciados, luego no cabe declarar que hubo infracción del artículo 12 del Decreto 1469 de 1978.

En suma, no se desvirtuó en el sub-lite la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, y en tal virtud, se habrán de denegar las pretensiones 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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Reconócese al Doctor Andrés Jiménez Salazar como apoderado sustituto de la parte demandante, en los términos del poder que obra a folio 81.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CESE DE ACTIVIDADES/DECLARATORIA DE ILEGALIDAD/DESPIDO DE TRABAJADORES/FUERO SINDICAL/SINDICATO— Personería Jurídica

Conforme al artículo 450-2 del C.S.T. proferida la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, y autorizado el patrono para despedir a los trabajadores, sin o con fuero sindical, y sin requerir de la correspondiente autorización judicial para estos últimos el Rector de la Universidad EAFIT, podía haber dado por terminado el contrato de trabajo a todos aquellos profesores que hubieran participado en el cese ilegal de actividades, y sin que ellos pudieran oponer el fuero sindical recientemente obtenido. Por abundar en información, advierte la Sala que la regulación de la suspensión y de la cancelación de la personería jurídica de un sindicato, sólo procede en la legislación actual mediante decisión judicial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1529. Actor: La Universidad Escuela de Administración y Finanzas y Tecnologías "EAFIT". Resoluciones Ministeriales.

La UNIVERSIDAD ESCUELA DE ADMINISTRACION Y FINANZAS Y TECNOLOGIAS, "EAFIT", solicita se declare la nulidad de las resoluciones 101 y 1974 de 18 de enero y 26 de junio de 1985, respectivamente, expedidas por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se reconoce personería jurídica a la organización de primer grado

y gremial "Sindicato de Profesores de la Universidad EAFIT, aprueba sus estatutos, y ordena la inscripción en el Registro Sindical a la Junta Directiva, de dicho Sindicato.

La parte actora, como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que los profesores de la universidad, realizaron un paro o cese ilegal de actividades, entre el 13 y el 30 de agosto de 1985, el cual fué declarado ilegal y con autorización para despedir a los trabajadores involucrados en dicho cese de actividades, mediante resolución No. 2713 del día 29 de agosto de 1985 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Agrega que los profesores involucrados en el paro, para contrarrestar los efectos de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, resolvieron el día 29 de agosto de 1985, cuando aún se hallaban en cese de actividades, fundar el sindicato que ahora impugna, con el objeto de que los fundadores y las directivas sindicales y a su vez dirigentes del paro, no fueran despedidos en virtud del fuero sindical creado con ocasión de la constitución del sindicato.

Estima el actor que la conducta de los profesores al organizarse en esta forma, constituye un abuso del derecho, pues con ello se deseaba eludir la sanción de despido.

Sin embargo, la demanda relata que con base en la autorización del Ministerio del Trabajo, la Universidad dió por terminados los contratos de trabajo con 32 profesores en total, dentro de los cuales se encuentran, el Presidente de la Asociación de Profesores, la secretaria, los cinco principales y los cinco vocales del sindicato.

Como normas violadas, cita los siguientes artículos, 12, 18 y 44 de la C.N. de 1886, 12, 58-1, 60-4o., 5o. y 7o., 353, 356 literal a), 361 a 368, 430 modificado por el artículo 1o. del Decreto 753/1956, 431, numeral 1, 450 numeral 1 literales a), c), d) y numeral 2, y 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el proceso reconstruido de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3825 de 1985, a pesar de haber sido notificado tanto al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social como al Sindicato de Profesores de la Universidad, no consta que se hayan opuesto a las pretensiones de la demanda.

En el término de traslado para alegar de conclusión, la actora, reitera sus peticiones de nulidad, con base en los argumentos expuestos en la demanda.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, luego de examinar cada una de las disposiciones legales, citadas por la actora como violadas, concluye que

SECCION SEGUNDA

por este aspecto, la resolución que le reconoció personería jurídica al sindicato, no es violatoria de ninguna de tales normas, pero que no se debe desconocer que la causa real para su organización, tuvo como fin, evitar el despido de los trabajadores implicados en el paro.

Al respecto dijo la Fiscalía, lo siguiente:

“En consecuencia, el ejercicio del derecho de asociación en el presente caso, no fué ejercido en forma libre y espontánea para defensa de los intereses profesionales, por cuanto se repite, se hizo para evadir sanciones por la declaratoria de paro ilegal, violándose en esta forma el artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Nacional, que a la letra dice:

“Es permitido formar ... asociaciones ... que no sean contrarias a la moral o al orden legal ...”

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La Constitución Política de 1886 garantizaba el derecho de huelga, por regla general, pero lo prohibía para los servicios públicos. Hoy en día el artículo 56 de la nueva Constitución Política de 1991, mantiene la misma regla general, pero extendiéndose el derecho de huelga a aquellos servicios públicos que la ley no considere esenciales. Estima la Sala, no obstante, como los presupuestos fácticos legales del acto acusado, tuvieron ocurrencia con anterioridad a ella, deben examinarse bajo los artículos 18 y 44 de la anterior Constitución, el artículo 2o. del Decreto 80 de 1980, y las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo vigentes en la fecha de ocurrencia de los hechos materia de la litis.

Expresaban estas disposiciones lo siguiente:

a) Artículos 18 y 44 de la Constitución Nacional de 1886:

Artículo 18:

“Se garantiza el servicio de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.

Artículo 44:

“Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas”.

b) Artículo 2o. del Decreto 80 de 1980:

“La Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social. Su prestación está a cargo del Estado y de los particulares que reciban autorización de éste”.

c) Artículo 56 de la C.N. de 1991, que se transcribe para abundar en información jurídica:

“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento”.

2) Examinadas las resoluciones 101 y 1974 de 1985, actos acusados, se concluye que fueron expedidos desde el punto de vista formal, de acuerdo con los artículos 364 a 366 del C.S.T. por cuanto la agremiación se constituyó por un grupo no menor de 25 profesores; se adjuntaron los documentos que se exigen para estos efectos, ya que el Jefe de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, emitió concepto favorable, y así expresamente lo señala la Resolución 101. Además la elección de la Junta Directiva se hizo conforme a la ley, y los estatutos no son contrarios a ésta ni a la moral ni a las buenas costumbres.

Textualmente dicen los considerandos de esta resolución:

“Que hecho el estudio del expediente conforme a lo dispuesto en el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo, este Despacho ha concluido que la *documentación está completa*. La elección de la Junta Directiva Provisional se hizo *conforme al procedimiento establecido* en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo, y los estatutos de la mencionada organización *se ajustan* a lo contemplado en el artículo 366 del Código Sustantivo del Trabajo, no son contrarios a la Constitución, las leyes, o a las buenas costumbres, ni contravienen disposiciones especiales de este código”. (Se subraya).

Por estos aspectos, los actos acusados no merecen reparo alguno.

3) El actor ataca el acto acusado con base en que los fundadores del sindicato, abusaron del derecho, ya que con el fuero sindical adquirido, no pretendían defender sus intereses laborales, sino simplemente impedir el ejerci-

cio del derecho que le asistía al patrono para despedirlos, por haber promovido y participado en un cese ilegal de actividades.

4) Una afirmación como la anterior no basta para declarar la nulidad del acto del Ministerio de Trabajo que otorgó personería jurídica al sindicato, toda vez que conforme al artículo 450-2 del C.S.T., proferida la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, y autorizado el patrono para despedir a los trabajadores, sin o con fuero sindical, y sin requerir de la correspondiente autorización judicial para estos últimos, el Rector de la Universidad EAFIT, podía haber dado por terminado el contrato de trabajo a todos aquellos profesores que hubieran participado en el cese ilegal de actividades, y sin que ellos pudieran oponer el fuero sindical recientemente obtenido. Textualmente dice tanto la citada disposición legal, vigente en el año de 1984, como la autorización administrativa, para despedir:

a) Artículo 450 del C.S.T.:

“CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES.— La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

(.....)

c) Cuando no se hayan cumplido previamente los procedimientos (de arreglo directo y de conciliación) en forma legal;

(.....)

2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el patrono queda en libertad de *despedir* por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los *trabajadores amparados por el fuero*, el despido no requerirá calificación judicial. *En la misma providencia* en que se decrete la ilegalidad se hará tal declaración y se suspenderá por un término de dos (2) a seis (6) meses la personería jurídica del sindicato que haya promovido o apoyado la suspensión o paro del trabajo, y aún podrá decretarse su disolución, a juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación”. (Se subraya).

Por abundar en información, advierte la Sala que la regulación de la suspensión y de la cancelación de la personería jurídica de un sindicato, sólo procede en la legislación actual mediante decisión judicial. (art. 65 de la ley 50 de 1990).

b) Resolución No. 02713 de 1984 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social:

“ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de que trata la presente resolución la ESCUELA DE ADMINISTRACION Y FINANZAS Y TECNOLOGIAS – UNIVERSIDAD

EAFIT, podrá ejercer las facultades previstas en las Resoluciones 1004 y 1091 de 1959, modificadas por la Resolución 0342 del 9 de febrero de 1977”.

5) Como la fundación del sindicato y el fuero sindical, así surgido, no podía garantizarle a los profesores de la Universidad EAFIT, la estabilidad laboral, luego de haber ejecutado un cese de actividades declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo, se concluye que acudir a la sindicalización no fué un acto de abuso de derecho.

En realidad lo que ocurrió, no fué un abuso del derecho, sino que la constitución del sindicato pudo confundir al patrono al punto de llegar a estimar, erradamente, que el fuero sindical así creado, era un derecho oponible a la autorización que el Ministerio del Trabajo le había conferido para despedir a los trabajadores que participaron en el paro.

6) De otra parte, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social ante una petición con las formalidades legales y en desarrollo de una garantía constitucional, no tenía opción distinta que conceder la personería así solicitada. Con la actual Constitución, este punto dejó de ser materia de debate, pues el artículo 39 del actual estatuto supremo, otorga el derecho, a trabajadores y empleadores, a constituir sindicatos sin intervención del Estado, norma no aplicable a los autos por haberse sucedido los hechos con antelación a ella.

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, en desacuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PROCESO DISCIPLINARIO/DESTITUCION/DEBIDO PROCESO

La destitución es una forma de retiro del servicio público, pero simultáneamente es la máxima sanción que se aplica a un empleado o funcionario. Como tal —es decir, como pena— su imposición no es discrecional ni libre sino que está sometida al previo cumplimiento de un debido proceso como resulta del cual, y con apego a las leyes que amparan la legítima defensa del inculpado, se obtengan la certidumbre de que cometió la falta y es sancionable. Naturalmente el proceso disciplinario tiene que llevarse a cabo dentro de las estrictas previsiones que la ley consagra, con suficiente período probatorio, corriendo pliego de cargos y escuchando los descargos correspondientes para analizar la conducta supuestamente irregular del inculpado dentro del solo contexto que —en desarrollo del artículo 26 de la Constitución Nacional anterior y 29 de la de hoy— se ha establecido para que nada sea condenado sin que se le haya oído y vencido en juicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3776. Asuntos Municipales. Actor: Angel Salomón Riveros Saavedra.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia proferida el 24 de junio de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Angel Salomón Riveros Saavedra pidió al Tribunal anular las resoluciones 01900 (diciembre 23) de 1983 y 00070 (enero 20) de 1984, por medio de las cuales el Contralor del Distrito Especial de Bogotá lo destituyó del cargo de Auditor Fiscal III Grado 25 de la Auditoría Fiscal ante el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-, incluyéndolo en el registro de inhabilitados de la Contraloría.

Como consecuencia de tales nulidades, solicitó el restablecimiento de su derecho, consistente en el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría y remuneración, el pago de todas las sumas dejadas de percibir durante el tiempo de la desvinculación, sin solución de continuidad, para efectos prestacionales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal analizó ampliamente la situación fáctica obrante en el proceso, anuló los actos demandados por considerar que con ellos se violan normas superiores y declaró, además, la nulidad "... de la Resolución No. 075 de 1980 (Estatuto de Personal de la Contraloría de Bogotá), en su título VIII". Dispuso restablecer al demandante en su derecho.

Admitió el a-quo que al actor solo se le probaron los cargos relativos al cheque entregado a la doctora Clara Eugenia López Obregón, al pago rápido de la cuenta de "Surti-90", se mostró sorprendido de que la averiguación disciplinaria solo se hubiese dirigido contra el Auditor, sin vincular a otros empleados de esa dependencia que por razón de sus funciones debían intervenir en el trámite de cuentas y cesantías.

En los considerandos el Tribunal sostuvo:

"Todo lo precedente lleva a pensar a la Sala que el Contralor de Bogotá, con la complicidad de empleados del "Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -Favidi" y de los mismos investigadores de su despacho, montó, para darle apariencia de legalidad a la separación del servicio del demandante, un proceso disciplinario "amañado", ya que no se explica de otra manera que él, casi exclusivamente, se hubiera dirigido solo contra el Auditor; que desde antes de abrirse formalmente la averiguación y, más aún, de que antes de que fuera comisionado uno de los investigadores estuviera oyendo en declaración a los testigos de cargo y ratificando al quejoso; que se le surtiera pliego de cargos en dos oportunidades; que no se decretaran las pruebas por él solicitadas o se decretaran algunas y se le negaran, arbitrariamente, otras; que a la hora de "nona" se llamara a declarar al Gerente de "Favidi" y con base en ello

SECCION SEGUNDA

se extendiera nuevo pliego de cargos al acusado; que no se apreciaran y ponderaran, dentro de la sana crítica, las pruebas allegadas, y, sobre todo, que no se atendiera a las explicaciones dadas por el acusado; que no se tuvieran en cuenta los criterios de ley para calificar y doficar la sanción; y, en fín, que no se hubiera dispuesto, a través de la autoridad competente, la averiguación de todos los funcionarios que se encontraban incurso en muchas de las faltas imputadas al acusado, como el Gerente y demás autoridades administrativas de "Favidi", arriba mencionados.

"Es dable, pues, colegir por lo anotado que los motivos de las Resoluciones de destitución no corresponden a la realidad —real, valga la redundancia, y procesal— ya que, como quedó establecido, los hechos que se le imputaron al actor, en su gran mayoría, no se comprobaron, y los que se determinaron —además, con pruebas irregularmente adjuntadas— no le eran atribuibles a él, única y exclusivamente, infiriéndose, por ello, su falsa motivación".

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En la sustentación del recurso, la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá dice que respeta pero no comparte la sentencia del Tribunal y que se anuló parte de la Resolución 075 de 1980 —o Estatuto de Personal de la Contraloría Distrital— sin que hubiera sido demandada. Advierte que las Resoluciones demandadas cumplieron con todos y cada uno de los pasos señalados por el Estatuto de Personal de la Contraloría de Bogotá; luego habla del poder disciplinario, y cita apartes doctrinales sobre la materia. Después analiza ese procedimiento disciplinario a la luz de la Resolución 075 de 1980 y agrega que cada una de sus etapas se cumplió rigurosamente. Señala que —contrario a lo sostenido por el Tribunal en el fallo apelado— fueron varios los empleados de "Favidi" investigados y hallados responsables de irregularidades. Respecto a las pruebas anota que en esta oportunidad se practicaron todas las que se requerían, y relaciona testimonios y documentos recaudados. Agrega que la Contraloría de Bogotá verificó hasta la saciedad "que se había cometido el hecho denunciado y que se encontraban involucrados varios funcionarios tanto de la Contraloría como de FAVIDI y por ello llegó el Contralor de Bogotá al convencimiento íntimo que se debía llamar a cargos a las personas que presumiblemente tenían participación en las actuaciones investigadas".

Sostiene en seguida la apelante que la administración fue celosa en garantizar el derecho de defensa y que en ningún momento dirigió los preliminares contra uno u otro empleado ni "arrimó documentos" sino que simplemente ejerció la potestad disciplinaria. Advierte que se formuló el pliego de cargos y se recibió la declaración de descargos; que luego se amplió el pliego de cargos y que el demandante tenía conocimiento de la investigación disci-

plinaria. A renglón seguido habla del concepto de la Comisión de Personal, recomendando la destitución y la imposición de la sanción. Anota que en este caso no se violó ninguna norma de derecho público sino que se observaron todas las disposiciones que regulan el régimen disciplinario.

Termina diciendo: "Así las cosas; considero desacertado lo dicho en sentencia de primera instancia, cuando se dice que no se probó, con la plenitud necesaria; puesto que para los que tomaron parte en una u otra forma del proceso disciplinario llegaron al convencimiento interno de que las faltas disciplinarias cometidas por el actor habían causado un daño, de manera directa a la organización estatal, e indirectamente al servicio público; y por ello se hizo acreedor a la sanción administrativa de destitución del cargo que venía desempeñando".

En su alegato final, la apoderada de la parte apelante hace un resumen de la sustentación del recurso; enumera buena parte de las pruebas obrantes en el proceso y termina solicitando que se revoque en todas sus partes la sentencia apelada y se nieguen las súplicas de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado dice que no encuentra fundamento legal ni fáctico para que el Tribunal, *MOTU PROPRIO* hubiera anulado el Título VIII de la Resolución 075 de 1980 o Estatuto de Personal de la Contraloría de Bogotá, norma no demandada en este proceso; luego analiza las etapas del proceso disciplinario que efectivamente se surtieron, las pruebas decretadas y aquellas que no lo fueron y advierte que aun cuando se presentaron algunas pequeñas anomalías en el adelantamiento del proceso disciplinario "aquel estuvo sujeto a la preceptiva jurídica que lo gobierna, por lo que no es de recibo la primera censura que formula el libelista a las resoluciones impugnadas ...".

Hace luego un análisis de cada uno de los cargos formulados al demandante para saber si realmente hubo falsa motivación en los actos acusados; en ese análisis encuentra que algunas faltas no se cometieron y que otras sí pero que no pueden considerarse de tal gravedad que ameritaran la destitución y sobre el particular concluye: "... opinamos que aún cuando se demostró la culpabilidad del demandante en varios de los cargos que se le imputaron no han debido dar lugar a la destitución sino a una sanción menor".

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A: EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

Debe la Sala dilucidar en primer término lo referente a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el apoderado judicial del

Distrito Especial de Bogotá y planteada, esencialmente, en estos términos: que por tratarse de un acto administrativo complejo debió demandarse la totalidad de piezas surtidas en la actuación administrativa adelantada durante el proceso disciplinario; y que la demanda carece de la "designación de las partes y de sus representantes", requisito establecido en el artículo 137 del C.C.A.

Respecto de la primera tacha cabe observar que para controvertir un procedimiento disciplinario adelantado por la entidad nominadora, es decir, por la misma autoridad que aplica la sanción, no deben demandarse todas y cada una de las piezas documentales que lo integran, sino el acto administrativo que pone fin a ese proceso, que contiene la voluntad de la administración para sancionar o abstenerse de hacerlo y ha surtido todos los trámites procesales a que haya lugar.

En este caso se ha pedido, con toda nitidez, anular dos Resoluciones expedidas por el Contralor de Bogotá: la número 01900 (diciembre 27) de 1983, por medio de la cual se sanciona con destitución del cargo de Auditor ante el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI" que desempeñaba el señor Angel Salomón Riveros Saavedra; y la número 00070 (enero 20) de 1984, por medio de la cual, al desatar el recurso de reposición contra el proveído inicial, se confirmó la sanción destitutiva.

Si tales actos administrativos fueron los que perjudicaron al actor, esos mismos actos eran los demandables para obtener después del análisis del proceso disciplinario, su eventual nulidad, y como consecuencia, el restablecimiento del derecho impetrado, puesto que la acción ejercitada fue precisamente la de restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del C.C.A. De manera que por ese aspecto la demanda no es inepta.

Tampoco lo es por la nó designación de las partes y de sus representantes. Es verdad que el libelo no las menciona expresamente. Pero no es menos cierto que la parte demandada —el Distrito Especial de Bogotá— surge con claridad del propio libelo y aun sin que la Sala acuda a su interpretación. En efecto, se pide condenar al Distrito como persona jurídica con capacidad para ser parte en el proceso —capacidad de que carece la Contraloría—; luego, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en ocasiones similares, no es posible sacrificar a una omisión puramente formal la eficacia del proceso; menos aún si del libelo se desprende claramente cuáles son las partes demandada y demandante y sus representantes, como ocurre en este caso.

B: CONTENIDO DE LA SENTENCIA

En la sentencia objeto del recurso el a-quo puso fin al proceso promovido por el señor Riveros Saavedra contra el Distrito Especial de Bogotá,

accediendo a sus pretensiones, es decir, anulando las dos Resoluciones demandadas y restableciéndolo en su derecho.

Sorprende a la Sala, sin embargo, que la sentencia también haya anulado "... la Resolución No. 075 de 1980 (Estatuto de Personal de la Contraloría de Bogotá), en su título VIII".

Este título regula el régimen disciplinario aplicable al personal vinculado a la Contraloría de Bogotá y aparece citado en la demanda como objeto de violación por los actos acusados; pero es obvio que no ha sido materia de controversia puesto que no fue demandado, ni podía serlo en este mismo libelo, ya que se trata de un acto de carácter general.

Por tanto la Sala proveerá en este fallo para corregir el yerro en que incurrió el a-quo.

C: LA CONTROVERSIA DE FONDO

Dice la demanda que con los actos acusados se vulneraron los artículos 20, 23, 26 y 30 de la anterior C.N.; 168, 176 y 183 del Decreto 991 de 1974 o Estatuto de Personal del Distrito; y 116, 168, 171 y 172 de la Resolución 075 de 1980.

Los artículos 20, 23 y 30 de la anterior C.N. se referían a materias tales como las relativas a la responsabilidad de los particulares y de los funcionarios públicos, a la inviolabilidad del domicilio e inexistencia de detención, prisión o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, y a la garantía de la propiedad privada, y de los derechos adquiridos con junto título, su función social e indemnización en los casos determinados por la ley. Por tal razón, ni el 23 ni el 30 pudieron ser violados por los actos que se acusan, y el 20 solo daría base al restablecimiento del derecho, en caso de encontrarse que la actuación administrativa se adelantó contrariando las disposiciones que la regulan.

Igualmente, solo en caso de hallar irregularidad en dicho proceso disciplinario se podrá predicar violación del artículo 26 de la Carta vigente cuando se produjeron los hechos.

La posible vulneración del decreto 991 de 1974 —norma de alcance local, no nacional— no será analizada por la Sala puesto que ese decreto no fue traído al proceso, como lo dispone el artículo 141 del C.C.A.

En verdad, el libelo no contiene un ataque directo a los actos acusados frente a las disposiciones que se consideran infringidas de la Resolución 075 de 1980 o Estatuto de Personal de la Contraloría de Bogotá; pero en el con-

SECCION SEGUNDA

cepto de la violación se dice que la acusación se basa en el desconocimiento del proceso disciplinario y en la falsa motivación.

En la sustentación del recurso y en el alegato de conclusión, la parte apelante se refiere a cada uno de estos dos cargos, de modo que la Sala los analiza por separado, para mayor claridad.

1: DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO

La destitución es una forma de retiro del servicio público, pero simultáneamente es la máxima sanción que se aplica a un empleado o funcionario. Como tal —es decir, como pena— su imposición no es discrecional ni libre sino que está sometida al previo cumplimiento de un debido proceso como resultas del cual, y con apego a las leyes que amparan la legítima defensa del inculpado, se obtenga la certidumbre de que cometió la falta y es sancionable.

Naturalmente el proceso disciplinario tiene que llevarse a cabo dentro de las estrictas previsiones que la ley consagra, con suficiente período probatorio, corriendo pliego de cargos y escuchando los descargos correspondientes para analizar la conducta supuestamente irregular del inculpado dentro del sólo contexto normativo que —en desarrollo del artículo 26 de la C.N. anterior y 29 de la de hoy— se ha establecido para que nadie sea condenado sin que se le haya oído y vencido en juicio.

En este caso, aparecen cumplidas las etapas del proceso disciplinario regulado para los servidores de la Contraloría Distrital en el Título VIII de la Resolución 075 (noviembre 7) de 1980, del Contralor de Bogotá.

En efecto, cuando el Contralor —por información del señor Hildebrando Ramírez Sánchez, Revisor Delegado— tuvo conocimiento de posibles anomalías en la Auditoría ante FAVIDI (cd. 3, folios 4 a 7), comisionó a la Contadora y a un Abogado Visitador para apersonarse de las denuncias; estos dos funcionarios practicaron algunas diligencias preliminares y con fundamento en sus resultados se formuló pliego de cargos al señor Riveros Saavedra, pliego que posteriormente se amplió; el encartado descorrió el pliego de cargos y solicitó la práctica de pruebas, algunas de las cuales se negaron con fundamento en su conducencia; el informe final del disciplinario se envió a la Comisión de Personal y este organismo conceptuó que las faltas cometidas ameritaban la destitución del empleado investigado; finalmente, el Contralor impuso la sanción destitutiva.

La afirmación del demandante en el sentido de que se desconoció el derecho a un debido proceso carece, entonces, de sustento probatorio, pues lo que aparece con evidencia en el expediente es lo contrario, o sea que en su caso se adelantó un debido proceso, sin menoscabar en ningún momento

su legítimo derecho a la defensa, y observando plenamente las formas establecidas en el estatuto disciplinario aplicable a los servidores de la Contraloría de Bogotá.

No decretar ni practicar la totalidad de las pruebas pedidas en un proceso no significa, ni mucho menos, desconocer el derecho a un juzgamiento adecuado porque lo que se pone de presente ahí es la *conducencia*, figura conforme a la cual puede calificarse y admitirse la prueba según sea o no apta para establecer lo que se pretende; es decir, para determinar la responsabilidad del funcionario investigado en este caso.

2: FALSA MOTIVACION

El demandante, en lo relativo a este cargo dijo: "... debe concluirse que los actos acusados están viciados de nulidad por carencia de dos (...) requisitos: el contenido ajustado a derecho y la existencia de un motivo legalmente válido para tomar la determinación".

El Tribunal, refiriéndose a idéntica acusación, advirtió: "... como quedó establecido, los hechos que se le imputaron al actor, en su gran mayoría, no se comprobaron, y los que se determinaron —además, con pruebas irregularmente adjuntadas— no le eran atribuibles a él, única y exclusivamente, infiriéndose, por ello, su falsa motivación".

Sobre la falsa motivación señala la parte apelante: "... en realidad, sí se probó con la plenitud necesaria para los funcionarios que adelantaron el proceso disciplinario, que recaudaron los medios probatorios aplicando el principio de la inmediación de la prueba; los cuales llegaron al convencimiento interno, a la total certeza de que sucedieron los hechos investigados, determinaron claramente a los funcionarios implicados y establecieron la relación de causalidad entre la conducta realizada y los protagonistas de la misma. Todo ello conforme a la sana crítica que como ya lo he manifestado es la aplicación de la lógica más la experiencia humana, conceptos eminentemente subjetivos que no pueden ser evaluados ni sopesados por persona alguna".

En la motivación de los actos acusados se lee que una vez estudiado el expediente del proceso disciplinario adelantado en este caso, la Comisión de Personal de la Contraloría concluyó:

"1. Considerar como falta disciplinaria la conducta asumida por el doctor Riveros Saavedra en su calidad de Auditor Fiscal de la Contraloría por incumplimiento de los deberes en el ejercicio de su cargo de conformidad con lo dispuesto en los literales a) b) y c) del artículo 164 del régimen disciplinario de la Contraloría Resolución Reglamentaria Número 075 de Noviembre 7 de 1980.

SECCION SEGUNDA

“2. Calificar como grave la falta disciplinaria en que incurrió el doctor Riveros Saavedra en los términos del artículos 174 literales b, i, n y t del citado reglamento disciplinario.

“3. Recomendar por unanimidad al Contralor como sanción disciplinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del régimen disciplinario, la destitución del cargo del doctor Angel Salomón Riveros Saavedra”.

Los literales a), b) y c) del señalado artículo 164 de la Resolución 075 de 1980 establecen como faltas disciplinarias:

“a) El incumplimiento de los deberes y la violación de las prohibiciones a que se refiere el Capítulo anterior, como también la omisión, retardo o extralimitación en el ejercicio de las funciones y la violación de las Leyes, Acuerdos, Reglamentos e instrucciones propios de la Contraloría Distrital.

“b) Las actividades incompatibles con el decoro del cargo, con su desempeño o con el respeto y lealtad debidos a la Contraloría Distrital.

“c) La conducta pública o privada contraria a la condición de funcionario público”.

Por su parte, el mencionado artículo 174 de la misma Resolución se refiere en los literales citados a faltas graves, así:

“b) Gestionar en provecho propio o ajeno cualquier clase de contrato u operación en que intervenga la Contraloría o celebrar por sí o por intermedio de otras personas contratos con el Distrito mientras se está en ejercicio del cargo.

“i. Cometer, encubrir o permitir en cualquier forma conductas que atenten gravemente contra el buen funcionamiento de la Contraloría o de la Administración Distrital en general.

“n. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo el influjo de narcóticos o drogas estimulantes.

“t. Todo acto inmoral o delictuoso que afecte la buena imagen de la Contraloría”.

La realidad fáctica obrante en el proceso con respecto a cada uno de los cargos formulados al señor Riveros Saavedra es, en sentir de la Sala, la siguiente:

CARGO 1.

ORDENAR A UN FUNCIONARIO SUBALTERNO QUE RETIRARA UN CHEQUE A FAVOR DE LA DOCTORA EUGENIA LOPEZ OBREGON,

En el proceso se acreditó que ello fue así, pero cuando más, podría decirse que se desconoció la práctica según la cual todo beneficio de un cheque que gire la Contraloría debe hacer personalmente las diligencias tendientes a su trámite y no valerse de intermediarios.

Como lo dice la Doctora Fiscal, la administración no probó que el mecanismo de entrega de cheques estuviera reglado, y esa conducta no entrañó un perjuicio para la administración ni para la beneficiaria del cheque; fue por así decirlo, un acto de cortesía para con ella, que en realidad no constituye falta disciplinaria.

CARGO 2.

FIRMAR ORDENES DE PAGO SIN QUE MOSTRARAN EL CONTROL DE PRESUPUESTO DE AUDITORIA.

No encuentra demostración en el plenario.

CARGO 3.

ORDEN A LA SEÑORA BERTHA ISABEL TAVERA DE IRIARTE PARA TIMBRAR EL CONTROL DE ASISTENCIA DEL SEÑOR ALIRIO QUINTERO VASQUEZ.

Según se desprende de las declaraciones obrantes en el proceso, y entre ellas la de la señora Bertha Isabel Tavera de Iriarte, quien recibió la orden y la de Yolanda Cecilia Vivero, quien vio la tarjeta timbrada a pesar de no haberse hecho presente en su lugar de trabajo el señor Quintero Vásquez, es incuestionable que esta falta se cometió y no puede la Sala soslayar su gravedad, porque ese trato preferencial injustificado, obviamente atenta contra el buen funcionamiento de una entidad y altera las relaciones de mutuo equilibrio y respecto que deben existir siempre entre directivos y subalternos.

CARGO 4.

HABER INGERIDO LICOR Y COMETER HECHOS DE INDISCIPLINA EL DIA 16 DE SEPTIEMBRE DE 1983.

Al igual que en el cargo anterior, la conclusión que se obtiene de un detenido análisis de testimonios es que si bien el Auditor no consumió ese

SECCION SEGUNDA

día grandes cantidades de licor, sí ingirió bebidas embriagantes bajo cuyo efecto permaneció por largo rato en la oficina con aspecto físico que no es el habitualmente aceptado. De los testimonios recibidos y especialmente el de Adela Alvarez Sánchez, Secretaria del doctor Salomón Riveros, el de Isabel de Iriarte y el de Yolanda Cecilia Vivero, se desprende que una fue la celebración del día del amor y la amistad que se hizo en la División Operativa de FAVIDI, en la cual los deponentes afirman que nadie ingirió licor como para embriagarse, y otra la que se llevó a cabo en la Oficina del Auditor Angel Salomón Riveros, a la cual sólo asistieron los señores Carlos Efrén Solórzano Rojas y Alirio Quintero Vásquez el mismo favorecido con la orden de timbrar su tarjeta de control de horario por otra persona.

El consumo de licores en el sitio de labores es conducta proscrita en las oficinas públicas en las horas de trabajo, pues es natural que ello perturba el buen servicio.

CARGO 5.

OMITIR DEPOSITAR EN URNAS LAS COTIZACIONES PARA COMPRAS SUPERIORES A \$ 25.000.00.

El demandante dijo que él sí solicitó al Jefe de la División Administrativa el cumplimiento de esa formalidad y que cosa distinta era que la propia Administración no hubiese atendido su petición. Lo anterior permite deducir que no se depositaron las cotizaciones en la urna puesto que el señor Riveros afirma que él sí solicitó a la administración que lo hiciera pero que no atendieron su petición.

Como no hay demostración de esa solicitud en el expediente, se concluye que en verdad hubo, por lo menos, negligencia del Auditor quien ha debido exigir el cumplimiento de ese requisito u objetar la operación.

CARGO 6.

HABER SOLICITADO AL GERENTE DE FAVIDI QUE LE ASIGNARA UN CUPO MENSUAL PARA PAGAR ALGUNAS CESANTIAS.

La declaración del Gerente de la entidad hecha con ánimo desprevenido y no para acusar al actor, es la prueba con que se cuenta. Al respecto el Gerente afirmó que el señor Riveros Saavedra lo hizo con un "sano criterio de servicio" a fin de atender presiones que recibía de ordinario. El tratamiento que deben recibir los ciudadanos no puede estar sujeto a preferencias, ni los funcionarios públicos actuar bajo "presiones", por muy bien intencionados que unas y otras parezcan.

En este caso se está frente a dos testimonios encontrados; el del Gerente y el del inculpado que lo contradice. Sin embargo, es necesario reconocer

que el Auditor no es quien paga las cesantías y por eso resulta extraña la asignación del cupo mencionado. Pudo ocurrir sí, que el Auditor intercediera para que se agilizaran algunos reconocimientos, entre ellos el de su cesantía parcial, lo cual constituye una práctica que contradice el principio de igualdad en el trato que debe darse a todos los peticionarios.

CARGO 7.

OMITIR ETAPAS PREESTABLECIDAS CON EL FIN DE ANTICIPAR EL PAGO DE SU CESANTIA.

Está probado que todo el trámite para obtener el pago de su cesantía no tardó sino dos semanas y un día, mas nó que se hubieran pretermitido etapas a cumplir para el reconocimiento. Por tanto esta conducta no puede considerarse como irregular pero sí como preferencial frente al trato que reciben otros peticionarios de esa prestación.

CARGO 8.

PREFERENCIA HACIA LOS SEÑORES CARLOS SOLORZANO Y ALIRIO QUINTERO VASQUEZ.

En la explicación del cargo 3 puede verse que esa preferencia si se dio, cuando menos en relación con el señor Quintero Vásquez, cuyo control de ingreso al trabajo ordenó timbrar el Auditor.

CARGO 9.

TRAMITAR EN UN SOLO DIA LA ORDEN DE PAGO No. 31239 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1983 A FAVOR DE "COMERCIAL SURTI 90".

No es falta cuya comisión se encuentre probada en el disciplinario.

CONCLUSION:

Conforme a lo que aquí se ha expuesto, los actos acusados en este proceso no adolecen de falsa motivación, pues si bien es verdad que no todos los cargos se probaron plenamente, también lo es que sí se estableció la veracidad de la acusación consistente en ordenar a una empleada timbrar la tarjeta de control de asistencia de otro empleado, y de la acusación que se refiere a conducta irregular e ingestión de licor en su oficina, en horas de trabajo, y en compañía de dos de sus subalternos.

En sentir de la Sala no es imperativo que todos los cargos se encuentren probados para aplicar una sanción: basta con que alguno o algunos, enmarca-

SECCION SEGUNDA

dos dentro de la respectiva normatividad disciplinaria, se tipifiquen ciertamente para que, cumplidas las etapas del debido proceso surja viable la sanción que se estime procedente imponer.

Por otra parte, tampoco obran en el proceso elementos de juicio que desvirtúen la conclusión a la que llegó la comisión de personal en forma unánime, como para que la Sala acepte la propuesta de la Fiscalía en el sentido de aplicar una sanción menor.

En el caso aquí debatido no se ha probado que los actos acusados vulneren las disposiciones que la demanda tiene como tales, luego al conservar la presunción de legalidad que los ampara debe revocarse la sentencia apelada y negar las súplicas impetradas.

Finalmente, no puede pasarse por alto la expresión del a-quo en el sentido de que el proceso disciplinario cuya legalidad se discute fue "amañado", entre otras razones porque solo se dirigió contra el señor Riveros Saavedra: la conducta de un funcionario se investiga en forma individual o colectiva y si esta es irregular no deja de serlo por el hecho de que todos los posibles comprometidos no hayan sido investigados.

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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de junio de 1988 dentro del proceso iniciado por Angel Salomón Riveros Saavedra.

En su lugar, NIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 26 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION/SALARIO— Incompatibilidad/PROFESIONAL UNIVERSITARIO (Salvamento de Voto)

El art. 1o. del decreto 1713 de 1960, norma modificada por el art. 32 del Decreto 1042 de 1978, no sirve de soporte a la situación del actor, puesto que el disfrute de pensión y sueldo no está autorizado en esa disposición que permite sí a los profesionales con títulos universitario, desempeñar dos cargos públicos siempre que el horario normal lo haga posible. La regulación legal sobre la materia impedía al actor devengar pensión y sueldo, puesto que no es docente, ni militar, ni ocupaba alguno de los cargos de excepción señalados en las disposiciones citadas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Salvamento de Voto de la doctora Clara Forero de Castro.

Referencia: Expediente No. 3476. Actor: Antonio María Álvarez Riaño.— Autoridades Nacionales.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

Si el actor había sido pensionado por el Hospital Militar Central, no podía ni permanecer ni volver al servicio público, salvo en los cargos señalados por vía de excepción en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y demás normas concordantes, tales como el literal c) del artículo 32 del Decreto 1042 de 1978.

En mi modesta opinión, el artículo 1o. del Decreto 1713 de 1960, norma modificada por el citado artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, no sirve de soporte a la situación del actor, puesto que el disfrute de pensión y sueldo no está autorizado en esa disposición que permite sí a los profesionales con título universitario, desempeñar dos cargos públicos siempre que el horario normal lo haga posible.

La regulación legal sobre la materia impedía al actor devengar pensión y sueldo, puesto que no es docente, ni militar, ni ocupaba alguno de los cargos de excepción señalados en las disposiciones citadas.

Tampoco, a mi modo de ver, es posible hablar de dos medias pensiones; la pensión de jubilación es una sola, liquidada sobre el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios. Si como en el caso del actor se devengan dos sueldos por dos cargos públicos, en razón de tener título universitario, no por ello se tiene derecho a dos medias pensiones; se tiene derecho a una pensión liquidada con base en el promedio de todo lo devengado.

Recuérdese que el párrafo 1o. del artículo 27 del Decreto 3135 indica cómo se calcula el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación, cuando la jornada de trabajo es inferior a 4 horas. Y si la jornada es de 4 o más se tiene como jornada completa. De manera que, dos medios tiempos se consideran una jornada completa y no dan derecho sino a una sola pensión.

Por lo anterior considero que la sentencia del Tribunal ha debido confirmarse.

Clara Forero de Castro.

NOTA DE RELATORIA: La doctora Dolly Pedraza de Arenas se adhiere al salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro.

LA SENTENCIA DE ESTE SALVAMENTO PUEDE CONSULTARSE A CONTINUACION (PAGS. 705 a 711).

**PENSION DE JUBILACION—Compatibilidad/SALARIO—Compatibilidad/
PROFESIONAL UNIVERSITARIO**

Si la pensión de jubilación es una asignación y ella proviene de los servicios prestados en un cargo público, como que si no ha habido servicios no puede haber reconocimiento de la pensión, fuerza concluir que las sumas que se perciben por concepto de una pensión de jubilación, al igual que el sueldo, provienen, se originan, se causan, tienen su fuente, en el desempeño de un cargo. Es por ello, que debe entenderse que la pensión de jubilación proviene de los servicios prestados en un cargo; y que si ese cargo es público y ha sido ejercido por un profesional con título universitario, se encuentra dentro de la excepción que consagra el artículo 1o. literal b) del Decreto 1713, que la hace compatible con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo, siempre que el horario normal lo permita, exigencia ésta última que también se cumple, pues es apenas obvio que en tal evento la persona sólo labora en un empleo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 3476. Autoridades Nacionales. Actor: Antonio María Álvarez Riaño.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 1987 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por ANTONIO MARIA ALVAREZ RIAÑO con el fin de obtener de una parte, la nulidad

SECCION SEGUNDA

de las Resoluciones Nros. 02344 y 05223 de 1984, emanadas de la Contraloría General de la República, por medio de las cuales se le ordenó reintegrar a favor del Hospital Militar Central la suma de \$273.700.56, "correspondientes a la asignación percibida con violación del artículo 64 de la Constitución Política y el artículo 1o. del decreto 1713 de 1960" y se le sancionó con una multa de cien pesos (\$100.00) por haber incurrido en la "omisión de declarar las circunstancias de incompatibilidad en que se encontraba al firmar la correspondiente acta de posesión, y de otra parte, la reparación de los daños materiales y morales que, a su juicio le causó la expedición de dichas resoluciones.

El Tribunal del conocimiento, después de declarar que no se configura la excepción de inepta demanda por haberse dirigido la acción contra la Contraloría General de la República, entidad que carece de personería jurídica, cuando ha debido dirigirse contra la Nación, denegó las súplicas de la demanda. Por ello consideró que por mandato constitucional nadie puede percibir más de una asignación del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes y, como el decreto 1713 de 1960 sólo exceptúa de esta regla general aquellos casos en que las asignaciones provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita su ejercicio regular, no puede estimarse que la situación del accionante se rija por lo preceptuado en esa norma exceptiva, porque de las asignaciones que percibe el actor únicamente una obedece al desempeño de un cargo público y la otra constituye la pensión de jubilación que el Hospital Militar Central le reconociera. No provienen, por tanto, del desempeño simultáneo de dos empleos oficiales.

Contra esta sentencia la parte demandante interpuso el recurso de apelación aduciendo que el Tribunal dió una interpretación restringida al artículo 1o. del decreto 1713 de 1960, contraría el principio de protección al trabajo consagrado en el artículo 17 de la Carta Política y el artículo 23 del decreto 1651 de 1977, que le permitía al actor recibir dos asignaciones del Tesoro Público en términos de compatibilidad horaria; que la excepción que se debe aplicar es la del literal b), y no la que "se refiere a todos los titulares de pensión que no tengan título académico, que se rigen por el literal c), dado que la jubilación proviene de esa doble relación de ejercicio del cargo en el Hospital Militar Central y en el Instituto de Seguros Sociales, y que por razón jubilatoria se convierte en asignación y pensión; la pensión es solo efecto de esa relación; su causa es haber servido 20 años al Hospital; "y más aún, que si se tratara de aplicar esa disposición, debía ajustarse la suma máxima de \$1.800 (sic) de acuerdo con los índices de inflación de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.; que debió aplicarse el literal d) del artículo 1o. del decreto citado, que permite la compatibilidad de otra asignación con las que con carácter de pensión o sueldo disfruten los miembros de las Fuer-

zas Armadas, toda vez que al no distinguir la norma acerca de la condición de militares o civiles de los miembros de esa Fuerza, debe entenderse que comprende a todo el personal del ramo de la defensa, entre el cual se hallan los funcionarios de los establecimientos públicos adscritos al Ministerio del ramo, según voces del artículo 2o. de la ley 68 de 1963, "que hizo extensivo al personal civil de los entes adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, la igualdad de condiciones prestacionales y sociales que el personal del Ministerio de Defensa daba a su régimen central, ya que el otro es el descentralizado, pero que hace parte de tales Fuerzas, por razón de la adscripción y por razón de la vinculación, según la naturaleza de tales entes", (fl. 239), y como el Hospital Militar Central, en virtud de lo dispuesto en el decreto 3210 de 1963, fue vinculado al Ministerio de Defensa como establecimiento público, su personal forma parte del ramo de defensa.

Finalmente, asevera el recurrente, que la orden de reintegro de dineros contenida en las resoluciones impugnadas, viola el artículo 30 de la Constitución Política, porque se le despojó del derecho de percibir la pensión de jubilación que había adquirido bajo el régimen de la ley 68 de 1963.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación opina que las pretensiones de la demanda deben denegarse como lo hizo el a-quo, porque la cuestión debatida no puede dilucidarse a la luz de las normas que invoca el libelista, toda vez que su aplicación está restringida al personal de las fuerzas armadas y el actor no perteneció a él. (fl. 279).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, con base en las siguientes.

CONSIDERACIONES:

La litis se contrae a dilucidar la legalidad de las Resoluciones Nros. 02344 y 05223 de 1984 de la Contraloría General de la República, por medio de las cuales se ordenó al accionante reintegrar las sumas de dinero que le pagó el Hospital Militar Central por concepto de pensión de jubilación, en razón de haber percibido simultáneamente, desde el 1o. de julio de 1977 hasta el 30 de diciembre de 1980, el sueldo correspondiente a la prestación de sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales, percepción que a juicio de la Contraloría violó el artículo 64 de la Constitución Política, entonces vigente, según el cual nadie puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público salvo las excepciones legales, y el caso del actor no encaja dentro de las excepciones consagradas en el decreto 1713 de 1960 y el artículo 307 del Código de Régimen Político y Municipal.

Sea lo primero anotar, que en distintas oportunidades en que se han demandado actos expedidos por la Contraloría General de la República y se ha omitido indicar en el libelo que la Nación es la parte demandada, pero

SECCION SEGUNDA

ésta ha sido vinculada al proceso a través de la autoridad administrativa que conforme a la ley debe representar sus intereses, la Sala ha entendido que se quiso hacer comparecer al ente público jurídicamente responsable, y que, si efectivamente éste compareció, es del caso proceder a decidir el fondo de la litis.

En el caso presente, se señaló equivocadamente como parte demandante al "Contralor General de la República representada por el doctor Rodolfo García". Sin embargo, teniendo en cuenta el criterio de la Sala atrás mencionado, que además armoniza con el artículo 228 de la actual Carta Política, según el cual en las actuaciones judiciales "prevalecerá el derecho sustancial", la Corporación estima correcta decisión del Tribunal de no declarar probada la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la Contraloría, si, como en efecto ocurrió, los intereses de la Nación fueron defendidos y protegidos por quien estaba legalmente facultado para ello.

Del material probatorio se desprende que el demandante laboró en el Instituto de Seguros Sociales como médico, pediatra entre el 1o. de marzo de 1950 y el 31 de agosto de 1980 (fl. 30); y, a la vez, prestó sus servicios como profesional de la medicina en el Ministerio de Defensa y en el Hospital Militar Central entre el 13 de enero de 1956 y el 1o. de julio de 1977 (fl. 58); consta igualmente, que por los servicios prestados al Ministerio y al Hospital Militar Central, ésta última entidad le reconoció pensión de jubilación (fls. 58 a 60).

Despréndese de lo anterior y de la constancia que obra a folio 55. que el derecho del actor a percibir la referida prestación se deriva de haber prestado, en jornada laboral de medio tiempo, sus servicios profesionales al Ministerio y al Hospital mencionados.

Igualmente se deduce, que el médico ALVAREZ RIAÑO laboró simultáneamente en el Instituto de Seguros Sociales, en jornada igualmente parcial, con dedicación inicial de dos horas diarias, más tarde de tres horas y finalmente de medio tiempo (fl. 41).

El monto de su pensión, en tal virtud, se fijó con base en el salario que devengaba en el Hospital Militar por el desempeño del empleo de medio tiempo a que se hizo alusión; y la asignación que devengó simultáneamente en el ISS durante el período a que se refieren los actos impugnados, también correspondía a una jornada de medio tiempo. Es decir, que las dos asignaciones no excedían la remuneración que correspondía al ejercicio de un empleo de tiempo completo.

Ahora bien, los actos impugnados dicen fundamentar su decisión en el artículo 64 de la Constitución anterior, cuyo texto original proviene de 1886 y estableció la prohibición de recibir dos sueldos del tesoro público, norma

que fue complementada por el artículo 23 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, en el sentido de cambiar la expresión sueldos por asignación, extender la prohibición respecto a las “empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado”, y precisar que se entiende “por tesoro público el de la Nación, los Departamentos y Municipios”. Igualmente se fundamenta la decisión, en el decreto 1713 de 1960, que en buena parte fue reproducido por el artículo 32 del decreto extraordinario 1042 de 1978.

Según el artículo 1o. del decreto extraordinario 1713 mencionado, se exceptúan de la prohibición de percibir “más de una asignación que provenga del Tesoro Público” establecida por el artículo 64 de la anterior Constitución Política, entre otros emolumentos, las asignaciones “que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos” y las, igualmente asignaciones, “que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de ...” la suma señalada en la ley. De los referidos apartes de la norma, se deduce:

a) Que tanto el sueldo, como la pensión de jubilación, están comprendidos dentro del concepto de asignación, como ya ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia.

b) Si la pensión de jubilación es una asignación y ella proviene de los servicios prestados en un cargo público, como que si no ha habido tales servicios no puede haber reconocimiento de la pensión, fuerza concluir que las sumas que se perciben por concepto de una pensión de jubilación, al igual que el sueldo, provienen, se originan, se causan, tienen su fuente, en el desempeño de un cargo. Es por ello, que debe entenderse que la pensión de jubilación proviene de los servicios prestados en un cargo; y que si ese cargo es público y ha sido ejercido por un profesional con título universitario, se encuentra dentro de la excepción que consagra el artículo 1o., literal b. del decreto 1713, que la hace compatible con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo, siempre que el horario normal lo permita, exigencia esta última que también se cumple, pues es apenas obvio que en tal evento la persona solo labora en un empleo.

Para la Sala no pasa desapercibido que la recepción simultánea de las dos asignaciones a que nos hemos venido refiriendo, la una como sueldo y la otra como pensión de jubilación, tiene su soporte jurídico en el literal b) del artículo 1o., y se aplica únicamente a las personas a que la norma se refiere —profesionales con título universitario— y dentro de la compatibilidad de horarios que exige la norma. Situación diferente a la consagrada en el literal c), ibídem, cuyos destinatarios no son únicamente quienes tienen título universitario, sino todos los pensionados del sector público, con la condición de que “el valor conjunto de la pensión y el sueldo” no exceda del límite legal

y sea viable el reintegro al servicio oficial en los términos del artículo 29 del decreto 2400 de 1968 y sus normas concordantes.

Si, como se ha dicho, de acuerdo con la norma citada el accionante podía legalmente recibir las asignaciones correspondientes al ejercicio simultáneo de los dos cargos que ocupaba, mal puede considerarse que le estaba vedado percibir, a la vez, la pensión de jubilación que obtuvo en razón del desempeño de uno de esos cargos de medio tiempo, y el salario que se le pagaba por ejercer otro cargo, también de media jornada; pues si la ley, autoriza el ejercicio simultáneo de dos cargos públicos y la percepción de dos asignaciones proveniente del tesoro o de entidades en que el Estado tenga parte principal, lógico es, que la persona que esté en tales circunstancias, tenga derecho a gozar de los beneficios que de tal ejercicio, por demás lícito, se derivan para él.

Al respecto la Corporación en sentencia del 29 de septiembre de 1990, expediente No. 394, actor: Darío Patiño Gutiérrez, expresó:

“La Sala entiende, con apoyo en la normatividad del artículo 1o. del decreto 1713 de 1960, que si un profesional con título universitario viene laborando simultáneamente en dos cargos de medio *tiempo cada uno*, cuando se pensiona con base en los servicios y la remuneración correspondiente a uno solo de ellos, la cuantía de la prestación es determinada con base en dicha remuneración; vale decir, es “media pensión”, caso en el cual es compatible con el ejercicio del otro cargo de medio tiempo; pues si el literal b) de aquella disposición permite que los profesionales con título universitario 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”.

De acuerdo con lo expuesto, apartándose la Sala del criterio mayoritario aplicado en caso similar en el que fue actor Martín Pineda Vásquez (Sent. de la Sección 2a., de diciembre 13 de 1990, Exp. No. 3438), se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados, por considerar que el demandante tenía pleno derecho a percibir del Hospital Militar Central las sumas que por concepto de pensión le había cancelado éste y cuyo reintegro, dispuso la Contraloría General de la República, mediante los actos administrativos demandados. Los anulará igualmente en cuanto a la multa que le impusieron al actor, por ser ella accesoria y quedar sin sustento en virtud de la anterior declaración.

Más no se ordenará la reparación de los daños materiales y morales que la expedición de las resoluciones impugnadas supuestamente le infringieron

al accionante, pues en el sub-lite no se demostraron. A juicio de la Sala no es suficiente impetrar en la demanda su reconocimiento; se requiere además, no solo razonar sobre su causación, sino, lo más importante, probar conforme a derecho, que se han producido y son imputables a la administración.

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 15 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el presente proceso.

En su lugar, decrétase la nulidad de las Resoluciones Nos. 02344 y 05223 de 1984, expedidas por el Contralor General de la República, mediante las cuales se ordenó al Doctor ANTONIO MARIA ALVAREZ RIAÑO, reintegrar al Hospital Militar Central la suma de doscientos setenta y tres mil setecientos pesos con 56/100 M/I. (\$273.700.56), correspondientes a las asignaciones percibidas del Hospital Militar Central desde el 1o. de julio de 1977 hasta el 30 de diciembre de 1980, y se le impuso como sanción una multa equivalente a cien pesos (\$100.00).

Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA al expediente al Tribunal de origen.

Aprobada en la Sala del día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Salva el voto; Dolly Pedraza de Arenas, Salva el voto; Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez; Antonio Barrera Carbonel, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL—Estabilidad/ESCALAFON JUDICIAL/DERECHO A REELECCION

El juez escalafonado que durante el servicio no haya obtenido dos calificaciones insatisfactorias —que impiden su reelección— ni que esté suspendido en el escalafón como consecuencia de una de ellas, tiene derecho a ser candidato y a ser considerado su nombre en primer lugar, para los efectos de la elección respecto del cargo que desempeña, sin necesidad de concursar nuevamente. Asunto diferente es el pretendido derecho a ser reelegido, pues ningún candidato tiene derecho a que los electores voten por él, ni éstos, como consecuencia de que su voto es libre y secreto están obligados a votar por determinado candidato, ni siquiera siendo único.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 4361. Autoridades Nacionales. Actor: Juan Alberto Rodríguez Faccetti.

El ciudadano JUAN ALBERTO RODRIGUEZ FAC CETTI, presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se declare que es nulo el acto de convocatoria a concurso de la carrera judicial para ingreso o ascenso a cargos de jueces del Distrito Judicial de Montería, proferido por el Consejo Seccional de la Carrera de ese Distrito, publicado el 24 de octubre de 1988 (fls. 26 a 32).

En los hechos de la demanda se relatan los antecedentes que llevaron a la expedición del decreto extraordinario 52 de 1987, el contenido de sus Títulos, se transcribe su artículo 142, sobre modificación y derogatoria de normas; que dicho decreto fue acusado por inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequibles algunas de sus normas; que el acto acusado convoca y se refiere a todos los jueces del distrito judicial de Montería, actualmente escalafonados, "los cuales deberán inexplicablemente concursar para poder ser reelegidos en su propio cargo", lo cual implica en la práctica que no existe la carrera judicial.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se afirma que fueron quebrantados los artículos 162 de la Constitución Política de 1886 y 1o. y 51 del decreto extraordinario 52 de 1987.

Respecto de la primera norma, después de transcribirla parcialmente, se refiere el demandante a las características del servicio público de la justicia y de la carrera judicial, afirmando que la estabilidad es elemento fundamental a los objetivos de la segunda, los cuales pueden alcanzarse "en la medida en que la estabilidad de quienes ingresen a la carrera judicial sea respetada dentro de los términos de la ley".

Transcribe el demandante algunos apartes de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de julio de 1970, por medio de la cual se decidió sobre la acción de inconstitucionalidad que un ciudadano promovió en contra de los artículos 81 a 87 del decreto extraordinario 250 de 1970, referentes a la calificación de servicios de los servidores oficiales de la rama judicial y del ministerio público. Que consecuentemente, los principios fundamentales de la carrera judicial son la igualdad de condiciones para el ingreso, el mérito como único factor de ingreso y permanencia, la estabilidad condicionada al eficiente cumplimiento de los deberes calificados y respeto a la situación jurídica del funcionario judicial escalafonado; que en tales condiciones los candidatos para acceder a la carrera judicial participan solo para concurso abierto para ingreso o ascenso "y no como lo ordenan los actos acusados, para permanecer en el cargo para el cual está escalafonado el respectivo juez o magistrado"; que el escalafonamiento implica una situación jurídica individual y concreta que genera un derecho preferencial para permanecer en su cargo, salvo que incurra en mala conducta o sea calificado negativamente; que no se entiende cómo puede hablarse de carrera judicial, si al vencimiento del período judicial el juez escalafonado debe concursar en certamen abierto para el cargo que desempeña, ni cómo se le conceda el único derecho de la opción de acceder al cargo, si los demás aspirantes no igualan su puntaje; que el período judicial establecido en la constitución no se contrapone en algún sentido con los principios y fundamentos de la carrera judicial y al punto se transcriben apartes de sentencia de la misma Corte del 25 de junio de 1987.

SECCION SEGUNDA

En relación con el artículo 1o. del decreto extraordinario 52 de 1987, después de transcribirlo, se reiteran los criterios ya expuestos cuando se expuso el concepto de la violación visto anteriormente sobre el artículo 162 de la Constitución y en lo referente al artículo 51 del mismo decreto, que también se transcribe, se afirma que las normas acusadas lo violan “partiendo del literal a) del artículo 16, del Acuerdo No. 2 de 1987 del Consejo Superior de la Administración de Justicia”, que también se transcriben; que bajo una supuesta calificación, en realidad se trata de un nuevo concurso “para quien ya lo ganó, afectando el derecho del funcionario a ser reelegido salvo que haya obtenido dos calificaciones insatisfactorias”. Acerca de la interpretación del artículo 51 mencionado, la demanda también transcribe algunos apartes de la sentencia de la H. Corte del 25 de junio de 1987, ya mencionada; que es evidente que el alcance e intención del decreto 52 de 1987, y en particular su artículo 51, es el de asegurar la estabilidad de los funcionarios legalmente escalafonados, salvo que incurran en mala conducta o el haber obtenido dos calificaciones insatisfactorias y, finalmente, que la interpretación de la H. Corte Suprema de Justicia respecto del artículo 51 del decreto 57 dicho, releva al actor de cualquier otro comentario adicional y ponen en evidencia aun más la ilegalidad de los actos acusados.

La vista Fiscal. Opinó el Ministerio Público que los argumentos lógicos de la demanda frente a la interpretación de la carrera judicial, desgraciadamente encuentra oposición, con obsoleta e irracional fuerza, en los mandatos del artículo 157 de la Constitución Política de 1886, que señala período a los jueces y que impide que puedan prosperar las pretensiones de la demanda.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Según quedó consignado anteriormente, el actor considera que los jueces escalafonados en la carrera judicial, no pueden ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñan, porque tienen derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias.

Al respecto, observa la Sala, en primer lugar, que el ingreso en la carrera judicial o su ascenso en ella, debe hacerse mediante el proceso de selección (art. 21 D. 52 de 1987), de donde resulta, obviamente, que un juez escalafonado solo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso y no para los efectos de su eventual nueva elección en el cargo que desempeña. De lo contrario, como se denuncia en la demanda, si un juez escalafonado tuviera que concursar para poder ser candidato a la elección en el cargo que desempeña, habría que concluir que dicho escalafonamiento no tendría utilidad

alguna, habida cuenta que la relativa estabilidad de que gozaban los jueces no provenía de aquel, sino de haber sido nombrados para un período.

Consecuentemente, el juez escalafonado que durante el servicio no haya obtenido dos calificaciones insatisfactorias —que impiden su reelección— ni que esté suspendido en el escalafón como consecuencia de una de ellas (art. 51 *ibídem*), tiene derecho a ser candidato y a ser considerado su nombre en primer lugar, para los efectos de la elección respecto del cargo que desempeña, sin necesidad de concursar nuevamente.

Pero, asunto diferente es el pretendido *derecho* a ser reelegido, alrededor del cual observa la Sala que la ley nunca pudo establecerlo —y de ahí que la H. Corte al respecto solo se refiera a la *vocación* a ser reelegido pues, si el procedimiento para la elección de los jueces era mediante los votos de los integrantes del respectivo Tribunal, era imposible garantizar que un determinado *candidato* resultare favorecido con los votos suficientes de los electores, por la potísima razón de que ningún candidato tiene derecho a que los electores voten por él, ni éstos, como consecuencia de que su voto es libre y secreto, están obligados a votar por determinado candidato, ni siquiera siendo único.

Consecuentemente, se declarará que es nulo el acto de convocatoria acusado en sus apartes pertinentes que obligaban a los jueces escalafonados a concursar para pretender ser elegidos nuevamente en los cargos que desempeñaban.

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

FALLA:

1o. DECLARASE que es nulo el acto de convocatoria a concurso de la carrera judicial para el nombramiento de jueces del Distrito Judicial de Montería, proferido por el Consejo Seccional de la Carrera de ese Distrito, publicado el 24 de octubre de 1988, en los siguientes apartes:

Del Capítulo III DOCUMENTOS, el Parágrafo del numeral 9.

Del Capítulo V INSCRIPCIÓN AL CONCURSO, toda la norma referente a la OPCION 1: y de la OPCION 2: la siguiente frase “aspire a ser reelegido en su propio cargo y simultáneamente”.

Del Capítulo VI CARACTERÍSTICAS DEL CONCURSO el siguiente inciso del EXAMEN DE CONOCIMIENTOS: “Los funcionarios escalafonados que concursen para su propio cargo, tendrán un punto por cada dos

SECCION SEGUNDA

puntos obtenidos en la evaluación”, y del inciso siguiente, esta frase: “sin perjuicio de los Jueces escalafonados que concursan simultáneamente para el propio cargo, quienes continuarán en el concurso correspondiente a éste”.

Del Capítulo VIII ELECCION DEL NUMERAL 1. la siguiente frase “y haya participado en el concurso para dicho cargo”, y del numeral 2. esta: “a quien participó en el concurso”.

2o. Respecto de lo demás, niégase la nulidad solicitada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVASE.

Aprobado en la Sala del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO/JUNTA ADMINISTRADORA DEL FONDO—Facultades

Si bien es cierto que el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, si tiene un sistema especial de administración diferente al de las dependencias propiamente dichas del Ministerio de Salud, dado que en tanto que éstas se hallan sujetas a la directa autoridad del ministro, el Fondo es administrado parcialmente por una junta integrada por el Ministro de Salud o su delegado, el Director, del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del Presidente de la República. En principio, la personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover debido al sistema previsto desde la expedición del Decreto 687 de 1967 y no derogado por normas posteriores, por cuanto en el Decreto 121 de 1976 solo se limitó a trasladar al Ministerio de Salud algunos aspectos específicos de la Administración, tales como la ordenación del gasto y la celebración de contratos del Fondo y dijo que seguiría funcionando conforme al decreto primeramente mencionado y demás normas que lo adicionan o modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta, que ésta tendría competencia para nombrar y remover personal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. 3951. Resoluciones Ministeriales. Actor Donato Silva Gómez.

SECCION SEGUNDA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 26 de agosto de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó el señor Donado Silva Gómez, a través de apoderado judicial, para impetrar la nulidad del artículo décimo cuarto (14) del acuerdo No. 069 de 22 de septiembre de 1982, expedido por la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario del Ministerio de Salud, por medio del cual se dispuso declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Operario Calificado, Código 6007, Grado 08 y, como consecuencia de ello, su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría y el pago de los sueldos y prestaciones en dinero y en especie dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro. De igual manera, solicitó que se ordene tener como sin solución de continuidad el lapso en que permanezca separado del servicio, para fines de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Como hechos sustentatorios de sus pedimentos expuso los siguientes (fls. 1 a 5):

—El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la ley 6a. de 1967, mediante el decreto extraordinario No. 687 de 1967 (artículo 22), dispuso que el Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales celebrarían contratos para acordar la forma, plazos y demás condiciones de los aportes de que trata el literal c) del artículo 20 del mismo decreto, al Fondo Nacional Hospitalario.

—En el artículo 23 IBIDEM se estipuló que los recursos que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales entregará al Gobierno Nacional con destino a la construcción y dotación de hospitales y de otros establecimientos asistenciales, debían ser llevados a un fondo especial, denominado Fondo Nacional Hospitalario, que sería administrado conjuntamente por el Ministerio de Salud Pública y por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

—En desarrollo de lo anterior, los Ministros de Salud Pública y de Hacienda en nombre de la Nación, y el Instituto de Seguros Sociales, celebraron un contrato para regular la forma, plazos y demás condiciones de los aportes a que se refiere el artículo 23 del decreto 687 de 1967, el cual fue aprobado por el Presidente de la República el 7 de septiembre de 1967.

—De conformidad con la cláusula 6a. de ese contrato, la Administración del Fondo Nacional Hospitalario está a cargo de una Junta integrada por el Ministro de Salud Pública, el Director del Instituto de Seguros Sociales y un representante del Presidente de la República.

—Sin que existiera disposición legal ni contractual que la autorizara para expedir reglas de funcionamiento del Fondo Nacional Hospitalario, la Junta

mencionada mediante acuerdo No. 28 del 10 de junio de 1968, expidió un estatuto Orgánico de dicho Fondo, en el cual se atribuyó a éste el carácter de persona jurídica (artículo 1o.), se precisaron las funciones de la misma Junta, una de las cuales es la de “designar el personal necesario para el funcionamiento del Fondo, fijar sus funciones y asignaciones” (artículo 11, literal e).

—Bajo la vigencia del decreto 3130 de 1968, la Junta Administradora del Fondo expidió el acuerdo No. 003 de 26 de enero de 1976, contenido del Reglamento de Administración y Funcionamiento del mismo y en él se dijo “... que el Fondo Nacional Hospitalario era un fondo financiero de los previstos en el art. 2o. del decreto 3130 de 1968, organizado de conformidad con lo establecido en el decreto ley 687 de 1967 y en los decretos 1935 y 2796 de 1973, y según el contrato celebrado entre la Nación y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el 14 de julio de 1967”. (fl. 4 Cdno. Ppal.), eliminando el carácter de persona jurídica que le confiriera el acuerdo No. 28 de 1968 y disponiendo que el Ministro de Salud deberá suscribir los contratos y de más actos necesarios para la correcta operación de los recursos. No obstante, conservó como función de la Junta Administradora la de nombrar y remover, a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo. (artículo 8o. literal f).

—La anterior situación se modificó, en razón de que el Presidente de la República por medio del decreto 1315 de 1978 (artículo 4o.), dispuso que la planta de personal del Fondo debía adoptarse con sujeción a las normas generales establecidas para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público por el decreto ley 1042 de 1978, planta de personal que se adoptó mediante el decreto No. 1647 de 1978, entre cuyos cargos se halla el que desempeñaba el actor al momento de su remoción del servicio.

En el libelo, bajo el acápite “Consideraciones de Derecho” (fls. 5 a 10), el accionante vuelve sobre lo relatado en el Capítulo de los Hechos, resaltando que la situación injurídica generada en el acuerdo No. 28 de 1968, mediante el cual la Junta Administradora del Fondo usurpó la competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 76 de la Constitución Política, al crear y organizar una persona jurídica pública del orden nacional, que es una función privativa del órgano legislativo al tenor de lo establecido en los numerales 9o. y 10o. de la norma citada, se empezó a corregir con la expedición del decreto extraordinario 121 de 1976, en cuyo artículo 5o. se define y describe la estructura organizativa del Ministerio de Salud y se incluye al Fondo Nacional Hospitalario como parte integrante de ella, reiterando que dicho Fondo continuaría funcionando de conformidad con lo previsto en el decreto 687 de 1967, es decir como un sistema de administración de recursos.

Igualmente se concluye que en el acuerdo 003 de 1976, se conservó injurídicamente para la Junta Administradora del Fondo, funciones propias

SECCION SEGUNDA

de las Juntas o Consejos de entidades con personería jurídica, como la función nominadora de que trata el literal f) de su artículo 8o., continuándose así, aunque de una manera menos clara la injuridicidad de calificar a la organización contable Fondo Nacional Hospitalario como persona jurídica.

Dice asimismo, que esa anormalidad fue corregida por el decreto No. 1647 de 1978, pues en él se hizo explícito que la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario pertenecía al Ministerio de Salud y por consiguiente, todos los cargos del Fondo “quedaron expresamente definidos como cargos de la Administración Central y no como cargos de una persona jurídica descentralizada y quienes los desempeñaban quedaron nítidamente ubicados como servidores de la persona jurídica Nación, con el carácter de empleados públicos”. (fl. 8).

Por tanto, continúa el accionante “Siendo todas las personas vinculadas como empleados públicos a la Planta de personal del Fondo, servidores de la Nación, por disponerlo así el D. 1647 de 1978, al menos a partir de la fecha de vigencia de este decreto la capacidad de nombramiento y remoción de los empleados respecto de tales cargos, dejó de pertenecer a la Junta Administradora del Fondo, para quedar radicada de manera indubitable en el Jefe de la Rama Ejecutiva, es decir el Presidente de la República o en quien ajerza sus funciones en dicha materia como delegatario, vale decir el Ministro de Salud Pública”. (fl. 8 Cdo. Ppal.).

En tal virtud, asevera el libelista la capacidad de nombramiento y remoción del personal del Fondo, es función del Presidente de la República o del Ministro de Salud en su calidad de delegatario; según la naturaleza del cargo, en los términos del artículo 1o. del decreto 1153 de 1978. Por consiguiente, como la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento fue dispuesta por la Junta Administradora del Fondo y no por el Ministro de Salud como correspondía de acuerdo con el cargo que ocupaba, “... resulta evidente que el artículo 14o. del acuerdo 069 del 22 de septiembre de 1982 de la Junta Administradora adolece del vicio de incompetencia, pues no es función de dicha Junta remover los empleados que desempeñan cargos de la Planta de Personal del Ministerio de Salud Pública, sino atribución, dada la naturaleza del cargo, del Ministro de Salud”. (fl. 9 C. Ppal.)

Agrega el demandante que “... el acto de declaratoria de insubsistencia está afectado también de falsedad, pues como se espera demostrar en la etapa probatoria, su aprobación por la Junta se efectuó con posterioridad a la fecha de su expedición”. (fl. 9 C. Ppal.), vicio de incompetencia que “... comporta la nulidad del acto cuya declaratoria se ha solicitado, y configura la lesión injurídica de los derechos de mi poderdante a ejercer el cargo que desempeñaba y a no ser removido sino por el funcionario legalmente competente”. (fl. 9 C. Ppal.).

En consecuencia de lo expuesto, finaliza diciendo el accionante, el acto acusado quebranta el numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución Nacional que atribuye al Presidente de la República la función de nombrar y remover a sus agentes que desempeñen empleos nacionales, como son los pertenecientes a la Planta de Personal del Ministerio de Salud y transgrede el artículo 1o. del decreto 1153 de 1978, por el cual se reitera la aludida competencia del Jefe del Estado y se señala respecto de cuales cargos puede delegarla en los Ministros o Jefes de Departamentos Administrativos.

EL FALLO RECURRIDO

Para denegar las peticiones de la parte actora, el Tribunal, acogiendo en su integridad el concepto del Ministerio Público, señaló que si el decreto 121 de 1976 determinó que el Fondo Nacional Hospitalario seguiría funcionando de acuerdo con lo estatuido en los decretos 687 de 1967 y 1935 de 1973, que preveían su administración conjunta por parte del Ministerio de Salud y del Instituto de Seguros Sociales, lo cual presupone que continuaría una Junta Administradora del Fondo, ello quiere decir que sólo lo específicamente atribuido al Ministro de Salud como administración es lo de su competencia exclusiva, vale decir, la ordenación del gasto y la celebración de los contratos, pero el resto de funciones administrativas, como el nombramiento y remoción del personal, no puede entenderse que le fueran atribuidos a ese Ministerio y, concluye: "... En este orden de ideas, como no aparece contraindicación al menos primaría, entre la atribución del artículo 38 del Decreto 121 de 1976 (que obviamente está reflejada en el artículo 11, ya citado, del Acuerdo 003 de 1976), y la atribución de la Junta del artículo 8o., literal f) del Acuerdo 003 de 1976, no puede concluirse en que esta última atribución esté violando el Decreto 121 de 1976". (fls. 215-216 C. Ppal).

En relación con la violación del artículo 120, ordinal 5o. de la Constitución Nacional, expresa el a-quo que en él se determinará que el Presidente de la República "... tiene la competencia general de nombramiento por exclusión, es decir cuando no se haya provisto que tal nombramiento 'corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o leyes posteriores'" (fl. 216 C. Ppal.).

De suerte que si legalmente se ha definido que tal prerrogativa corresponda a otros funcionarios, no podrá darse la transgresión de dicha norma.

Por manera, que "... si el *Decreto Ley* 687 de 1967 confirió la administración conjunta del Fondo a una Junta Administradora, es obvio concluir que dicha administración presupone el nombramiento de los empleados que se requieran para tal administración, por parte de tal Junta Administradora. Y si posteriormente el decreto 121 de 1976 reafirmó que el Fondo seguirá funcionando conforme al mencionado decreto ley, y más aún, en el mismo artículo 37, en su párrafo, menciona expresamente la JUNTA ADMINIS-

TRADORA, es obvio que ante el artículo 38 siguiente, del mencionado decreto 121, corresponde a la Junta, como Administradora, todo lo que no se incluyó expresamente dentro del artículo 38, y por lo tanto, el acuerdo 003 de 1976, en opinión de esta Fiscalía, está dentro de la normatividad jurídica relativa al Fondo Nacional Hospitalario, al señalar en un artículo, el 8o., en concreto en su literal f), como atribución de la Junta, remover empleados del Fondo, y excluir de sus atribuciones, la consagrada en el artículo 11 para el Presidente —es decir para el Ministro de Salud—, en este último caso confórmándose al artículo 39 del decreto 121 de 1976” (fl. 217 C. Ppal.).

Si no se transgrede el ordinal 5o. del artículo 120 de la Constitución, tampoco se quebranta el decreto 1153 de 1978, dice el Tribunal, porque este decreto “... se refiere al personal que pertenezca a la planta interna de los Ministerios, es decir, que corresponda a una dependencia INTERNA del Ministerio. Si se mira el Decreto 121 de 1976, así como el correspondiente organigrama del Ministerio de Salud conforme con tal Decreto, se verá que el FONDO NACIONAL HOSPITALARIO no está incluido dentro de las dependencias que conforman la propia planta del Ministerio, y que dependen inmediatamente del Secretario General del Ministerio, y mediatamente del Ministro. Tiene sólo una línea de dependencia, y esa es inmediata con el Ministro. Pero ello no hace que la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario pueda considerar una planta o dependencia interna del Ministerio, sencillamente porque el Fondo no está administrando, a excepción de lo previsto por el art. 38 del Decreto 121 de 1976, por el sólo Ministro, sino que lo es *conjuntamente* con el Director del Instituto de Seguros Sociales (que es una persona jurídica de derecho público social) y un representante personal del Presidente de la República— y *también*, después del Decreto 121, por el Director de Construcción y Mantenimiento Hospitalario funcionario éste último que sí es subalterno del Minsalud”. (fl. 218 C. Ppal.).

Finaliza aseverando el fallo de primera instancia, que si la Junta Administradora no tiene competencia para remover al actor, tampoco la tenía para nombrarlo en el cargo del cual fue declarado “insubsistente”, “... y como el aforismo jurídico dice que ‘las cosas se deshacen, como se hacen’, bajo el supuesto de que la Junta Administradora no tenga legalmente la función de nombrar y remover personal, lo indicado entonces era remover a quien ilegalmente había sido nombrado por la misma Junta. Que fué lo que hizo. En tal hipótesis, no sólo no habría ilegalidad alguna en tal desvinculación del actor, sino que se imponía, para que no continuara ilegalmente ejerciendo el actor un cargo al cual había ingresado irregularmente. Y quien debía sanear la situación era precisamente la Junta, que en hipótesis había hecho el nombramiento ilegal”. (fl. 219 C. Ppal.).

EL RECURSO DE ALZADA

La parte actora al sustentar el recurso de apelación aduce:

“La pretendida competencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para nombrar y remover a sus empleados, nunca fue atribuída a ese cuerpo por la ley, sino por actos de la misma Junta, en la modalidad de actos estatutarios. En efecto, como se explica detenidamente en la demanda, el Decreto 687 de 1967 solamente confirió una autorización para celebrar un contrato de administración de los recursos del denominado ‘Fondo Nacional Hospitalario’, y fue la Junta creada por disposición contractual, la que se atribuyó esa competencia nominadora y de remoción (Acuerdo 28 de 1968).

Igualmente, tampoco el Decreto Extraordinario 121 de 1976 confirió a la Junta Administradora esa facultad, sino que reiteró el origen contractual de la administración de recursos del Fondo y ordenó la celebración de un nuevo contrato. Y por el contrario, fue nuevamente la Junta Administradora la que se auto atribuyó la competencia de nombramiento y remoción, mediante un nuevo acto estatutario (Acuerdo 003 de 1976).

En consecuencia, no se está en la hipótesis constitucional de que la propia Constitución o leyes hayan atribuido a otro funcionario o corporación la competencia nominadora para empleos nacionales, para su traerla de la órbita del Presidente de la República, quien es el titular de ella sólo en ausencia de disposición en tal sentido de orden constitucional o legal. Como ha quedado dicho ni el Decreto Extraordinario 687 de 1.967, ni la ley 121 de 1976, ni ninguna otra ley formalmente expedida por el Congreso o por el Presidente de la República como legislador extraordinario, atribuyeron a la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario esa competencia. La Junta es un cuerpo de estricto origen contractual y ha sido élla misma, por medio de actos suyos que obviamente carecen del carácter de ley, la que se ha autoasignado la competencia de nombrar y remover empleados”. (fl. 223 y 224 Cdo. Ppal).

De igual manera, el recurrente sostiene que la Planta de Personal del Fondo, contrariamente a lo aseverado en la sentencia, pertenece a la organización del Ministerio de Salud y a su planta de personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o. del decreto 121 de 1976, y en el decreto 1647 de 1978 y en el decreto 1315 de ese mismo año, que previó que aquella debía adoptarse con sujeción a las normas generales establecidas para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público por el decreto ley 1042 de 1978.

Por tanto, para el impugnador de la sentencia,

“Siendo ello así en forma indubitable, (el Fondo Nacional Hospitalario es una dependencia del Ministerio de Salud y sus empleados pertenecen

a la planta de personal de ese Ministerio), resulta también mas que evidente que la delegación hecha por el Presidente de la República en los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos por el Decreto 1153 de 1978, atribuyó a esos funcionarios la competencia para nombrar y remover los funcionarios de sus respectivas plantas de personal, como es el caso de los empleados del Fondo Nacional Hospitalario que son de la Planta de Personal del Ministerio de Salud. Basta observar el texto del artículo 1o. del Decreto en mención". (fl. 225 Cdno. Ppal).

"... pues no existe disposición constitucional o legal que atribuya esa función a otro funcionario o corporación, y, salvo las excepciones expresamente establecidas, la provisión o remoción de quienes los desempeñen ha sido delegada al Ministro de Salud por el Decreto 1153 de 1978. Como el acto acusado no fue dictado por el Ministro de Salud, en su carácter de delegatario del Presidente de la República, sino por la Junta, es claro que se han violado las disposiciones invocadas". (fl. 226 C. Ppal.).

Por último el apelante afirma que: "... es no solamente absurdo sino carente de todo fundamento jurídico estimar que la ilegalidad que puede afectar también a los actos de nombramiento, autorice para sanear en forma igualmente ilegal la situación removiendo a los nombrados. La situación de empleado del Fondo Nacional Hospitalario es de carácter individual y no podría ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de los afectados". (fl. 226 Cdno. Ppal).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Controvierte, pues, el apelante la facultad de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para remover personal, argumentando que carece de toda facultad de nominación porque el mismo es una dependencia del Ministerio de Salud, que carece de personería jurídica y su personal forma parte de la "planta" de dicho ministerio. Que la ley nunca le ha dado a la Junta Administradora la atribución de nombrar y remover personal y por tanto, ello corresponde al presidente de la república, o al ministro del ramo por delegación.

La Sala encuentra que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque si bien es cierto que el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, si tiene un sistema especial de administración diferente al de las dependencias propiamente dichas del Ministerio de Salud, dado que en tanto que éstas se hallan sujetas a la directa autoridad del ministro, el Fondo es administrado parcialmente por

una Junta integrada por el Ministro de Salud o su delegado, el Director, del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del Presidente de la República.

En principio, la personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover, debido al sistema previsto desde la expedición del decreto 687 de 1967 y no derogado por normas posteriores, por cuanto el decreto 121 de 1976 sólo se limitó a trasladar al Ministerio de salud algunos aspectos específicos de la Administración, tales como la ordenación del gasto y la celebración de contratos del Fondo y dijo que seguiría funcionando conforme al decreto primeramente mencionado y demás normas que lo adicionan o modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta, que ésta tendría competencia para nombrar y remover personal.

En uso del tal competencia fue nombrado el actor, promovido al cargo que últimamente ocupaba y finalmente fue declarado insubsistente su nombramiento.

De modo, pues, que el acuerdo en cuyas facultades se apoyó la Junta Administradora para expedir el acto acusado se encuentra vigente y no hay prueba de su anulación por sentencia judicial.

Siendo ello así y no estando propuesta por el actor su inaplicabilidad en este caso, forzoso es concluir que el acto acusado tiene su soporte jurídico en otro, que no puede ser juzgado dentro de este proceso y goza de presunción de legalidad.

Ya ha tenido ocasión la Sección Segunda del Consejo de Estado de ocuparse de tema similar al que acaba de exponerse y de sentar el rumbo jurisprudencial a seguir, como tuvo a bien trazarlo en fallo del 10 de septiembre de 1991, en la sentencia recaída en el expediente No. 4141, con ponencia de la H. M. Dra. Clara Forero de Castro, Hoy ratifica tal doctrina.

Y como en el caso de autos aparece que cuando se produjo el acto demandado estaba vigente el Acuerdo 003 de 26 de enero de 1976, por el cual "se expide el Reglamento de Administración y Funcionamiento del Fondo Nacional Hospitalario", y en él se lee (art. 8o. literal f), que es función de su junta administradora "Nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal de Fondo", no es posible acceder a las pretensiones de la parte demandante y recurrente, por cuanto el vicio de incompetencia no se da. Es más, para la Sala no es posible discutir esa competencia para declarar insubsistente el nombramiento del actor mientras el acuerdo mencionado no sea anulado o derogado.

No sobra agregar, como se hizo igualmente en el caso resuelto en el expediente No. 4141 arriba mencionado, que la tesis del recurrente condu-

SECCION SEGUNDA

ciría a la incompetencia de la Junta Administradora para hacer nombramientos por lo que en nada aprovecharía al actor la anulación de la declaratoria de insubsistencia, dado que ningún restablecimiento del derecho sería posible porque un nombramiento ilegal no hace derivar derechos "legítimos".

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 26 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio instaurado por el señor Donato Silva Gómez contra el acto de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario del Ministerio de Salud.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

REGIMEN PRESTACIONAL/CONGRESO—Facultades

Las Asambleas Departamentales, igual que los demás cuerpos de igual naturaleza en el país, carecen de las facultades o atribuciones para señalar las normas reguladoras de prestaciones sociales para los servidores del respectivo Departamento; era algo que correspondía a la ley, tal como se determina en el ordinal 9o., in fine, de la Constitución vigente entonces. Es más, aún hoy, bajo la égida de la Nueva Carta de 1991, el artículo 300 de la misma atribuye a las asambleas departamentales tal facultad, y el artículo 150, ordinal 19, literal e) consagra idéntico principio acerca de que es la ley la que tiene la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4014. Autoridades Departamentales. (Apelación de la sentencia de 28 de septiembre de 1988; Tribunal Administrativo del Valle del Cauca). Actor y recurrente: Nelson Franco.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el juicio que tuvo origen en la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, incoó el señor Nelson Franco, por conducto de apoderado judicial, contra el aludido departamento.

SECCION SEGUNDA

Impetró el actor la declaratoria de nulidad de tres actos administrativos, a saber:

a) de la resolución 1585 de 1985 -23 de septiembre- dictada por el secretario de servicios administrativos de la gobernación del Valle que denegó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación que había solicitado; b) de la resolución No. 2255 de 1985 -5 de noviembre-, del mismo funcionario, que resolvió el recurso de reposición desfavorablemente y concedió el de apelación para ante el gobernador, y c) de la resolución No. 0155 de 1986 -31 de enero-, del gobernador, por la cual se confirmó en todas sus partes la decisión primeramente adoptada por el secretario de servicios administrativos.

Pide además, que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia a cargo del Departamento del Valle del Cauca, en los términos de la ordenanza No. 001 bis de 1969, con retroactividad al 25 de octubre de 1984, que fue la fecha en que solicitó su reconocimiento, es decir, por la suma de \$85.816,87 mensual, que es lo que le correspondía por el concepto mencionado en esa fecha.

Subsidiariamente, que se le reconozca la pensión en los términos de la ordenanza No. 001 Bis de 1969, a partir de la ejecutoria de la sentencia que reconozca dicha prestación, según liquidación que se haga tomando como base el salario básico que tenía Nelson Franco al momento de "impetrarse la demanda".

Por último, que una vez ejecutoriada la sentencia se dé cumplimiento a ella en los términos de los arts. 173, 176 y 177 del C.C.A.

Se fundamenta el libelista en los siguientes

HECHOS

1. El señor Nelson Franco permaneció vinculado a la administración vallecaucana por un tiempo superior a los veinte años distribuidos así:

En Anserma	2 años 10 meses 12 días
En Cali	5 años 12 meses
En Yumbo y Cali	14 años 9 meses 28 días
Total	22 años 9 meses 28 días

2. Por haber servido al departamento por ese tiempo como funcionario del orden administrativo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pen-

sión de jubilación *sin consideración a la edad*, al tenor de lo establecido en la ordenanza 001 Bis de 1969 originaria de la Asamblea Departamental.

3. No obstante ello, la administración negó el reconocimiento y consiguiente pago de la prestación mencionada.

En razón de lo anterior, estima que los actos acusados quebrantan la siguiente normatividad:

Ordenanza 001 Bis de 1969 expedida, como se ha dicho, por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, y, de modo indirecto, los arts. 16 y 17 de la Constitución Política de la República, dado que aquélla, en su art. 3o., estableció el reconocimiento de la pensión vitalicia sin consideración de edad, siempre que se hubiere laborado durante 20 años por lo menos a primero de octubre de 1969, dentro del territorio vallecaucano, "prestando sus servicios a entidades oficiales llámense la Nación, Departamento, Municipios y organismos oficiales o semioficiales descentralizados, sin perjuicio de que las labores y tiempo fijado se cumplieran con posterioridad a la vigencia de la ordenanza". Según interpreta el apoderado del actor, la ordenanza debe entenderse en el sentido de que tendrán derecho a optar dicha prestación especialísima los empleados que estuviesen laborando, a lo de octubre de 1969, ejerciendo un cargo de funciones administrativas, sin consideración a edad, como únicas circunstancias.

En contraste, la entidad demandada entiende la ordenanza en el sentido de que si bien ella dispuso el reconocimiento de la pensión de jubilación sin consideración a la edad, delimitó el derecho a la misma para aquellos empleados que se encontraban vinculados a la Administración central del Departamento a lo de octubre de 1969.

Por lo tanto, el beneficio correspondía únicamente a las personas que habían sido nombradas por el Departamento del Valle del Cauca, a las cuales el Departamento les pagase la retribución del caso, mas no por el hecho de prestar sus servicios en el territorio departamental. Además anota que si bien el Departamento dió cumplimiento a la ordenanza hasta diciembre de 1984, a partir de esa fecha decidió no aplicarla por estar revestida de "nulidad absoluta debido a que fue proferida con violación absoluta de la ley por haber sido dictada por la Asamblea sin facultades para crear y regular el régimen prestacional, porque las normas legales y reglamentarias que estipulan prestaciones sociales para los empleados oficiales únicamente pueden ser modificadas por una ley o un decreto (sic), del Congreso de la República debido a que es al que le compete regular lo concerniente a prestaciones legales de los empleados oficiales en todos los órdenes, de conformidad con los artículos 76, ordinales 9, 10 y 62 de la Constitución Nacional, no correspondiéndole a la Asamblea por medio de ordenanzas legislar sobre las condiciones de jubilación y al no tener competencia la Duma (sic) para legislar en esa

SECCION SEGUNDA

materia violó las normas laborales vigentes entre ellas la ley 6a. de 1945 en concordancia con la ley 171 de 1961, según prohibición de los artículos 62 y 78 (sic) de la Constitución Nacional”.

Tal excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el apoderado del Departamento del Valle del Cauca es acogida por el a-quo, porque la ordenanza es a todas luces inconstitucional por las razones que aquél apunta, y de allí que deniegue las peticiones formuladas por el actor.

Esos puntos de vista son compartidos por el señor fiscal cuarto del Consejo de Estado, quien dice que no hay nada que agregar a lo expresado por el Tribunal, motivo por el cual el fallo apelado amerita confirmación.

Llegado, pues, el momento de decidir y no hallándose la existencia de defecto que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. El artículo tercero de la Ordenanza No. 001-bis de 1969 -17 de diciembre— expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca (fols. 8 a 10, c.p.) dice a la letra:

“Hácese extensivo a todos los empleados del Departamento que *el 1o. de octubre de 1969, se encontraban desempeñando cargos administrativos*, los beneficios consagrados por el Art. 1o. de la Ordenanza No. 71 de Agosto 1o. de 1967, el Art. 1o. del Decreto reglamentario No. 0890 de Octubre 13 de ese mismo año. PARAGRAFO. Para acogerse a lo dispuesto en el presente artículo, será necesario acreditar que los veinte años de labores a que se refiere la Ordenanza No. 71 de 1967 hayan sido prestados continua o discontinuamente dentro del territorio del Valle del Cauca a entidades oficiales, sin perjuicio de que se cumplan con posterioridad a la vigencia de la presente ordenanza”. (las subrayas son del texto transcrito).

2. El título de la ordenanza en cuestión expresa: “Por la cual se reglamenta el cobro del auxilio de Cesantía para los empleados y obreros al servicio del Departamento y se dictan otras disposiciones”.

3. Observése que el artículo arriba copiado exige una condición en pasado, por cuanto el verbo *encontrar* se halla conjugado en copretérito (“encontraban”) seguido del gerundio del verbo desempeñar (“desempeñando”), lo que denota una ejecutoria con relación al tiempo que señala la conjugación concreta, es decir, que fueron sujetos de esa prestación tan sui-generis (la jubilación sin sujeción a edad y con veinte años de servicio), sólo quienes estuvieron vinculados al Departamento del Valle del Cauca a 1o. de octubre de 1969. A la norma, pues, se le dio, en principio, por la propia ordenanza, un

carácter retroactivo, pese a que también podría cobijar a quienes se vinculasen con posterioridad a dicha fecha.

4. Resulta también del texto del art. 3o. y del título de la ordenanza de marras que para tener “derecho” a esa pensión vitalicia era menester ser empleado del Departamento en el territorio del mismo, no fuera de él, mas de ningún modo podía cobijar a empleados de otras entidades —la Nación, algún municipio, etc.— como pretende hacerlo ver la parte actora en el caso *sub-lite*.

5. La expresión “Departamento del Valle del Cauca” tiene dos acepciones, una geográfica y una jurídica. En el primer significado es una división del territorio colombiano, igual que, cualesquiera otras en que se fragmenta el país como parte integrante del Estado, con sus cordilleras, ríos, costas, ciudades, zonas rurales, municipio y, desde luego habitantes. En el segundo, es el nombre de una persona jurídica de Derecho Público, una entidad territorial, y como persona jurídica de Derecho Público, una entidad territorial, y como persona jurídica que es tiene o ha tenido a su servicio personas naturales vinculadas a ella como empleados públicos o como trabajadores oficiales, mediante una relación legal y reglamentaria aquéllos o por contrato de trabajo éstos.

6. De manera que este aspecto de la litis se dilucida teniendo como eventuales sujetos beneficiarios de la pensión mensual vitalicia de jubilación, únicamente a quienes a 1o. de octubre de 1969 estuvieron al servicio del Departamento del Valle del Cauca, siempre que acreditaran veinte años de labores continuos o discontinuos. Y que resulta ilógico comprender también a quienes a esa fecha estaban vinculados a otra entidad aunque tuviese su sede *dentro* del territorio bajo la jurisdicción del Departamento del Valle del Cauca, que ciertamente es el caso de quien es actor en el caso que se examina.

7. No sobra advertir que la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, igual que los demás cuerpos de igual naturaleza en el país, carecía para la época en que fue promulgada la Ordenanza en que dice inspirarse el actor en el caso sub-judice para pretender que lo cobije el régimen prestacional que dicha ordenanza establecía, de las facultades o atribuciones para señalar las normas reguladoras de prestaciones sociales para los servidores del respectivo Departamento; era algo que correspondía a la Ley, tal como se determina en el ordinal 9o. *in fine*, de la Constitución vigente entonces. Es más, aún hoy, bajo la égida de la nueva Carta de 1991, el art. 300 de la misma no atribuye a las asambleas departamentales tal facultad, y el art. 150, ordinal 19, literal e) consagra idéntico principio acerca de que es la Ley la que tiene la función de “fijar el régimen salarial y *prestacional* de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública” (se subraya).

SECCION SEGUNDA

De suerte que si el artículo tercero —y su párrafo— de la ordenanza No. 001-bis de 1969 (17 de diciembre) expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca hubiera tenido una supuesta aplicabilidad para el actor en el caso *sub-lite*, obviamente que tampoco habría tenido fuerza vinculante por los motivos que acaban de explicarse en el párrafo precedente.

8. La Sala habrá, pues, de confirmar la sentencia recurrida, porque de la relación de los hechos que respaldan la demanda y que, a grandes rasgos, coincide con las normatividades fácticas de los *actos administrativos de carácter subjetivo* que ahora se juzgan, se impone la conclusión de que el señor Nelson Franco nunca laboró en el Departamento del Valle del Cauca entendido como persona jurídica de carácter territorial, sino para diversas entidades del mismo orden aunque algunas estuviesen ubicadas en suelo de esa división seccional, y otra más (el Municipio de Anserma), fuera de éste.

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 28 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en este asunto.

No hay lugar a costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA/CAJA DE PREVISION SOCIAL/
GERENTE/INSUBSISTENCIA/JUNTA DIRECTIVA/COMPETENCIA**

La Caja de Previsión de la Universidad de Cartagena, fue creada por el Acuerdo No. 75 de 1o. de octubre de 1968 del Consejo Directivo de la mencionada Universidad. Allí se consagró como una entidad autónoma, con personería jurídica y dirigida y administrada por una Junta Directiva, una de cuyas principales funciones, según el artículo 9o. numeral 4o., es: Elegir, para períodos de dos años, al Gerente; señalar su asignación y removerlo en los casos precisos y por el procedimiento que los estatutos determinen. Carecía sí el Rector de la Universidad de Cartagena de la competencia para, a nombre propio, declarar insubsistente en el cargo a quien se desempeñaba como Gerente de la Caja de Previsión Social, pues dicho organismo contaba con unos estatutos vigentes, que disponían claramente en quien recaía la facultad de nombrar y remover a dicho funcionario. Y si bien es cierto que el mencionado Rector es a su vez el Presidente de la Junta Directiva de la Caja —organismo que sí tenía la competencia— en parte alguna de la Resolución acusada, se hace mención que éste actuara a nombre de dicha Junta Directiva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafe de Bogotá, D. C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4886. Autoridades Departamentales. Actor: Cecilia Berrío de Vega.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la acción de restablecimiento del derecho que tuvo su origen en la demanda presentada por la Dra. Cecilia Barrío de Vega, en su propio nombre, a fin de obtener la nulidad de la resolución No. 362 de 17 de julio de 1985, por medio de la cual se le declaró insubsistente en su nombramiento como Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena y del Oficio No. 2-0270-85, por el cual el Rector de la Universidad de Cartagena confirmó la mencionada Resolución. Como restablecimiento del derecho solicita la restitución al cargo y el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de recibir, así como los intereses de mora y corrección monetaria sobre las sumas reconocidas.

I. ANTECEDENTES

1.1.— Que la Doctora Cecilia Barrío de la Vega se vinculó como Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, desde el día 5 de octubre de 1984 hasta el 17 de julio de 1985, fecha en la cual, por medio de la Resolución No. 362 del Rector de la Universidad de Cartagena, se le declaró insubsistente.

1.2.— Que por medio del oficio No. 2-0270-85 de 10. de agosto de 1985, el Rector de la Universidad de Cartagena se pronunció sobre la “reclamación” interpuesta por la actora contra la anterior Resolución, defendiendo su actuación con base en normas legales y estatutarias que le confieren calidad suficiente para nombrar y remover al Gerente de la Caja de Previsión de la Universidad.

1.3.— Que el argumento central de la demanda es la incompetencia del Rector para declarar dicha insubsistencia, pues de conformidad a los estatutos vigentes de la Corporación, el nombramiento y remoción de su Gerente es una función de la Junta Directiva.

Incurrió así el Rector de la Universidad de Cartagena en violación de precisas normas constitucionales y legales, al usurpar funciones claramente asignadas en los estatutos a otro organismo “excediendo la órbita de su competencia y usurpando funciones”.

1.4.— Para la entidad demandada, lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 del Acuerdo No. 75 de 1968 —Estatutos de la Caja de Previsión— no se encuentra vigente, al ser modificado por Acuerdos posteriores expedidos por el Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena, en los cuales se le atribuye al Rector, la facultad de nombrar y remover “al personal de la institución”. Se refiere a la ambivalencia que se presenta, cuando se considera incompetente al Rector para declarar la insubsistencia y no así el nombramiento que recayó en la demandante.

II. DEL FALLO RECURRIDO

2.1.— Se pronuncia inicialmente el Tribunal Administrativo de Bolívar, sobre el aspecto relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa, el cual no era indispensable en el caso en estudio, por cuanto el acto de declaratoria de insubsistencia le fue comunicado a la actora y no notificado.

2.2.— Después de efectuar un recuento del contenido del Acuerdo 75 de 10 de diciembre de 1968, por el cual el Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena fijó los estatutos de la Caja de Previsión Social, los confronta con los diferentes Acuerdos que a su vez rigen la estructura orgánica de la Universidad de Cartagena y llama la atención sobre la calidad de persona jurídica de derecho privado de la primera de las instituciones nombradas y del reconocimiento de su personería jurídica independiente de la Universidad.

2.3.— Al reconocer la existencia independiente de la Caja de Previsión Social y la vigencia del Acuerdo 75 de 1968, especialmente en la ordinal 4o. de su artículo 9o. que asigna como función de la Junta Directiva de la Caja el nombramiento y remoción del Gerente, admite que el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora, proferido por el Rector de la Universidad de Cartagena, está viciado de nulidad por ser violatorio de los artículos 12 y 44 de la Constitución Nacional y 633 del Código Civil. También es nulo el que con posterioridad expidió el Rector con relación a la Resolución No. 362 de 1985, acusada en la demanda.

2.4.— En cuanto al restablecimiento del derecho encontró improcedente reintegrar al cargo a la demandante, por cuanto, según los Estatutos, el nombramiento era por dos años. Ordenó en su lugar que la Universidad de Cartagena pagara los sueldos y prestaciones dejados de recibir entre la fecha de retiro del servicio y el vencimiento de los dos años establecidos como período para el cargo que desempeñaba, la señora Cecilia Barrío de Vega.

2.5.— Considero que los argumentos expuestos por el apoderado de la Universidad de Cartagena, sobre la validez del acto de vinculación de la actora, proferido igualmente por el Rector, no debe ser objeto de estudio, por no encontrarse impugnado ante la jurisdicción.

III. SUSTENTACION DEL RECURSO

3.1.— La inconformidad de la demandante con la decisión del a-quo, hace relación exclusivamente a lo atinente al reconocimiento de la indexación o revalorización de la moneda, pues si bien en ella se ordenó el pago de sumas de dinero, no se hizo mención alguna a este aspecto, que fue solicitado en la demanda.

3.2.— La apelación de la entidad demandada, interpuesta en el momento de la notificación, no fue posteriormente sustentada.

IV.— CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Quinta de la Corporación, comparte la decisión del Tribunal, en cuanto a la anulación de los actos acusados. La autorización conferida al Rector de la Universidad de Cartagena en el artículo 18, literal j) del Decreto 166 de 1983, hace relación al personal de la Institución, dentro del cual no se encuentra el Gerente de la Caja de Previsión, por no ser esta entidad integrante de la Universidad. No tenía así el Rector la atribución para expedir el acto acusado.

Como conclusión expresa:

“El Rector de la Universidad de Cartagena de acuerdo con la normatividad arriba señalada, tampoco era la autoridad competente para nombrar a la demandante en el empleo que detentaba, lo que significa que ella estaba desempeñando un cargo en forma irregular, sobre el cual no tenía ningún derecho a la permanencia que hace imposible su reintegro. Por lo tanto se solicita que se declare simplemente la nulidad del acto y se deniegue cualquier petición de restablecimiento del derecho”.

No encontrándose defecto que vicie la nulidad de lo actuado.

V. PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

5.1.— Por cuanto en la sentencia de primera instancia se condena a la Universidad de Cartagena al pago de salarios y prestaciones y habiéndose declarado por auto de 25 de abril de 1990, desierto, el recurso de apelación interpuesto por la mencionada entidad, adquiere la alzada competencia para conocer en su integridad de los temas tratados en el proceso, en virtud de lo que señala sobre el particular el artículo 184 del C.C.A.

5.2.— Sobre el alegado vicio de la incompetencia con que se profirió la Resolución No. 362 de 17 de julio de 1985, por medio de la cual el Rector de la Universidad de Cartagena declaró insubsistente a la señora Cecilia Berrío de Vega, como Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, la Sala efectúa las siguientes precisiones:

Siendo la competencia un factor determinante para la validez de los actos de la administración, habrá de consultarse en cada caso particular si el organismo que los expidió, se encontraba revestido, legal o estatutariamente, de la facultad para hacerlo.

En el caso sub-judice se encuentra, que la Caja de Previsión de la Universidad de Cartagena, fue creada por el Acuerdo No. 75 de 10 de octubre de 1968 del Consejo Directivo de la mencionada Universidad. Allí se consagró como una entidad autónoma, con personería jurídica y dirigida y administrada por una Junta Directiva, una de cuyas principales funciones, según el artículo 9o. numeral 4, es: "Elegir, para períodos de dos años, al Gerente; señalar su asignación y removerlo en los casos precisos y por el procedimiento que los estatutos determinen". Quedó así definido estatutariamente, la forma como debía surtirse el nombramiento y remoción de su Gerente.

Y la anterior atribución de la Junta Directiva de la Caja, no fue modificada por lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo 05 de 1981, en el cual el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena, al fijar sus Estatutos Orgánicos, dispuso que la Caja de Previsión era una entidad adscrita a la Universidad, pero, "... cuya naturaleza, funciones y demás disposiciones se encuentran fijadas en el Acuerdo No. 75 de 10 de diciembre de 1968...". Mantuvo así la mencionada entidad su estructura inicial, la cual, conforme a los autos, no ha sufrido posteriormente variación en cuanto al punto que ocupa ahora a la Sala.

Carecía así el Rector de la Universidad de Cartagena de competencia para, a nombre propio, declarar insubsistente en el cargo a quien se desempeñaba como Gerente de la Caja de Previsión Social, pues dicho organismo contaba con unos estatutos vigentes, que disponían claramente en quien recaía la facultad de nombrar y remover a dicho funcionario. Y si bien es cierto que el mencionado Rector es a su vez el Presidente de la Junta Directiva de la Caja —organismo que sí tenía la competencia— en parte alguna de la Resolución acusada, se hace mención que éste actuará a nombre de dicha Junta Directiva. Por el contrario, en el oficio No. 2-0270-85 se retira que la insubsistencia fue declarada por la Rectoría de la Universidad de Cartagena.

Comparte así la Sala la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto declaró la nulidad de los actos acusados.

5.3.— Llegado el momento de determinar el restablecimiento del derecho, encuentra la Sala válida la observación que hace la Fiscal Quinta del Consejo de Estado y que ya había sido sustentada por el apoderado de la demandada, sobre la irregularidad que se presenta igualmente en el nombramiento que hiciera el Rector de la Universidad de Cartagena, de la señora Berrío de Vega, como gerente de la Caja de Previsión de ese claustro, persona jurídica distinta de aquélla.

Como la actora fue nombrada y removida por actos equivalentes, expedidos los dos por quien carecía de competencia para ello, no existe base legal alguna que pueda llevar a un "restablecimiento del derecho lesionado".

SECCION SEGUNDA

Si el cargo del cual fue removida por medio de la resolución aquí impugnada, lo venía desempeñando de manera irregular por cuanto fue nombrada en él por quien no tenía competencia para ello, no puede dar lugar dicha situación a un quebrantamiento del derecho, por cuánto éste en ningún momento respaldó el desempeño del mismo.

En consecuencia, al no resultar lesionados los derechos de la demandante frente a la resolución acusada, no es posible tampoco acceder a la pretensión de la demanda, de lograr además de su anulación por violación de la normatividad vigente, un consecuente restablecimiento del derecho.

Las reflexiones anteriores, llevan necesariamente a la Sala, a revocar la decisión de la sentencia de primera instancia, en la parte que declaró la existencia de un restablecimiento del derecho.

5.4.— Emerge así, la incompetencia de la petición en que se sustenta el recurso de apelación interpuesto por la demandante, situación que releva a la Sala de cualquier consideración al respecto.

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.— Confírmense los numerales 1o., 3o., y 4o., de la sentencia de 3 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

2.— Revócase el numeral 2o. de la anterior sentencia, proferida en el asunto de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younés Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/JURISDICCION ORDINARIA

En lo Contencioso Administrativo las acciones tienen una filosofía propia y distinta a las que ostentan aquellas que se han instituido dentro de los linderos de las jurisdicciones ordinarias. De esta suerte, la hoy denominada acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A., artículo 15, Decreto Ley 2304 de 1989), es decir, la antiguamente conocida con el nombre de acción de plena jurisdicción (artículo 67, C.C.A., la Ley 167 de 1941), es en verdad, un medio de control respecto a actos de la administración que, en estima del actor, haya lesionado un derecho suyo amparado por una norma jurídica de jerarquía superior, cuyo objeto es la declaratoria de nulidad de dichos actos y el restablecimiento del derecho a la reparación del daño, en esencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4145. Autoridades Departamentales. Actor: José Antonio Pertuz de la Hoz.

JOSE ANTONIO PERTUZ DE LA HOZ, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy “acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

SECCION SEGUNDA

“1.— Que el día 10 de Marzo de 1983 fue despedido injustamente mi mandante, cancelándose el contrato de trabajo suscrito con el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico, por dos años a partir del día 26 de Julio de 1982.

2.— Por virtud de la anterior declaración solicito se CONDENE a la entidad demandada al pago de las siguientes sumas de dineros:

a).— Indemnización por despido injusto 17 meses de salarios mensual devengaba \$ 13.000.00	\$ 221.000.00
b).— Cesantía	\$ 26.000.00
c).— Primas de servicios	\$ 26.000.00
d).— Vacaciones	\$ 26.000.00
	\$ 299.000.00

e).— Más los salarios caídos hasta la fecha, más las costas del proceso incluyendo las agencias en derecho”. (fl. 7).

Estas peticiones se apoyan en los siguientes hechos:

“**PRIMERO:** Por medio de Contrato de Trabajo suscrito el día 26 de Julio de 1982 fue vinculado al Instituto Departamental de Transportes y Tránsito, desempeñando las funciones de auxiliar para la sistematización de Hojas de vida de vehículos.

SEGUNDO: El término de duración del contrato es de dos años a partir de la fecha de la firma del mismo, con un salario mensual de \$13.000.00, cuyo plazo vencía en julio de 1983.

TERCERO: El 10 de marzo de 1983 fue despedido injustamente dándole por terminado el contrato de trabajo, este despido giró ilegal e injusto, ya que la causal alegada por el Instituto no ocurrió.

CUARTO: Por medio de memorial calendado el día 26 de Julio de 1983, mi mandante formuló reclamo gubernativo ante el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico, quedando agotada en esta forma la vía gubernativa ya que no se obtuvo contestación a este reclamo.

QUINTO: El Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico, no le ha cancelado a mi poderdante los salarios, vacaciones, primas de servicios y demás prestaciones sociales previstas por la ley por el despido injustificado. Como tampoco la entidad demandada ha expedido acto administrativo alguno negando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales que se reclaman en el libelo.

SEXTO: En abril 16 de 1983 presentó demanda laboral ante los Juzgados Laborables en turno, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, quien en Audiencia de Juzgamiento efectuada el 8 de Septiembre de 1984, resolvió declararse inhibido para resolver las peticiones del demandante por considerarlo empleado público". (fls. 7 y 8).

En relación con las normas quebrantadas y el concepto de la violación, la parte actora expuso:

"Las pretensiones de mi mandante tienen el siguiente fundamento jurídico:

SALARIOS CAIDOS e INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO: Decreto 2351 de 1965 art. 2o. y 8o. - arts. 65 del C.S.T. y demás normas concordantes y pertinentes.

CESANTIAS, PRIMAS DE SERVICIOS Y VACACIONES: Ley 72 de 1931, Decreto 1278 de 1931 artículos 249, 306, 186, del C.S.T. y D. 2351 de 1965 y demás normas concordantes y pertinentes.

CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Como ya dije las normas citadas anteriormente y las establecidas en el art. 5o. del Decreto 3135 de 1968, consagran el derecho que tiene mi poderdante para que se le pague por la entidad demandada las prestaciones indicadas y relacionadas que se han causado desde la fecha en que comenzó la vinculación laboral hasta el presente y para el futuro.

Sin embargo dicha entidad eluden el cumplimiento de estas claras obligaciones. Esta conducta omisiva y la abstención que son capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad y la inteligencia, constituyen un ACTO ADMINISTRATIVO. Este acto administrativo violó por falta de aplicación o desconocimiento los artículos 17, 20, 30 y 39 de la Constitución Nacional y todas las disposiciones legales citadas anteriormente". (fl. 8).

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones de la demanda, en sentencia del 11 de octubre de 1988, por las siguientes consideraciones:

"Antes de decidir el fondo de este asunto la Sala debe ocuparse de resolver lo pertinente a la excepción propuesta por el apoderado de la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda (fls. 18 y 19), cuando manifiesta: "Propongo la excepción de prescripción". Al respecto el artículo 267 del C.C.A. enseña que: "En los aspectos no contemplados en este Código se aplicarán las normas del Código de

SECCION SEGUNDA

Procedimiento Civil, lo que sea compatible con la naturaleza de los Procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo”.

En el presente caso es de advertir que en materia administrativa la excepción de prescripción no es de recibo, debiendo por lo tanto haberse propuesto la excepción de caducidad, pero el proponente no expresó las razones y hechos en que fundamenta la excepción propuesta, razón por la cual no debe prosperar ésta.

En este Proceso se trata de un contrato de trabajo suscrito entre el señor José Antonio Pertuz de la Hoz y el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico efectuado el 26 de julio de 1982, con duración de dos (2) años, según cláusula segunda del mismo (fl. 5).

El objeto del contrato era la prestación de los servicios del señor José Antonio Pertuz de la Hoz como Auxiliar para la Sistematización de Hojas de Vida de Vehículos.

A folio 4 del expediente aparece una comunicación calendada en marzo 10 de 1983, suscrita por Luis José Rodríguez C. como Jefe de Personal Encargado a través de la cual se le hace saber al señor José Pertuz que mediante Resolución No. 1082 se dio por terminado el contrato.

A folios 11 a 14 del expediente aparece xerocopia debidamente autenticada y con la constancia que dicha providencia se encuentra debidamente ejecutoriada (fl. 14) del acta de la diligencia de juzgamiento de fecha septiembre 8 de 1984 del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla dentro del proceso ordinario laboral de mayor cuantía instaurado por la doctora Alba Luz Fruto Pertuz en su condición de apoderada judicial del señor José Antonio Pertuz de la Hoz contra el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico, providencia ésta a través de la cual ese Juzgado se declara inhibido para resolver sobre las peticiones de la demanda, por considerar que se trataba de un empleado público.

A continuación nos permitimos transcribir las acápites pertinentes de los considerandos de la providencia a que hacemos alusión, los que sirvieron de fundamento para que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito tomara tal decisión.

‘... Admitida la demanda por este Despacho se ordenó correr traslado de ella a la entidad demandada quien concedió poder al abogado Jorge Olaya Hernández, pero no fue contestada dicha demanda.

La parte demandante para probar la relación que lo unió con la demandada trajo a los autos el contrato que obra a folio 2, del cual se despren-

de que el señor José Antonio Pertuz de la Hoz fue contratado por el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico para desempeñarse en el cargo de 'Auxiliar para la sistematización de hojas de vida de vehículos'.

Como claramente se puede observar el cargo desempeñado por el actor es un cargo administrativo en una entidad del orden Departamental, lo cual da carácter de empleado público, a las voces del art. 5o. del Decreto 3135 de 19 68 que dice:

'Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos, sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos'. A simple vista se observa que el actor no laboró en el sostenimiento y construcción de Obras Públicas alguna, por lo que tenía el carácter de empleado público. En el contrato que se acompaña como prueba se indica además que para el cumplimiento de sus funciones estará bajo las órdenes del Director del Instituto.

Como puede observarse, las funciones de auxiliar de un jefe determinado no pueden asimilarse a las de los trabajadores de la construcción (sic) y sostenimiento de obras públicas, para que pudiese considerarse al demandante como trabajador oficial, y antes por el contrario debe considerarse (sic) que se encuentra comprendido dentro de la presunción contenida en el art. 5o. del Decreto 3135/68, según el cual, las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos.

En el caso sub-examine y ateniéndonos al cargo que desempeñaba el actor (auxiliar de sistematización de hojas de vidas de vehículos) mediante contrato escrito de trabajo traído al proceso (fl. 2), considera el Juzgado que por la celebración de tal contrato no se ha perdido la calidad de empleado público para adquirir la de trabajador oficial, ya que la manifestación de las partes en el sentido de que han celebrado un contrato de trabajo no puede prevalecer sobre lo dispuesto en las normas legales previstas en materia laboral dado el carácter de orden público que tienen tales normas. No existe en estas materias, la utonomía (sic) de la voluntad contractual, y solamente por excepción y de manera expresa, la ley permite que los contratantes dispongan algo distinto a lo por ella ordenado, lo cual nos lleva a la obligatoria conclusión de que la calidad jurídica de empleado público es de consagración legal y no pue-

SECCION SEGUNDA

de borrarse (sic) por voluntad de las partes como en el caso de autos. El demandante, tiene todas las características de empleado público, dentro de las reglas generales del Decreto 3135/68, calidad ésta que no es suprimible por el simple hecho de un contrato de trabajo. Por las anteriores consideraciones el Juzgado estima que el demandante señor José A. Pertuz de la Hoz tiene el carácter de empleado público, y nuestra justicia ordinaria laboral no es la competente para decidir acerca de sus peticiones por lo que debe el Juzgado declararse inhibido para resolver el fondo de tales peticiones...?.

Si bien es cierto que esta Sala comparte el criterio esgrimido por el Juzgado en la providencia de marras, debemos ser enfáticos en manifestar que las normas invocadas por la apoderada del demandante en el libelo de demanda sirven solo para regular las relaciones que surgen entre patrones y trabajadores particulares, no siendo por lo tanto de recibo en esta clase de procesos contencioso administrativos, a saber: Los artículos 2o. y 8o. Decretos 2351 de 1965; Artículos 65, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto al Decreto 3135 de 1968, invocado también por la apoderada del actor, debe manifestar la Sala que las normas contenidas en este Decreto no son aplicables tampoco en el caso sub-lite por ser el actor un empleado público del orden Departamental, ya que el Honorable Consejo de Estado ha sostenido a través de reiterada jurisprudencia que el Decreto aludido solo es aplicable en el orden Nacional.

Con relación a la Ley 72 de 1931 y al Decreto 1278 de 1931, invocados por la apoderada del demandante en el libelo de la demanda como violadas, hay que anotar que la actora no señaló concretamente el ó los artículos violados en dicha Ley y Decreto aludidos.

Lo anteriormente expuesto conlleva necesariamente a este Tribunal a un pronunciamiento adverso a las pretensiones de la demanda". (fls. 37, 38, 40 y 41).

Esta sentencia fue apelada por la parte actora, y por auto de junio 12 de 1989 admitido el recurso de apelación.

En la sustentación del citado recurso, se afirma:

"1o.— Ha sostenido y sostiene la H. Corte Suprema de Justicia reiteradamente, que el hecho de hacerse mal la cita de una disposición legal en la que se fundamenten pretensiones de suyo justificadas, NO SON CAUSAL o MOTIVO para que por fallador le dé una interpretación que vaya en detrimento del interés demandado, pues bien es cierto que, ese fallador, está obligado por la Ley para organizar el proceso e interpretar

el alcance por el contenido de lo que se expresa, de la disposición que, distraídamente se confundió.

2o.— Que es un hecho cierto y comparto el criterio, que el H. Señor Magistrado Ponente, sin proponérselo, pues dice negar las pretensiones del libelo, aclara la situación que plantea como crítica al error de la apoderada del actor en la cita de disposiciones legales, cuando cita las pertinentes no invocadas al caso materia de litis.

3o.— Que me acojo en un todo, porque lo comparto, el criterio jurídico del señor Agente Fiscal en su vista que soslayadamente descarta en su juicio de apreciación el H. Magistrado Ponente, cuando ese caso sólo se dá en materia penal al dictarse una providencia interlocutoria apartándose el Juez o Magistrado de la Vista Fiscal, que en el caso en comento, no es de lugar y a contrario sensu cobra fuerza proteccionista del derecho conculcado con la negativa motivo del recurso que, por NO SER LA DISPOSICION LEGAL INVOCADA COMO DEL CASO MATERIA DEL PROCESO, SEA CAUSAL PARA DENEGAR UN JUSTO DERECHO que tiene su fuente de origen en las disposiciones legales del derecho laboral de las que son híbridas las que gobiernan el régimen de los empleados públicos en ese aspecto laboral.

Las causales legales de JUSTA CAUSA PARA EL RETIRO DEL EMPLEADO O DEL TRABAJADOR, en fallos reiterados de la Corte Suprema y del H. Consejo de Estado, son afines en cuanto se refiere a PARTICULARES y a EMPLEADOS PUBLICOS desde luego que ambos son jurídica y legalmente, como lo predica la Carta Fundamental: PERSONAS.

La diferencia ESTATUTARIA para la aplicación del precepto legal, es una sola: LA NOMINACION OCUPACIONAL en el orden de las actividades a ambos trabajadores asignadas en su campo respectivo.

La aplicación errónea de una disposición legal como fundamento de una pretensión, no es ni puede ser materia inductora a su desconocimiento, si el alcance, repito de su cita, se remite exactamente al contenido del hecho materia de esa pretensión y así lo da a entender el distinguido e ilustre Ponente al hacer su juiciosa observación de equivocada cita de los dispositivos legales por parte de la abogada representante del actor.

Las causales de que trata el art. 8o. del Decreto 2351, aplicable al caso en comento, determina de forma expresa cuándo, cómo y por qué se pone término Unilateralmente al Contrato SIN JUSTA CAUSA y, respecto de esa, en autos probado está que la demandada violó el precepto legal.

SECCION SEGUNDA

Llegado el momento de alegar ante el Superior, sin perjuicio de lo en este escrito expresado, aportaré los elementos jurídico-legales de juicio para que se revoque la sentencia recurrida por no haberse resuelto conforme a los ordenamientos del art. 305 del C. de P. C., aplicable al caso en cuanto no se contempla en el régimen legal que gobierna el interés del empleado público sin tener en cuenta lo que predica el Decreto Ley 2351 de 1965 de contenido genérico para quienes laboran en servicio de los intereses privados y estatales". (fls. 44 y 45).

La Doctora Agente del Ministerio Público, Fiscal Quinta del Consejo de Estado— recorrió el traslado de rigor y en su concepto de fondo de 31 de octubre de 1989 manifiesta que el fallo recurrido debe ser revocado y, como consecuencia de ello, sustituido por una decisión inhibitoria.

Sobre el particular, dijo la distinguida Colaboradora del Ministerio Público:

"En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor José A. Pertuz de la Hoz, mediante apoderada, formula demanda en orden a obtener las siguientes declaraciones:

1.— Que el día 10 de Marzo de 1983 fue despedido injustamente mi mandante, cancelándose (sic) el contrato de trabajo suscrito con el Instituto Departamental de Transporte y Tránsito del Atlántico, por dos años a partir del día 26 de julio de 1982.

2.— Por virtud de la anterior declaración solicito se CONDENE a la entidad demandada al pago de las siguientes sumas de dineros:

a).— Indemnización por despido injusto 17 meses de salarios (sic) mensual devengada \$ 13.000.00	\$221.000.00
b).— Cesantía	26.000.00
c).— Primas de servicios	26.000.00
d).— Vacaciones	26.000.00
	\$299.000.00

e).— Más los salarios caídos hasta la fecha, más las costas del proceso incluyendo las agencias en derecho . (Folio 7).

Basta la simple lectura del expediente, particularmente de la documental que obra a folio 5, para llegar a establecer, de manera indubitable, que la vinculación del actor con el Instituto Departamental de Tránsito

y Transporte del Atlántico no era legal ni reglamentaria, sino *contractual*.

Aún más, el mismo contenido del libelo inicial es típico del derecho privado.

Así las cosas, y por cuanto la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en lo que toca con esta materia está prevista solo para conocer de acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral *que no provengan de un contrato de trabajo*, forzoso resulta concluir que la presente litis debe ser conocida por la justicia ordinaria, en contraposición a lo dicho por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla y ratificado por el a-quo en el fallo que es objeto del recurso de apelación que se examina, el que consideramos debe ser revocado y sustituido por una decisión inhibitoria". (fls. 58 y 59).

CONSIDERACIONES:

1.— Se trata, entonces, de resolver la apelación interpuesta oportunamente por la parte actora contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó sus peticiones.

Como se colige y se deriva de la simple lectura de dichas peticiones, pese a que el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla se declara inhibido en audiencia de juzgamiento celebrada el 8 de septiembre de 1984, por estimar que el demandante —hoy recurrente— tenía vínculo de derecho público con la entidad del Estado demandada y no un simple nexo contractual (ver fols. 11 a 14), más parecen, por la forma, que buscarán una condena indemnizatoria por el presunto quebrantamiento del pacto o convenio de naturaleza laboral que el señor Pertuz de la Hoz había celebrado con el Instituto Departamental de Transportes y Tránsito del Atlántico.

Es apenas obvio que en lo contencioso—administrativo las acciones tienen una filosofía propia y distinta a las que ostentan aquellas que se han instituido dentro de los linderos de las jurisdicciones ordinarias. De esta suerte, la hoy denominada "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85, C.C.A., art. 15, decreto-ley 2304 de 1989), es decir, la antiguamente conocida con el nombre de "acción de plena jurisdicción" (art. 67, C.C.A., la ley 167 de 1941) es, en verdad, un medio de control respecto a acto de la administración que, en estima del actor, haya lesionado un derecho *suyo* amparado por una norma jurídica de jerarquía superior, cuyo objeto es la declaratoria de nulidad de dichos actos y el restablecimiento del derecho a la reparación del daño, en esencia.

En el *petitum* de la demanda que se examina sólo se solicita una indemnización, por un despido injusto, a pesar que la llamada "cancelación del

SECCION SEGUNDA

contrato de trabajo" fue, ciertamente, una determinación unilateral de la administración activa, se condensó en un acto administrativo, respecto al cual debió impetrarse la nulidad para que, en caso de prosperar, se restableciese el derecho o se reparara el daño. Recuérdese que el acto administrativo consiste en aquellas emisiones de voluntad, expresas o tácitas, a que llega la administración y capaces de producir efectos jurídicos.

2.— Ahora bien: de autos surge que el acto administrativo cuya nulidad debió impetrarse se contiene en la resolución No. 1082, comunicada por oficio de 10 de marzo de 1983 (fol. 4). La demanda que dió origen a este proceso fue incoada el 11 de junio de 1985 (fol. 9 vto.). Para la época, estaba en plena vigencia el art. 136 del C.C.A., cuyo segundo inciso indicaba claramente que la acción de "restablecimiento del derecho" caduca al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, *comunicación*, notificación o ejecución del acto, según el caso.

Por lo tanto, derivase de lo anterior que se ha obrado el fenómeno jurídico de la caducidad, el cual impide a la jurisdicción conocer de fondo el caso controvertido.

En consecuencia, la Sala habrá de revocar el pronunciamiento del a-quo que entró de fondo a conocer del litigio, para, en su lugar, declararse inhibido por la ocurrencia del fenómeno jurídico mencionado.

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 del 11 de octubre de 1988, dictada por el Tribunal Administración del Atlántico, en el proceso iniciado mediante demanda por el señor José Antonio Pertuz de la Hoz, y en su lugar, declárase inhibido para dirimir la controversia por caducidad de la acción.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de febrero de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADOS DEL CONGRESO—Estabilidad/RETIRO DEL SERVICIO—
Requisitos

El artículo 3o. de la Ley 52 de 1978, determina para los empleados del Congreso de la República el derecho a permanecer en sus cargos durante el período constitucional de los miembros de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero pudiendo ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas. Si la justa causa o la mala conducta que autorizan el retiro del servicio antes del vencimiento del período deben ser comprobados previamente, ello impone necesariamente un proceso disciplinario en el cual se formule pliego de cargos para que el inculpado tenga la oportunidad de desvirtuarlos y de solicitar la práctica de pruebas. Nada de esto se cumplió en el sub-lite.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1854. Autoridades Nacionales. Actor: José de la Espriella Ossio.

JOSE DE LA ESPRIELLA OSSIO, mediante apoderado, pide al Consejo de Estado declarar nula la resolución No. CM-013 de diciembre 1 de 1982, expedida por el Presidente (E) de la Cámara de Representantes, mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como Director Administrativo de la citada Corporación legislativa, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

SECCION SEGUNDA

Como hechos en los cuales fundamenta su demanda, señala que fue nombrado para desempeñar el referido empleo por resolución No. CM-006 de septiembre 29 de 1982, dictada por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, la cual fue suscrita además del Presidente de ésta por los Vicepresidentes Primero y Segundo de la Corporación, así como por el Secretario General de la misma; que el acto enjuiciado fue proferido únicamente por el Presidente (E) de la Cámara de Representantes, desconociéndose así los artículos 83 inciso final y 172 de la Constitución Política y el artículo 18 de la ley 17 de 1970 sobre representación proporcional de los partidos, que debe tenerse en cuenta en la integración de la mesa directiva, que igualmente la resolución impugnada desbordó la facultad establecida en el artículo 103, ordinal 5, de la Carta, según la cual cada Cámara Legislativa puede proveer los empleos que para el despacho de sus trabajos específicamente haya creado la ley; que en el supuesto de que la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes hubiera dictado la resolución acusada, ésta sería inválida, ya que dicha Comisión no es tampoco competente para proferir esta clase de decisiones; que el demandante por mandato del artículo 3 de la ley 52 de 1978, tenía derecho a permanecer en su cargo durante el período constitucional 1982 - 1986 para el cual había sido nombrado, es decir hasta el 19 de julio de 1986 (folios 3 y 4).

Como normas superiores infringidas con el acto enjuiciado, el actor cita los "artículos 2o., 10, 16, 20, 26, 30, 63, 83 inciso final, 103 y 172 de la Constitución Nacional; 4o. y 5o. del Plebiscito de 1o. de diciembre de 1957; 250, 281, 282 y 205 de la Ley 4a. de 1913; Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973; artículos 7o. y 18 incisos 4o. y 5o. de la Ley 17 de 1970; y la Ley 52 de 1978, principalmente en sus artículos 3o., 14 y su parágrafo y el artículo 66 del C.C.A.". (folio 5).

En cuanto al concepto de la violación en el escrito demandatorio se afirma, que la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes al tenor de lo estatuido en la ley 52 de 1978 no tiene facultad para declarar la insubsistencia del nombramiento de funcionarios, pues éstos solamente por justa causa o mala conducta pueden ser desvinculados del servicio en cualquier tiempo; que aún en estos eventos la declaratoria de insubsistencia es de competencia de la autoridad nominadora, la cual según la regla 5a. del artículo 103 de la Carta está en la Cámara en pleno; que la falsa motivación de que adolece la resolución impugnada se infiere de cita inapropiada de disposiciones que hace el Presidente de la Cámara en dicho acto; que de conformidad con el último considerando de la resolución acusada se imputó al demandante falta de cumplimiento de los deberes de su empleo, lo que determinó la declaratoria de insubsistencia; que esta declaratoria no era viable, puesto que el actor no era empleado de libre nombramiento y remoción, y gozaba de estabilidad en el cargo por el período constitucional de la respectiva Cámara; que si lo que se pretendía era removerlo por incumplimiento de sus deberes, ha debido seguirse procedimiento disciplinario

previo para dicho efecto; que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor implicó la sanción de destitución, sin que se pueda sostener válidamente que fue producto de la facultad discrecional de la administración de nombrar y remover libremente a sus servidores; que el demandante fue desvinculado del servicio sin fórmula de juicio y pretermitiendo las normas legales invocadas como infringidas, razón por la cual la resolución CM-013 de diciembre 1o. de 1982 debe ser anulada.(folios 5 a 10).

El proceso se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte actora solicitó su reconstrucción (folios 26 a 30), la cual obtuvo mediante auto de mayo 27 de 1987 (folios 42 a 46).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado expresa en su concepto que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, puesto que la incompetencia alegada por la parte demandante en el libelo sí se configura en el caso sub-lite, no obstante los cargos segundo y tercero formulados contra la resolución impugnada carezcan de soporte jurídico.(folios 135 a 137).

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el caso subjudice se trata de dilucidar la legalidad de la resolución No. CM-013 de diciembre 1o. de 1982, expedida por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Director Administrativo de dicha Corporación legislativa, para el cual había sido designado por Resolución No. CM-006 de septiembre 29 del citado año.(folios 17 y 20).

En la parte final del considerando del acto administrativo impugnado se afirma: "Que previa la disposición contenida en el artículo 3 de la ley 52 de 1978 y teniendo como justa causa la inobservancia de la misma ley en su inciso 1o. del artículo 14 por parte del Director Administrativo y que es indispensable para la Cámara de Representantes la remoción en dicho cargo del abogado José De La Espriella Ossio".

El artículo 3 de la Ley 52 de 1978, mencionado por el demandante en el libelo, determina para los empleados del Congreso de la República el derecho a permanecer en sus cargos durante el período constitucional de los miembros de la Cámara en que hubieren sido nombrados, pero pudiendo ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobadas.

No obstante que el acto enjuiciado aparece motivado y se alega una justa causa para el retiro del servicio del demandante, tal circunstancia no resulta suficiente para este efecto, a la luz de lo dispuesto en la comentada ley, pues el actor en su carácter de empleado de período fijo no podía ser removido del cargo sino por causa legal y *previo procedimiento para la comprobación de la misma*, dentro del cual se le hubiera dado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, trámite que no consta en autos que se hubiera adelantado por lo que debe concluirse que sí existió violación del derecho en mención, como lo señala la parte actora en el libelo.

Si la justa causa o la mala conducta que autorizan el retiro del servicio antes del vencimiento del período deben ser comprobados previamente, ello impone necesariamente un proceso disciplinario en el cual se formule pliego de cargos para que el inculpado tenga la oportunidad de desvirtuarlos y de solicitar la práctica de pruebas. Como nada de esto se cumplió antes de la declaratoria de insubsistencia del señor de la Espriella, no son suficientes las declaraciones de testigos recepcionadas dentro de este proceso y tendientes a demostrar su despotismo y mala conducta, para convalidar la actuación irregular del presidente encargado de la Cámara de Representantes y del Secretario General, quienes expidieron a nombre de la Comisión de la Mesa el acto acusado, violando así la garantía de estabilidad del empleado durante el período 1982-1986, y su derecho de defensa.

En este orden de ideas es preciso concluir, que no es necesario el estudio de los demás cargos formulados, para declarar la nulidad del acto acusado.

En lo atinente al restablecimiento del derecho del demandante, tratándose de un funcionario de período fijo y estando vencido el citado período, no es viable jurídicamente disponer su reintegro sino el pago de los haberes dejados de percibir hasta el 19 de julio de 1986, teniendo en cuenta que el artículo 3o. de la ley 52 de 1978 limita la estabilidad máxima a la terminación del período legislativo de las Cámaras.

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:

Primero.— Declárase la nulidad de la Resolución No. CM-013 de diciembre 1o. de 1982, proferida por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor JOSE DE LA ESPRIELLA OSSIO como Director Administrativo de esa Corporación Legislativa.

Segundo.— Como consecuencia, la Nación (Cámara de Representantes) pagará al señor JOSE DE LA ESPRIELLA OSSIO todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde cuando fue desvinculado por causa de la resolución anulada hasta el 19 de julio de 1986.

Tercero.— De esta suma se descontará lo que el señor José de la Espriella Ossio hubiere percibido del Tesoro Público durante el mismo lapso, conforme al artículo 64 de la Constitución Política de 1886.

Cuarto.— Declárase que, para todos los efectos legales, no ha habido solución de continuidad entre la fecha del retiro del servidío del demandante y el 19 de julio de 1986.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

FACTOR SALARIAL/PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Según el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, que remite a los artículos 49 y 97 del Decreto Ley 1042 de 1978, la prima de antigüedad es factor salarial. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que, se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4351. Actos de las Asambleas. Actor: Oscar Pacheco Hernández.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Limbano Segundo Díaz Pimienta contra la sentencia proferida el 20 de abril de 1989 por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción pública de nulidad, el señor Oscar Pacheco Hernández pidió al Tribunal anular la Ordenanza 019 de 1981, emanada de la Asamblea Departamental de la Guajira, "Por la cual se dictan normas sobre prima de antigüedad, para los empleados de planta del Departamento, Contraloría Departamental, Asamblea Departamental y de los institutos descentralizados y se dictan otras disposiciones".

Como HECHOS fundamentales de la acción expuso los siguientes:

Que la ordenanza en comento se expidió el 24 de noviembre de 1981; que “fue declarada exequible” (sic) por el Gobernador del Departamento; que allí se estableció la prima de antigüedad a favor de los empleados ya citados; que con ello se modificó el régimen de prestaciones de esos servidores departamentales; que el régimen prestacional de los empleados de todo orden solo puede ser establecido por el Congreso o por el Presidente de la República si tiene al efecto facultades extraordinarias; y que, en consecuencia, todo acto que se profiera, en materia prestacional, es nulo si no tiene aquel origen legal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Dijo que el acto acusado no fue expedido con fundamento legal que cree la prima respectiva. Reconoció que en lo tocante a prestaciones sociales solo puede disponer el Congreso o el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias. Expresó: “La Prima de Antigüedad (sic) efectivamente constituye más un incremento salarial que una prestación social” (folio 46), y, sin embargo, la consideró prestación y por ello anuló la Ordenanza demandada.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Sostiene el apelante que la prima de antigüedad no es una prestación sino remuneración adicional al salario básico. Su apoderado judicial plantea luego la naturaleza jurídica de la prima señalada, para concluir que es salario y estudia la competencia de las Asambleas Departamentales para proveer en la materia, advirtiendo: “... visto además que la prima de antigüedad reconocida por la Asamblea de la Guajira es por su naturaleza remuneratoria, fija y ordinaria, un instituto salarial, debe concluirse la legalidad del acto acusado”.

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado formula atinadas observaciones para recordar que la prima de antigüedad no puede ser tenida como prestación social, sino como salario, razón por la cual —concluye— la sentencia debe ser revocada y denegadas las súplicas de la demanda.

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a determinar si se ajusta o no a derecho la Ordenanza 019 de 1981, de la Asamblea Departamental de la Guajira, por medio

SECCION SEGUNDA

de la cual "se dictan normas sobre prima de antigüedad" para los funcionarios y empleados del orden departamental allí comprendidos.

El argumento central de la demanda se dirige a sostener que por tratarse de una prestación, la prima de antigüedad no es materia sobre la cual pueda disponer organismo ni autoridad diferente al Congreso o al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias, conforme a la anterior Constitución Política.

Sobre este particular, ciertamente es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que todo lo concerniente al régimen prestacional de los servidores públicos nacionales o de cualquier otro nivel era potestativo del Congreso o del Presidente como legislador extraordinario. Ello aparecía como atribución 9a. del Congreso en el artículo 76 de la Constitución Nacional anterior.

Y se refuerza esa competencia exclusiva y excluyente si se observa cómo en el mismo Estatuto anterior —artículos 187 ordinal 5o. y 197 atribución 3a.— se autorizaba a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para proveer lo relativo a la *remuneración* de los diferentes empleos en su respectiva jurisdicción, pero nada se decía sobre prestaciones.

No existe, pues, para la Sala, duda alguna sobre que el establecimiento o modificación de todo régimen prestacional debía ser originado en la ley o en acto de igual jerarquía.

Ocurre, empero, que la prima de antigüedad no es una prestación, sino que hace parte del salario. Como lo señala la señora Fiscal Quinto, ni en el estatuto orgánico ni en el decreto reglamentario sobre el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se le da a esa prima el señalado carácter de prestación.

En cambio —como también lo dice la representante del Ministerio Público— según el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, que remite a los artículos 49 y 97 del decreto ley 1042 de 1978, la prima de antigüedad es factor de salario, y así lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En resumen, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina, han considerado siempre como salario la prima de antigüedad.

Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.

Para establecer escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, y por ende incrementos a la remuneración, no necesitaba la Asam-

Como HECHOS fundamentales de la acción expuso los siguientes:

Que la ordenanza en comento se expidió el 24 de noviembre de 1981; que "fue declarada executable" (sic) por el Gobernador del Departamento; que allí se estableció la prima de antigüedad a favor de los empleados ya citados; que con ello se modificó el régimen de prestaciones de esos servidores departamentales; que el régimen prestacional de los empleados de todo orden solo puede ser establecido por el Congreso o por el Presidente de la República si tiene al efecto facultades extraordinarias; y que, en consecuencia, todo acto que se profiera, en materia prestacional, es nulo si no tiene aquel origen legal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Dijo que el acto acusado no fue expedido con fundamento legal que cree la prima respectiva. Reconoció que en lo tocante a prestaciones sociales solo puede disponer el Congreso o el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias. Expresó: "La Prima de Antigüedad (sic) efectivamente constituye más un incremento salarial que una prestación social" (folio 46), y, sin embargo, la consideró prestación y por ello anuló la Ordenanza demandada.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Sostiene el apelante que la prima de antigüedad no es una prestación sino remuneración adicional al salario básico. Su apoderado judicial plantea luego la naturaleza jurídica de la prima señalada, para concluir que es salario y estudia la competencia de las Asambleas Departamentales para proveer en la materia, advirtiendo: "... visto además que la prima de antigüedad reconocida por la Asamblea de la Guajira es por su naturaleza remuneratoria, fija y ordinaria, un instituto salarial, debe concluirse la legalidad del acto acusado".

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado formula atinadas observaciones para recordar que la prima de antigüedad no puede ser tenida como prestación social, sino como salario, razón por la cual —concluye— la sentencia debe ser revocada y denegadas las súplicas de la demanda.

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a determinar si se ajusta o no a derecho la Ordenanza 019 de 1981, de la Asamblea Departamental de la Guajira, por medio

SECCION SEGUNDA

de la cual "se dictan normas sobre prima de antigüedad" para los funcionarios y empleados del orden departamental allí comprendidos.

El argumento central de la demanda se dirige a sostener que por tratarse de una prestación, la prima de antigüedad no es materia sobre la cual pueda disponer organismo ni autoridad diferente al Congreso o al Presidente de la República investido de facultades extraordinarias, conforme a la anterior Constitución Política.

Sobre este particular, ciertamente es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que todo lo concerniente al régimen prestacional de los servidores públicos nacionales o de cualquier otro nivel era potestativo del Congreso o del Presidente como legislador extraordinario. Ello aparecía como atribución 9a. del Congreso en el artículo 76 de la Constitución Nacional anterior.

Y se refuerza esa competencia exclusiva y excluyente si se observa cómo en el mismo Estatuto anterior —artículos 187 ordinal 5o. y 197 atribución 3a.— se autorizaba a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para proveer lo relativo a la *remuneración* de los diferentes empleos en su respectiva jurisdicción, pero nada se decía sobre prestaciones.

No existe, pues, para la Sala, duda alguna sobre que el establecimiento o modificación de todo régimen prestacional debía ser originado en la ley o en acto de igual jerarquía.

Ocurre, empero, que la prima de antigüedad no es una prestación, sino que hace parte del salario. Como lo señala la señora Fiscal Quinto, ni en el estatuto orgánico ni en el decreto reglamentario sobre el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se le da a esa prima el señalado carácter de prestación.

En cambio —como también lo dice la representante del Ministerio Público— según el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, que remite a los artículos 49 y 97 del decreto ley 1042 de 1978, la prima de antigüedad es factor de salario, y así lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En resumen, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina, han considerado siempre como salario la prima de antigüedad.

Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.

Para establecer escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, y por ende incrementos a la remuneración, no necesitaba la Asam-

blea autorización legal, pues era la propia Constitucional en el ordinal 5o. del artículo 187, la que la facultaba para hacerlo.

Siendo ello así, el acto acusado no resulta contrario a la Constitución ni a la ley frente a cuyas disposiciones se controvierte.

La Asamblea de la Guajira dispuso a través de la ordenanza demandada en materia salarial, no prestacional, con apoyo en la facultad concedida por el artículo 187 ordinal 5o. de la C.N. anterior y por tanto no existe fundamento alguno para anularla.

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

FALLA:

Revócase la sentencia proferida el 20 de abril de 1989 por el Tribunal Administrativo de la Guajira dentro del proceso iniciado por Oscar Pacheco Hernández. En su lugar, niéganse las 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 cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE—Suspensión/PERSONAL DOCENTE—Estabilidad

El derecho a la estabilidad es un derecho inherente al status del escalafón y por ello sólo cuando éste se pierde por exclusión del docente del mismo, procede su separación del cargo, bien por destitución o bien por insubsistencia. Lo que pierde el docente durante el cumplimiento de la sanción de suspensión en el escalafón, son los derechos incompatibles con la suspensión, como la prelación para traslados, promociones, comisiones de estudio y a que se tenga en cuenta ese tiempo para ascenso en el escalafón.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 870 (12.236). Recurso de Anulación. Actor: Arbey Méndez Pérez.

Se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto a través de apoderado por Arbey Méndez Pérez contra la sentencia de 18 de enero de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, denegatoria de las pretensiones de su demanda.

LA SENTENCIA

La sentencia recurrida denegó las súplicas de la demanda promovida por el recurrente en orden a obtener la nulidad del decreto 0456 de 29 de sep-

tiembre de 1983 dictado por el Gobernador del Departamento del Quindío que lo declaró insubsistente en su cargo de docente.

Tuvo en cuenta el Tribunal que el accionante fue suspendido en el escalafón como sanción derivada de su mala conducta y estimó que el artículo 49 numeral 2 del decreto 2277 de 1979, permite inferir que el educador durante el lapso de suspensión pierde todos los derechos y garantías que le confiere la carrera, incluida la estabilidad en el cargo, por lo que puede ser declarado insubsistente por el nominador, como se hizo en el sub-lite. (fls. 18-29).

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Contra el fallo formula el recurrente un solo cargo, concebido en los siguientes términos:

“El artículo 28 del decreto 2277 de 1979 dispone:

“EL EDUCADOR ESCALAFONADO AL SERVICIO OFICIAL NO PODRA SER SUSPENDIDO O DESTITUIDO DEL CARGO, SIN ANTES HABER SIDO SUSPENDIDO O EXCLUIDO DEL ESCALAFON”.

“En buen romance la norma transcrita contiene dos imperativos mandatos de muy fácil entendimiento, a saber:

“1o. Que el educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido sin antes haber sido suspendido del escalafón, es decir, que no se puede dar la suspensión de facto o de hecho”.

“2o. QUE EL EDUCADOR ESCALAFONADO AL SERVICIO OFICIAL NO PODRA SER DESTITUIDO DEL CARGO, SIN ANTES HABER SIDO EXCLUIDO DEL ESCALAFON, imperativo mandato que tiene su incidencia inmediata en lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 49 del mismo decreto que ordena que la exclusión del escalafón determina la destitución del cargo”.

“Por eso la sentencia al no acceder a las súplicas de la demanda violó el mandato expreso y claro del artículo 28 del Decreto número 2277 de 1979 que únicamente permite la separación del cargo cuando el educador escalafonado al servicio oficial ha sido excluido del escalafón no importando, para el caso de autos, que esa separación, que no es más que una destitución, se haya motejado sutilmente de insubsistencia. (fl. 40).

Y más adelante completa su razonamiento, remitiéndose al salvamento de voto del Magistrado que no compartió la providencia en el cual se dijo:

“Las consecuencias previstas en el numeral 2o. del artículo 49 del Decreto 2277 de 1979 son la “suspensión en el escalafón hasta por seis (6) meses que ocasiona la pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por el término de la suspensión, y la pérdida de tiempo de suspensión para los efectos de ascenso en el escalafón”. Pero suspensión en el escalafón y pérdida de los derechos y garantías, que se regulan conforme lo estipulan los artículos 36 y siguientes del Estatuto Docente (Decreto 2277 de 1979), sin que pueda llegar hasta el extremo de separar del cargo a un educador que se encuentra suspendido en el escalafón, porque si esto fuera así sobraría el numeral 3o. que dice:

“Exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo”. Es decir, la única forma de separación del cargo permitida por la ley es la exclusión del escalafón. De esta suerte, cualquiera otra forma de remoción del cargo, así llámese insubsistencia, reemplazo, destitución, etc., va contra la ley y por tanto el acto administrativo que así lo disponga, tratándose de un educador, es nulo”. (fl. 41).

Y concluye así:

“Demostrada como queda la violación de la norma legal concreta con la parte resolutive de la sentencia por errónea interpretación de los artículos 28 y 31 así como el 49-3 del Decreto número 2277 de 1979, procede la anulación de la sentencia, pues recuérdese que de conformidad con el artículo 31 “El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón...” y el profesor Méndez Pérez, no ha sido excluido del escalafón y por consiguiente le asiste el derecho consagrado en la norma invocada”. (fl. 41).

EL CONCEPTO DEL FISCAL

La Fiscalía Quinta de la Corporación expone su criterio adverso a la prosperidad del recurso y manifiesta que en este caso no hubo violación directa del artículo 28 del Decreto 2277 de 1979, expone así su opinión:

“El Tribunal en la sentencia recurrida concluyó de manera acertada, que estando suspendido el demandante en el ejercicio de su cargo, por seis meses, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 0274 de 25 de febrero de 1982, confirmada luego por la Resolución No. 8595 de 7 de junio de 1983, podía ser declarado insubsistente su nombramiento como educador en el Centro Docente Rural “Antonio Nariño” de Pueblo Tapado”. (fl. 86).

A petición del recurrente se reconstruyó el proceso a términos del decreto 3825 de 1985 y se admitió el recurso extraordinario interpuesto (fl. 75) por lo que procede a decidir las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Observa la Sala que aun cuando en forma poco técnica, denuncia el recurrente la infracción del numeral 2o. del artículo 49 del Decreto 2277 de 1979, para lo cual hace suyos los argumentos expuestos en el salvamento de voto del Magistrado disidente, que fundamentalmente expresa que la consecuencia que acarrea la suspensión en el escalafón de “pérdida de los derechos y garantías” de la carrera docente según la citada norma no puede llegar hasta el extremo de permitir la separación del cargo del educador, pues sobraría la previsión del numeral 3o. del mismo artículo respecto a que la exclusión del escalafón determina la destitución del cargo.

Ciertamente el fallo recurrido al referirse a lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 49 del decreto 2277 de 1979, consideró que la pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente, durante el lapso de suspensión, afectaba, entre otros derechos, el de estabilidad en el empleo, lo que le permitió deducir que el acto de insubsistencia del recurrente se ajustaba a la ley.

La Sala considera que acierta el recurrente y yerra el Tribunal porque el derecho a la estabilidad es un derecho inherente al status del escalafón y por ello sólo cuando éste se pierde por exclusión del docente del mismo, procede su separación del cargo, bien por destitución o por insubsistencia.

Lo que pierde el docente durante el cumplimiento de la sanción de suspensión en el escalafón, son los derechos incompatibles con la suspensión, como la prelación para traslados, promociones, comisiones de estudio y a que se tenga en cuenta ese tiempo para ascenso en el escalafón.

La anterior interpretación es concordante con lo previsto en el numeral 3o. del mismo artículo 49 que dispone que es la “exclusión del Escalafón” la que determina el retiro del servicio mediante destitución y con el artículo 31 *ibídem*, que dispone: “El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido *excluido* del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso”, (se resalta) lo que significa que en tanto el docente permanezca dentro del escalafón, así esté suspendido temporalmente, tiene derecho a la permanencia en el servicio.

Por lo demás, la figura de la insubsistencia sólo procede para los docentes en dos casos previstos en el artículo 68 *ibídem*, a saber: cuando se trate de personal sin escalafón y cuando el nombramiento haya sido ilegal; y no puede afirmarse que quien esté inscrito en el escalafón, así se encuentre suspendido, sea un docente sin escalafón.

SECCION SEGUNDA

En este orden de ideas como el fallo recurrido consideró que por el hecho de la suspensión el demandante pasó a ser empleado de libre nombramiento y remoción y por ello, el nominador podía ejercer la facultad discrecional, la sentencia impugnada viola directamente, por interpretación errónea, el numeral 2o. del artículo 49 del decreto 2277 de 1979 y en tal virtud, procede la anulación de la sentencia recurrida, y reponer el fallo de instancia, para lo cual se,

CONSIDERA:

Como se trata de un proceso reconstruido, se tendrán en cuenta como elementos de juicio, las referencias que a documentos y demás pruebas se hicieron en la sentencia recurrida así no aparezcan sus copias en el expediente.

La demanda fue dirigida contra la Nación—Ministerio de Educación Nacional y el Departamento del Quindío, en cuanto se pidió su notificación a los representantes legales de dichas entidades (fl. 9) y, por tanto, estuvo debidamente integrado el contradictorio en el proceso.

Se desprende del fallo que el actor, mediante Resolución No. 323 de septiembre 11 de 1980, fue asimilado al grado dos (2) del escalafón nacional docente. (fl. 22) y por consiguiente, estaba amparado por el fuero de carrera previsto en el estatuto especial. No aparece que el actor no estuviera mental y físicamente apto para la labor docente, ni tampoco que previamente a su desvinculación se le hubiera excluido del Escalafón Docente Nacional.

Ello implica que su retiro por insubsistencia, como ya se analizó, se hizo contraviniendo las normas especiales que rigen la actividad docente y que adolece de nulidad el acto que la dispuso.

Se afirma en el hecho tercero de la demanda que el docente hizo dejación del cargo el 6 de octubre de 1983, fecha que debe tenerse como cierta para el restablecimiento del derecho, pues no hay prueba alguna que la infirme.

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

FALLA:

1o. Anúlase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 18 de enero de 1985.

2o. En su lugar, declárase nulo el decreto No. 0456 de 29 de septiembre de 1983 expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío en lo que respecta al retiro del servicio del docente Arbey Méndez Pérez.

3o. Ordénase el reintegro de Arbey Méndez Pérez al cargo docente que venía desempeñando al ser retirado del servicio, siempre que sus condiciones físicas y mentales le permitan desempeñar el cargo y no haya llegado a la edad de sesenta y cinco (65) años.

4o. Condénase a la Nación—Ministerio de Educación Nacional, a pagar el valor de todos los emolumentos dejados de percibir por razón de su desvinculación del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro si fuere precedente, o hasta la fecha en que haya tenido ocurrencia la pérdida de las condiciones físicas y mentales requeridas para el desempeño idóneo de la docencia o haya llegado a la edad de retiro forzoso.

5o. Declárase que no ha habido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte del actor y, por lo tanto, el tiempo transcurrido entre el 6 de octubre de 1983 y la fecha de reintegro al cargo o de la ocurrencia de causal de retiro forzoso, según el caso, ha de ser tenida en cuenta para todos los efectos legales.

6o. De las sumas que por el anterior concepto correspondan al actor se deberá descontar cuanto haya recibido, en el mismo período, del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por concepto de servicios personales.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en Sesión del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/VIA GUBERNATIVA—Agotamiento/PODER ESPECIAL/CONTROL JURISDICCIONAL—Improcedencia

Lo que exige para poder invocar el silencio administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, es que el demandante compruebe que formuló ante las autoridades administrativas una petición o un recurso, en determinada fecha, y afirma que no fueron resueltos dentro del término legal. Era menester contar con poder para actuar. Solo un requerimiento hecho en legal forma, hacía posible un pronunciamiento de la Administración y si ésta no lo emitía, surgía, en las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la figura del silencio administrativo negativo. Una decisión, expresa o tácita constituía presupuesto previo e indispensable para acudir a la vía jurisdiccional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4240. Autoridades Departamentales. Actor: Alejandro Torres Manjarres.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 7 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES:

El señor Alejandro Torres Manjarrés solicitó ante el Tribunal que se decretara la existencia de relaciones laborales suyas con el Distrito Integrado

de Salud de Cartagena, de la Secretaría de Salud o Servicio Seccional de Salud de Bolívar, la nulidad de la omisión del Distrito mencionado de reconocer y pagar a su favor las sumas que se le adeudan por concepto de recargos nocturnos, horas extras, compensatorios, domingos y feriados laborados como Celador del Centro de Salud de los Cerros, Durante el período comprendido entre el 27 de junio de 1980 y mayo de 1983 y se condenará al Departamento de Bolívar a reconocerle y pagarle \$742.321.00 monto al cual asciende el total de los valores que por tales conceptos se le adeudan.

LA SENTENCIA APELADA

De conformidad con los requerimientos del apoderado del Departamento de Bolívar y del Fiscal Primero del Tribunal, en la sentencia impugnada se declaró la inhibición para decidir sobre el mérito de la litis por falta de agotamiento de la vía gubernativa toda vez que no es posible aceptar que mediante el escrito presentado el 28 de febrero de 1984 ante la Dirección del Distrito Integrado de Salud de Cartagena (fl. 28), se haya cumplido ese requisito, por cuanto no se acreditó que el doctor Santander Silva Tapia, obrara como apoderado del peticionario.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Contra el fallo comentado la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo que el doctor Silva Tapia si estaba facultado para formular a la Administración la solicitud de reconocimiento de las sumas a que se contraen las pretensiones de la demanda con base en el poder que el actor le confirió para adelantar el presente proceso, puesto que toda acción judicial, afirma, conlleva la ejecución de los actos preparatorios necesarios para su ejercicio, y el agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto indispensable para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Desconocer lo anterior, sostiene, implica el quebranto de lo dispuesto en el artículo 70 del C. de P.C. y violación del derecho de defensa, ya que existe copia auténtica del memorial de agotamiento de la vía gubernativa y poder idóneo para ejercitar esta acción y los actos preparatorios del proceso.

EL CONCEPTO FISCAL

La Agencia del Ministerio Público opina que el fallo apelado debe confirmarse porque el Doctor Silva Tapia no demostró tener poder para elevar la solicitud de reconocimiento y pago de las sumas de dinero adeudadas por concepto de recargos nocturnos, horas extras diurnas, compensatorios y demás prestaciones sociales provenientes de sus servicios como Celador del Centro de Salud Los Cerros y que no es cierto, como lo afirma el recurrente, que el poder que obra al folio 7, lo facultará para tales efectos, por cuanto en él claramente se lee que únicamente se autoriza para demandar "al Distrito Integrado de Salud de Bolívar", mas no para agotar la vía gubernativa.

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Interpretando la demanda se deduce que el señor Torres Manjarrés propuso la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., puesto que en el párrafo inicial del libelo expresa que se presenta demanda laboral administrativa y más adelante en el Capítulo intitulado "Demanda", se solicita decretar la nulidad de la negativa del Distrito Integrado de Salud de Cartagena a reconocerle y pagarle al actor los haberes dejados de cancelar por concepto de recargos nocturnos, horas extras nocturnas y diurnas etc., durante el tiempo que estuvo vinculado al Centro de Salud Los Cerros, pretensión que explica el por qué en el capítulo de los Hechos se hace referencia a la petición que en ese sentido se elevó a la administración el 28 de febrero de 1984.

Significa lo anterior que el accionante pretende que la jurisdicción contencioso administrativa además de "decretar la nulidad del acto presunto" mediante el cual la administración negó las peticiones formuladas en el documento citado, le reconozca y ordene pagar los haberes reclamados, a los que supuestamente tiene derecho. Tales pretensiones corresponden al ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho.

Definido lo anterior, debe establecerse si en el caso que ocupa la atención de la Sala, existió una petición del accionante, presentada con las formalidades legales y tendiente a que la administración le reconociera y pagara la suma a que se contrae el petitum de la demanda. Ello con el fin de esclarecer si en verdad se configuró el silencio administrativo que lo habilita para acudir a la vía jurisdiccional.

Lo que se exige para poder invocar el silencio administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, es que el demandante compruebe que formuló ante las autoridades administrativas una petición o un recurso, en determinada fecha, y afirmar que no fueron resueltos dentro del término legal.

De no ser porque la entidad demandada alega que quien actuó ante ella a nombre del señor Alejandro Torres Manjarrés no estaba legitimado para hacerlo por falta del respectivo poder, ante la jurisdicción no se hubiera discutido la legitimidad de quien formuló la petición ante la Administración.

Como quiera que el recurrente sostiene que el escrito cuya copia obra a folios 14 y 28, contiene la referida solicitud hecha por su apoderado en ejercicio del mandato que en virtud del memorial visible a folio 7 le confirió

al Doctor Santander Silva Tapia, debe examinarse si ciertamente el abogado mencionado estaba habilitado conforme a derecho, para formular ese requerimiento en nombre del señor Torres Manjarrés.

Al revisar el poder que se presentó con la demanda se observa que fue conferido para demandar ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el reconocimiento y pago de las sumas que supuestamente le adeuda el Distrito Ingrado de Salud —Departamento de Bolívar— por los conceptos aludidos, pero no para solicitar de la Administración Pública el reconocimiento y pago de los mismos.

Dicho memorial poder, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 84 ibidem, se presentó ante la autoridad judicial a la cual se dirigió, en donde lógicamente debía ejercerse el mandato.

No es dable admitir que en aplicación de la facultad que según el artículo últimamente citado tiene el apoderado para realizar los actos preparatorios del proceso, el Doctor Silva Tapia se encontraba habilitado para elevar ante la Administración la petición de reconocimiento de los deberes a que se contraen las pretensiones del libelista, porque si bien dicha solicitud y el agotamiento de la vía gubernativa frente a la decisión expresa o presunta que aquella adoptase, constituyen un requisito indispensable para acudir válidamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las actuaciones pertinentes al cumplimiento de ese requisito, debían adelantarse ante la autoridad administrativa, y no ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, cuya intervención en este caso, a efecto de establecer la legalidad de la actuación, sería posterior en el tiempo.

Era menester contar con poder expreso para actuar ante la Dirección Integrada de Salud del Departamento de Bolívar para que el Doctor Silva Tapia formulara, legítimamente, en nombre y representación del accionante la referida petición. Sólo un requerimiento hecho en legal forma, hacía posible un pronunciamiento de la Administración y si ésta no lo emitía, surgía, en las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la figura del silencio administrativo negativo. Una decisión, expresa o tácita, constituía presupuesto previo e indispensable para acudir a la vía jurisdiccional.

La carencia de poder del Doctor Silva Tapia lleva a la Sala a afirmar que no es acertada la aseveración del recurrente en el sentido de que si se agotó la vía gubernativa, pues por la irregularidad anotada, la petición de reconocimiento de las sumas reclamadas en nombre y representación del actor, que aquel presentó a la Administración, no produjo efectos en derecho.

De acuerdo con lo expuesto, es preciso afirmar como lo hizo el a-quo, que no se configuró el silencio administrativo ni se agotó la vía gubernativa

SECCION SEGUNDA

y por ello la Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de competencia para asumir el conocimiento del proceso.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia de 7 de febrero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el proceso iniciado por Alejandro Torres Manjarrés contra el Departamento de Bolívar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA—Ingreso/CARRERA ADMINISTRATIVA—Estabilidad

Conforme a los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y la ley 61 de 1987, y los Decretos Reglamentarios 1950 de 1973, 583 de 1984 y 573 de 1988, entre otros, la estabilidad en un empleo de carrera administrativa, solamente se obtiene cuando el empleado ingresa mediante concurso, en período de prueba, o es inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

FACULTAD DISCRECIONAL/CONTROL JURISDICCIONAL/DESVIACION DE PODER

La facultad discrecional no autoriza el proceder arbitrario del nominador pudiendo la jurisdicción Contencioso Administrativa, controlar estos actos cuando ellos desborden los límites a que están sujetos. En efecto, procedería la declaratoria de nulidad, si el acto es expedido con abuso o desviación de poder, o con falsa motivación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3475. Actor: Alfredo Alfonso Noguera Sánchez. Autoridades Nacionales.

Alfredo Alfonso Noguera Sánchez, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de la Resolución No. 1025 del 24 de

SECCION SEGUNDA

mayo de 1984, mediante la cual, el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario, "ICA", declaró insubsistente su nombramiento como Ingeniero Agrónomo 902006 del Programa de Suelos del C.R.I. Nataima (Municipio del Espinal – Tolima).

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que su insubsistencia, en el fondo constituye una destitución, sin el lleno de los requisitos legales. En apoyo de esta afirmación, advierte que el Gerente del ICA, días más tarde, a la fecha de su retiro, en declaraciones al periódico "El Tiempo", y con fecha 9 de junio de 1984, expresó que el retiro de cerca de 300 empleados, se debió a mala conducta, anomalías y aspectos bochornosos y de baja moral de dichos funcionarios.

Señala el actor, que él prestó con eficiencia sus labores, e incluso en el año de 1982, le fue impuesto "El Escudo de Color Blanco", en reconocimiento a su abnegada labor.

También advierte que se encontraba amparado con una estabilidad relativa, proveniente de la expedición del Decreto 583 de 1984; según el cual tenía derecho a solicitar su inscripción en la Carrera Administrativa, por encontrarse desempeñando un cargo de carrera, sin pertenecer a ella, a la fecha de expedición de éste decreto, o sea el día 9 de marzo de 1984, y con su retiro se le impidió tal ejercicio.

Como normas violadas cita los siguientes artículos: 84 del C.C.A., 20, 2o., 16, 17, 62 6 65 de la C.N. (1886), 75, 78 del Decreto 1042 de 1978, 8o. Decreto 1028 y 583 de 1984, Ley 25 de 1974, Ley 13 de 1984, 158 del Decreto 1660 de 1978 y 40 del Decreto 2400 de 1968.

El ICA dió contestación a la demanda, y se opuso a las pretensiones del actor, por estimar que el Gerente del ICA ejerció la facultad, discrecional de que estaba investido, y lo hizo por necesidades del buen servicio, y no impuso al actor la sanción de destitución, pues ella no se puede confundir con la declaratoria de insubsistencia. Sobre las declaraciones rendidas al periódico "El Tiempo", explica que en ellas, el Gerente del ICA, no hizo imputaciones en concreto a nadie y menos al actor. Señala, que para especificar, el Gerente, remitió posteriormente una carta aclaratoria al periodista, para señalar que la referencia al personal retirado, se debía en unos casos, a aceptación de renuncia, a obtención de la pensión de jubilación y también, en otros casos, a necesidades del servicio, para lo cual utilizó la facultad discrecional. Sobre la inamovilidad relativa, con base en el Decreto 583 de 1984, expresa el ICA, que este decreto no consagró un derecho concreto de estabilidad, en favor de un empleado. Señala que aunque facultaba para solicitar la inscripción en carrera administrativa, no crea un fuero automático. Aclara el ICA, que, tener derecho a solicitar la inscripción en carrera, no es tener derecho a ser inscrito automáticamente, y no comporta una obligación del Estado para con

el solicitante, de inscribirlo en carrera, pues antes se deben comprobar una serie de requisitos y por lo tanto, para el empleado la solicitud se constituía en mera expectativa. Sobre este punto agrega, que no puede entenderse que el Decreto Reglamentario 583 de 1984, haya modificado la ley que regula la facultad discrecional, y por lo tanto este decreto se debe entender, sin perjuicio de que el nominador pueda hacer uso de la facultad discrecional.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron sus pretensiones. El Fiscal del Tribunal Administrativo solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones del actor, por cuanto no se aprecia que el acto acusado esté afectado de un vicio oculto, o de desviación de poder, y no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado.

El Tribunal Administrativo, mediante sentencia, denegó las peticiones de la demanda, por considerar que el retiro del actor no se produjo en virtud de una declaratoria de destitución, sino de insubsistencia, y que las declaraciones del Gerente del ICA, no se refirieron a la conducta del demandante, y como no se efectuó ninguna imputación al actor de carácter disciplinario, no puede afirmarse que se tratara de una destitución.

Señala el Tribunal respecto del Decreto 583 de 1984, que el actor “no demostró que se le hubiera desvinculado por no haber obtenido su inscripción en la carrera administrativa al vencimiento del plazo para la misma”.

Advierte finalmente la sentencia que “el demandante no logró demostrar en forma fehaciente, el motivo oculto que aduce para configurar la desviación de poder en la expedición del acto impugnado”.

El actor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, por estimar que se interpretó erróneamente el Decreto 583 de 1984. Agrega, que la Asociación de Médicos Veterinarios y Zootecnistas de los Llanos Orientales, por la época de su retiro denunció al Presidente de la República, “la destitución de Ingenieros Agrónomos y Veterinarios con más de 10 años al servicio del ICA, debido a intereses mezquinos”.

En el término de traslado para alega, las partes se abstuvieron de hacerlo. La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, solicita se confirme el fallo recurrido, por cuanto el actor no probó que perteneciera a la carrera administrativa, ni que estuviera amparado por ningún fuero, y el ejercicio de la facultad discrecional por parte del nominador, para calificar el buen servicio, no solo comprende la buena hoja de servicios del funcionario, sino otras distintas, tales como la reducción del gasto público, la fusión de empleos, etc. señala; finalmente que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Examinado el expediente, se observa que no existe prueba alguna que oriente a señalar al actor como incurso en una falta disciplinaria o que contra éste el ICA, o la Procuraduría General de la Nación, adelantaban una investigación disciplinaria o administrativa, y por lo tanto, no puede pensarse que la administración utilizó la declaratoria de insubsistencia como medio para evitar el adelantamiento de un proceso disciplinario. Sin embargo, ha sido reiterada la jurisprudencia de ésta Corporación, en el sentido de señalar, que la falta disciplinaria o el adelantamiento de un proceso disciplinario, no inhiben al nominador para ejercer la facultad discrecional de que este investido para remover libremente su personal, pues una y otra facultad, son autónomas y ninguna de ellas es excluyente de la otra.

2) Desde luego, la facultad discrecional no autoriza el proceder arbitrario del nominador, pudiendo la jurisdicción Contencioso Administrativa, controlar estos actos cuando ellos desborden los límites a que están sujetos. En efecto, procedería la declaratoria de nulidad, si el acto es expedido con abuso o desviación de poder, o con falsa motivación. Sin embargo, examinando la resolución acusada, y las demás pruebas que obran en el proceso, se observa que el actor no demostró que estos ni otros vicios afectarán el acto acusado.

3) En efecto, la buena hoja de vida, y su adecuado comportamiento laboral y administrativo, si bien no ameritan por lo mismo, un retiro mediante destitución no impiden que el nominador pueda retirarlo del servicio mediante insubsistencia, por cuanto el actor era un empleado de libre nombramiento y remoción. Su buena conducta y excelente desempeño laboral, en caso de encontrarse en carrera administrativa, sí habrían ameritado la anulación de la insubsistencia, bien por falsa motivación o por desviación de poder, según el caso.

Por lo tanto, por estos aspectos no puede prosperar el ataque que el actor hace al acto acusado.

4) Como el actor, no demostró encontrarse amparado por el fuero de carrera administrativa, ni estar designado por un período fijo, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, por este aspecto.

5) Como el actor advierte y así quedó establecido, que el Gerente del ICA, expresó al periódico "El Tiempo", que los retiros del personal de esa entidad descentralizada, se debían al proceder de empleados que observaban una conducta administrativa irregular, debe observarse que dicho funcionario no hizo referencia directa o indirecta, al retiro del demandante y por lo tanto no puede la Sala por esta sola circunstancia, concluir que el acto acusado obedeció a una sanción como lo pretende el actor.

6) Respecto de la estabilidad relativa, que el actor expresa le era aplicable con base en el decreto 583 de 1984, habrá que decir que esta disposición normativa, fue un decreto reglamentario del Decreto Ley 2400/1.968, cuyo objetivo se orientó a poner en marcha un plan fuerte de ingreso a la carrera administrativa, pero sin restringir la facultad discrecional de remoción del nominador, respecto de quienes no habían ingresado mediante concurso.

7) En efecto, conforme a los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y la Ley 61 de 1987, y los Decretos Reglamentarios 1950 de 1973, 583 de 1984, y 573 de 1988, entre otros, la estabilidad en un empleo de carrera administrativa, solamente se obtiene cuando el empleado ingresa mediante concurso, en período de prueba, o es inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

Preceptúan al respecto los artículos 214 y 215 del Decreto 1950 de 1973.

Artículo 214: "El empleado en período de prueba tiene derecho a permanecer en el cargo por el término señalado en el acto de su nombramiento siempre y cuando observe buena conducta y cumpla con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes del mismo y a obtener la oportuna calificación de sus servicios para los efectos de su escalafonamiento".

Artículo 215: "El escalafonamiento es la confirmación del funcionario en la carrera administrativa, le otorga la plenitud de los derechos inherentes a ella, conforme a la ley y los reglamentos; procede cuando se haya obtenido calificación satisfactoria de servicios y no haya objeción por parte de la administración o cuando así lo ordene el Consejo Superior del Servicio Civil".

Como el Decreto 583 no contempló ni hizo extensivos estos artículos, y el actor no demostró encontrarse en estos supuestos fácticos de las normas transcritas, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, debiendo confirmarse la sentencia apelada.

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, y de acuerdo con el concepto Fiscal.

FALLA:

PRIMERO: *CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.*

SEGUNDO: En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SECCION SEGUNDA

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO—Régimen Aplicable/EMPRESAS CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Tratándose de una entidad descentralizada indirecta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, en que el Estado posee más del 90 del capital social (Estatutos artículo 1o.), la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A. está sometida al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, régimen de derecho privado (Decreto 1050 de 1968, artículo 6). Su Junta Directiva está facultada para expedir Estatutos que contengan las normas básicas para el acueducto cumplimiento de los objetivos previstos. Según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen el carácter de trabajadores oficiales, aunque los estudios deben precisar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Estos se rigen por las normas del derecho público, pues su vinculación laboral no es contractual sino legal y reglamentaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Bacdecker.*

Referencia: Expediente No. 2683. Autoridades Nacionales. Actor: Contraloría General de la República (Rodolfo González García).

La Contraloría General de la República, en demanda presentada ante esta Corporación en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artícu-

SECCION SEGUNDA

lo 84 del C.C.A., impetra la nulidad del Acuerdo No. 002 de junio 14 de 1984, emanado de la Junta Directiva de Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., por el que se extendieron a varios directivos los beneficios económicos que la empresa ha venido reconociendo a sus trabajadores.

Como hechos en que se fundamenta la acción, relata la parte actora los siguientes:

“1. CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S. A., es una sociedad anónima colombiana, clasificada legalmente como una sociedad descentralizada indirecta, de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía, sociedad en la que por razón de que el Estado posee más del 90% de su capital social se someta al régimen jurídico previsto para las empresas Industriales y comerciales del Estado. (Art. 1 y 3 del decreto-ley 3130 de 1968).

2. La Junta directiva de CENTRALES ELECTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S. A. por medio del acuerdo No. 002 de junio 14 de 1984 (Acta No. 427 de 1984), resuelve extender unilateralmente a sus empleados públicos; Gerente, Asistente de Gerencia, Jefe de Proyectos Específicos, Secretaria Jurídica y Jefes de División, los beneficios económicos que ha venido reconociendo a los demás trabajadores oficiales por pacto colectivo.

NORMA ACUSADA

La norma acusada es el Acuerdo No. 002 de junio 14 de 1984, proferido por la Junta Directiva de Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., en su artículo único, el cual reza:

“ACUERDO”: No. 002/84

LA JUNTA DIRECTIVA DE CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S. A.,
en uso de sus facultades legales y estatutarias y, CONSIDERANDO:...

ARTICULO UNICO: Reconocer los beneficios económicos que la Empresa ha venido extendiendo al resto de sus trabajadores, al siguiente personal Directivo: Gerenté, Asistente de Gerencia, Jefe de Proyectos Específicos, Secretaria Jurídica y Jefes de División”.

Como normas violadas, además de los artículos 20 y 76, numeral 9o. de la Constitución de 1886, se señalan el artículo 14 del decreto-ley 3135 de 1968 y los artículos 4o. y 5o. del decreto 1045 de 1978 (Fls. 32-40).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación emitió concepto favorable a las súplicas de la demanda y acogió los planteamientos formulados por la sala de Decisión al resolver el recurso de súplica interpuesto contra la suspensión provisional del acto demandado. En tal oportunidad la Sala analizó si los beneficios salariales y prestaciones obtenidos por los trabajadores oficiales a través de convención colectiva eran extensivos a los empleados públicos de la empresa, y de allí concluyó:

“La respuesta es obvia: no pueden beneficiarse de los resultados de una Convención puesto que su situación es legal y reglamentaria, y sólo el Congreso o el Presidente de la República Investido de facultades extraordinarias, tienen facultad para regular escalas de remuneración y prestaciones sociales de los empleados públicos a nivel nacional, como lo contempla el artículo 76, ordinal 9o., de la Constitución Nacional.

Ni la Junta Directiva de una entidad descentralizada ni ninguna otra autoridad tienen competencia en esa materia. Mal podría entonces la Junta Directiva hacer extensivos esos beneficios laborales a quienes según sus estatutos son empleados públicos y les está prohibido, por tanto, negociar y suscribir convenciones Colectivas” (Fls. 247-251).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Se trata de determinar en este proceso si el acto enjuiciado por el que se dispuso extender a varios directivos de la entidad los beneficios económicos reconocidos “al resto de sus trabajadores”, es compatible con las normas que se invocan en la demanda.

Tal como se hizo notar en la providencia de suspensión provisional, aquella decisión se sustenta en la consideración de que el artículo 29, literal N de los Estatutos faculta a la Junta Directiva para elaborar el estatuto de personal “determinando... todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales...”; que “en Junta Directiva No. 426 realizada el 21 de mayo de 1984 se consideraron los beneficios económicos que vienen reconociéndose a los directivos desde que se creó la Empresa como derechos adquiridos con justo título” y que según “conceptos jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dirigidos a la Electrificadora de Boyacá que tiene en común con Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., su origen, naturaleza jurídica y demás denominación (sic), es procedente que los directivos disfruten de los beneficios pactados en Convención, siempre y cuando la Junta Directiva de la Empresa lo haya reglamentado o

SECCION SEGUNDA

delegado en su Gerente de acuerdo a lo previsto en el artículo 29 literales M y N de los Estatutos de Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A.”

Al confirmar la suspensión provisional, la Sala de la Decisión expresó:

“Ciertamente la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A. es, según sus Estatutos, una Sociedad descentralizada indirecta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Como tal, sus servidores tienen el carácter de trabajadores oficiales, salvo aquellos que desempeñen actividades que, según los Estatutos, hayan sido clasificados como de aquellas que deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Dichas actividades fueron clasificadas en la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., y es así como, según el artículo II de los Estatutos, tienen la calidad de los empleados públicos el Gerente, los Asistentes de la Gerencia, el Secretario General y el Jurídico, el Revisor Interno, los Jefes o Directores de División y el Jefe de Proyectos Específicos y Planeación.

.....

Sentadas estas premisas, es necesario analizar si los beneficios salariales y prestaciones obtenidos por los trabajadores oficiales mediante Convención Colectiva, son extensivos a quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

Concluye la providencia con el siguiente pronunciamiento, terminante y perentorio:

“La respuesta es obvia: no pueden beneficiarse de los resultados de una Convención puesto que su situación es legal y reglamentaria, y sólo el Congreso o el Presidente de la República investido de facultades extraordinarias, tienen facultada para regular escalas de remuneración y prestaciones sociales de los empleados públicos a nivel nacional, como lo contempla el artículo 76, ordinal 9o. de la Constitución Nacional.

Ni la Junta directiva de una entidad descentralizada ni ninguna otra autoridad tienen competencia en esa materia. Mal podría entonces la Junta Directiva hacer extensivos esos beneficios laborales a quienes según sus Estatutos son empleados públicos y les está prohibido, por tanto, negociar y suscribir Convenciones Colectivas”. (Fls. 247-251).

Poco o nada habría que agregar a estas definiciones, como fundamento de la decisión favorable a las pretensiones de la parte actora. Resta sólo formular algunas consideraciones finales.

Tratándose de una entidad descentralizada indirecta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, en que el Estado posee más del 90% del capital social (Estatutos - Art. 1o.), la Empresa Centrales Eléctricas del Norte de Santander S. A., está sometida al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, régimen de derecho privado (Decreto 1050 de 1968, art. 6). Su Junta Directiva está facultada para expedir Estatutos que contengan las normas básicas para el adecuado cumplimiento de los objetivos previstos.

Según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen el carácter de trabajadores oficiales, aunque los Estatutos deben precisar “qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”. Estos se rigen por las normas del derecho público, pues su vinculación laboral no es contractual sino legal y reglamentaria.

Así pues, estando definido este carácter en la propia ley, la pretensión de sustraer a empleados públicos del régimen que les es propio para atribuirles privilegios que no les corresponden, resulta contraria a derecho.

En reiterada jurisprudencia ha insistido la Corporación en estos criterios, destacando que las Juntas o Consejos Directivos carecen de competencia para regular lo relativo a salarios y prestaciones sociales. También lo puntualizó la Corte en sentencia de diciembre 13 de 1972 al declarar inexecutable el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

En tal virtud, es práctica *contra legem* de algunas entidades de esta naturaleza que, por Acuerdos de la Junta Directiva, extienden derechos convencionales a los empleados públicos de su nómina. Ni se puede deducir de tal práctica la existencia de derechos adquiridos con justo título, en los términos del artículo 30 de la anterior codificación constitucional.

Dados estos presupuestos, imperioso resulta invalidar el acto enjuiciado.

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

FALLA:

Declárase nulo el Acuerdo No. 002 de junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), expedido por la Junta Directiva de Centrales Eléctricas del Norte de Santander, S. A.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/PRESUNCION DE LEGALIDAD/CARGA DE LA PRUEBA

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado público no puede ser fruto de la arbitrariedad, sino que debe fundamentarse en causas relacionadas con el buen servicio público y ésta es, precisamente, la presunción que el ordenamiento jurídico otorga al acto administrativo que la contiene, por lo cual éste debe considerarse expedido conforme a derecho. Esta prerrogativa, de singular importancia y trascendencia jurídica, instituida en favor de la administración, la libera de demostrar que expidió dicho acto con apego a la normatividad que regula la separación del servicio de los funcionarios públicos, a través de ese mecanismo, lo que a su turno implica que quien alegue su ilegalidad debe acreditar las razones de su impugnación con prueba idónea.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedeker*

Referencia: Expediente No. 3707. Apelación Sentencia. Actor: César Gustavo Tobo Uscategui.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor César Gustavo Tobo Uscátegui contra la sentencia de 25 de marzo de 1988, por la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda en que se pretendía la declaración de nulidad del Decreto 894 de 27 de marzo de 1985, expedido por la Presidencia de la República, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profe-

SECCION SEGUNDA

sional Especializado 3010, grado 09 de la Subdirección de Programación y Desarrollo de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

El A-Quo despachó adversamente las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes principales consideraciones:

“El documento de la Directora de Impuestos Nacionales, el que, por lo demás, se transcribió en su texto, si bien hace unos cargos de relativa gravedad al actor, también dice ‘tomar las medidas del caso para controlar este tipo de situaciones anormales...’, lo que no significa, inequívocamente que estuviera requiriendo el levantamiento de investigación administrativa o que estuviera sugiriendo la desinvestidura del empleado, máxime si se tiene en cuenta y hasta donde es posible columbrarlo, ya que no se aportó el organigrama del Ministerio para determinar las líneas gerárquicas de autoridad, que el funcionario a quien aquélla se dirigió es de inferior categoría a la suya.

El hecho de que en oficio antecedente al acto de insubsistencia se hubiera informado sobre la situación laboral administrativa del actor, relacionada con el período de prueba y el escalafonamiento, tal como es prueba de que la causa de éste haya sido la aludida nota de la Directora de Impuestos.

Se tiene, pues, que las pruebas allegadas —no se adjuntó ninguna otra— son insuficientes para demostrar el nexo de causalidad entre la comunicación de la Directora de Impuestos y el acto de insubsistencia del nombramiento del demandante, el que, por lo demás, fue proferido por las autoridades nominadoras, esto es, el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, ante quienes no se formuló ninguna queja ni se remitió comunicación alguna al respecto, que, en cierta forma, hubiese incidido en su decisión”. (fls. 71 y 72 cdno. 2).

También estimó el sentenciador de primera instancia que: “... de acuerdo con el art. 177 del C. de P.C. —aplicable a los juicios administrativos por remisión expresa del art. 267 del C.C.A.— “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..., lo que, conforme a lo precedente, no ha acaecido en el presente proceso.

Así la situación, es lógico inferir que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado, pues, al respecto, se debe recordar que entre los rasgos distintivos y que le dan identidad al acto administrativo, frente al acto jurídico de derecho privado, está la presunción de legalidad, que —como bien dicen también los doctrinantes— junto

con los caracteres de ejecutoriedad y revocabilidad, deviene de la juridicidad del Estado, en general, y de la Administración Pública, en particular, esto es, del principio de legalidad que identifica al Estado de Derecho, en tanto su actividad ha de estar sometida a la Ley". (fl. 72 cdno. No. 2).

El accionante, en su oportunidad, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia mencionada (fls. 81 a 83), aduciendo que el principio esbozado en el fallo sobre la carga de la prueba no puede "llevarse al extremo, trasplantando rigurosamente normas establecidas para resolver conflictos de intereses de personas privadas que, se supone, están en el mismo plano de igualdad". (fl. 82), pues, si llegara a aceptar sin inconformidad alguna esa tesis, el administrado quedaría totalmente desprotegido frente a los abusos del ejercicio del poder.

Y agrega el recurrente:

"Como quiera que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado público no puede ser arbitraria sino que debe fundamentarse en causas que se relacionan con las necesidades y conveniencias del servicio, si el empleado afirma que su declaratoria de insubsistencia no se produjo por necesidades y conveniencias del servicio, esta negación indefinida, de acuerdo con el principio de la carga procesal, debe ser destruída por la Administración y, en esta hipótesis la Administración tendrá que comprobar en juicio que el acto es legal". (fl. 82 cdno. No. 2).

De otra parte, asevera el censor que la insuficiencia de pruebas para demostrar el nexo de causalidad entre la comunicación de la Directora de Impuestos y el acto acusado, que el Tribunal echa de menos, "es un aspecto de grado de valoración, pero no de inexistencia de prueba. Es imposible demostrar, con prueba directa documental, que la insubsistencia se debió a la comunicación de la Directora de Impuestos. Pero, de las circunstancias que rodearon la expedición del acto acusado, se infiere que contra mi mandante, previamente, se le formularon cargos concretos. Tales cargos están en el oficio No. 03414 del 18 de febrero de 1985. Que al ordenar que se tomaran las medidas para corregir esa situación se orientaba o bien a que se iniciara un proceso disciplinario o que se destituyera o declarara insubsistente el inculpado. Frente a los cargos formulados no existían otras medidas para tomar. Y la Administración se fue por el camino del menor esfuerzo y del menor compromiso. Optó por la insubsistencia para ampararse en la facultad discrecional de libre remoción". (fls. 82 y 83 cdno. No. 2).

El impugnador insiste, pues, en que el móvil determinante de la expedición del acto acusado fue el oficio 03414 de 1985, en el que se le acusa de haber incurrido en faltas disciplinarias.

SECCION SEGUNDA

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, al solicitar la confirmación de la sentencia, expresa:

“... El empleado público de libre nombramiento y remoción, calidad que ostenta el demandante, debe darse por bien servido cuando lo remueven del servicio, mediante declaración de insubsistencia, en vez de seguirle un disciplinario por faltas que se le atribuyen. En casos como el ocurrente el ordenamiento jurídico si se ve quebrantado pero no por acto que lesione derechos del empleado removido (sometido, por ministerio de la ley a la facultad discrecional del nominador), quien, como se dijo atrás, se beneficia de una omisión cómplice de la administración, sino por la falta de acatamiento por parte de ésta a la obligación legal de procurar sanción para el incurso en falta administrativa y la de poner en conocimiento de las autoridades competentes la presunta comisión de ilícitos penales (utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva, art. 155 C.P.). Si no hay lesión de derechos, como desde luego no la hay en el caso del beneficiario de una omisión, se carece, entonces, de titularidad para ejercer la acción de restablecimiento de los mismos.

Concluimos: La omisión por parte de la administración de ordenar abrir un proceso disciplinario y colocar la correspondiente denuncia penal por el delito referido, antes de perjudicar al actor, lo beneficia, en el sentido de que lo libra de la desagradable situación de estar vinculado a un proceso, como sindicado, y de la “capitis deminutio” derivada de una sanción de destitución”. (fls. 88 y 89 cdn. No. 2).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es una verdad incuestionable la aseveración del recurrente en el sentido de que la declaración de insubsistencia del nombramiento de un empleado público no puede ser fruto de la arbitrariedad, sino que debe fundamentarse en causas relacionadas con el buen servicio público y ésta es, precisamente, la presunción que el ordenamiento jurídico otorga al acto administrativo que la contiene, por lo cual éste debe considerarse expedido conforme a derecho.

Esta prerrogativa, de singular importancia y trascendencia jurídica, instituida en favor de la administración, la libera de demostrar que expidió dicho acto con apego a la normatividad que regula la separación del servicio de los funcionarios públicos a través de ese mecanismo, lo que a su turno implica que quien alegue su ilegalidad debe acreditar la razones de su impugnación con prueba idónea.

No basta, entonces, la simple reiteración de que no se produjo por conveniencia del servicio público, para que, bajo la consideración de que se trata de una negación indefinida, como lo pretende el Doctor Tobo Uscátegui, se libere al impugnador del deber legal de probar el supuesto de hecho que determina la procedencia de la declaración de nulidad del acto contentivo de una insubsistencia.

No siendo de recibo el anterior planteamiento del recurrente, la Sala debe precisar si del material probatorio obrante en el proceso puede establecerse, sin equívocos, que en el caso sub-examine, la separación del servicio del accionante tuvo como causa lo expresado por la Directora de Impuestos Nacionales en el Oficio No. 03414 de 18 de febrero de 1985, cuyo tenor literal es:

“Doctor
LUIS FERNANDO RAMIREZ ACUÑA
Subdirector de Programación y Desarrollo
E. S. D.

Apreciado doctor:

Este Despacho ha tenido conocimiento que el Doctor César Tobo, funcionario bajo su dependencia, se encuentra laborando en la Dirección de Presupuesto, sin que medie autorización previa de este Despacho. Igualmente hemos tenido conocimiento que el citado doctor ha utilizado información institucional del organismo sin autorización previa del Director de Impuestos, valiéndose para ello de actitudes poco claras ante la Oficina de Estudios Tributarios de esta Dirección.

Por lo anterior, ruego a usted tomar las medidas del caso para controlar este tipo de situaciones anormales e igualmente, dar cumplimiento a una decisión adoptada tanto con usted como con el Subdirector de Recaudo, en virtud de la cual el doctor Tobo debía cumplir una comisión en dicha Subdirección para colaborar en la agilización del programa de Bancos”. (fl. 6).

Sobre el particular, la Corporación estima que asiste razón al Tribunal del conocimiento cuando asevera que las pruebas allegadas “son insuficientes para demostrar el nexo de causalidad entre la comunicación de la Directora de Impuestos y el acto de insubsistencia del nombramiento del demandante, el que, por lo demás, fue proferido por las autoridades nominadoras, esto es, el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, ante quienes no se formuló ninguna queja ni se remitió comunicación alguna al respecto que, en cierta forma, hubiese incidido en su decisión”. (fls. 71 y 72 cdno. No. 2).

SECCION SEGUNDA

En efecto, fuera de la comunicación transcrita, ninguna otra prueba hace alusión a presuntas irregularidades cometidas por el actor ni a la intención de la Administración de adelantarle por esa razón proceso disciplinario. Por consiguiente, es imperioso concluir que no se acreditó fehacientemente la relación de causalidad que, respecto de tales hechos, se predica en el libelo.

De otra parte, la circunstancia de que la administración no hubiera adelantado el proceso disciplinario a que podría haber dado lugar el comportamiento del demandante relatado en el citado oficio, que desdice del criterio del buen servicio que debe presidir la función administrativa, no le impedía ejercitar la facultad de libre nombramiento y remoción, pues con ésta no se persigue sancionar disciplinariamente al funcionario, sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio.

Aceptar que la posible incursión de un empleado en presuntas fallas disciplinarias enerve la prerrogativa de libre remoción que el ordenamiento jurídico atribuye a la autoridad nominadora equivaldría a reconocer que esa circunstancia otorga al probable inculpado un fuero de relativa inamovilidad o la garantía de estabilidad en el cargo, no contemplada en la normatividad.

En ningún momento la administración ha aceptado que el móvil de la expedición del acto acusado haya sido el expresado por el libelista en el escrito introductorio de la acción. Pero, si así hubiera sido, en criterio de la Sala, habría igualmente razones para declarar válidamente la insubsistencia de su nombramiento, porque es inconveniente a la adecuada prestación del servicio mantener vinculadas laboralmente a personas que sin autorización del superior utilizan la información institucional que conocen en razón del cargo que desempeñan, para fines ajenos a la entidad y mucho más cuando utilizan, para obtenerla, mecanismos nada claros, como parece ocurrió en el sub-lite.

De acuerdo con lo expuesto, las súplicas de la demanda deben despa-charse desfavorablemente al accionante. Por ello, se confirmará el fallo que así lo dispuso.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso incoado por César Toba Uscátegui contra la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FACULTAD DISCRECIONAL/PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO

Si la autoridad nominadora estima que la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción, conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede ejercer la facultad discrecional de remoción que le confiere la ley así existan motivos para adelantar un proceso disciplinario. Además la remoción del empleado inculcado no impide el ejercicio del poder disciplinario, toda vez que la posible comisión de una falta disciplinaria no confiere fuero de relativa estabilidad y, de otra parte, la acción respectiva puede adelantarse aunque aquél no se encuentre vinculado a la administración.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 1132. Autoridades Nacionales. Actor: Gloria Helena Acosta de G.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de diciembre 9 de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de nulidad de la Resolución No. 1381 de junio 12 de 1982, expedida por el Gerente Seccional de los Seguros Sociales de Antioquia (fl. 32 cdno. 2), mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de GLORIA HELENA ACOSTA DE GAVIRIA en el cargo de Secretaria, de reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior jerarquía, de pago de los salarios no percibidos y de declaración de inexistencia de solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

De conformidad con la copia de la sentencia, pues al expediente reconstruído no se trajo la de la demanda, como fundamento de la acción se expuso que la accionante, quien se vinculó al Instituto demandado desde 1965, a raíz de los cargos que sin ningún fundamento formuló en su contra la funcionaria HIMELDA RESTREPO RUIZ, se le trasladó a la Clínica LEON XIII, luego a la Oficina de Organización y métodos y, finalmente, se le removió de su empleo (fl. 9 cdno. 1).

Según se lee en el fallo impugnado, la libelista adujo que la administración había incurrido en desviación de poder al proferir el acto acusado, toda vez que ante los cargos que se formularon en su contra, debió iniciar la investigación disciplinaria correspondiente y no ordenar su desvinculación del servicio, desconociendo el derecho a la defensa que le asistía y haciendo uso indebido de la facultad discrecional que la ley atribuye a la autoridad nominadora.

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas del libelo al considerar que para expedir la Resolución enjuiciada la administración no hizo más que evaluar el comportamiento de la demandante, del cual había sido informada por la Subgerencia de personal de la Seccional (fl. 29, cdno. 2) y de esta manera definir si su permanencia en la entidad convenía o no a la adecuada prestación del servicio, llegando a la conclusión que lo indicado era declarar insubsistente su nombramiento, según se desprende del escrito contentivo de las razones que motivaron la determinación (fl. 30, cdno. 2).

Asimismo, el a-quo estimó que el informe de la Subgerencia de Personal al que se hizo mención, según el cual a la accionante le faltaba seriedad en sus tareas, era infidente, imprudente, mala trabajadora y mantenía relaciones nada cordiales con sus compañeros de labores, no tiene la entidad de pliego de cargos, sino el carácter de observaciones generales del funcionario encargado del manejo de personal acerca del comportamiento y actitudes de la actora.

Agrega el fallador de instancia que:

No se puede olvidar entonces que mientras la facultad de declarar la insubsistencia de un nombramiento ostenta carácter discrecional y quien la ejerza debe hacerlo en consideración a lo que estime más conveniente para el interés de la administración pública, la destitución y en general las medidas disciplinarias, por el contrario son medidas sancionatorias aplicables al empleado que incurre en hechos catalogados como faltas.

Finalmente, se refiere a los testimonios recepcionados en el proceso para indicar que no ilustran al fallador acerca de la conducta de la demandante durante el lapso inmediatamente anterior a su desvinculación, pues el trato

laboral y directo con la actora, lo tuvieron "mucho tiempo atrás de su desvinculación e ignoran su actitud en la época anterior a su remoción".

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia comentada, argumentando que, contrariamente a lo aseverado por el a-quo, las afirmaciones de la Sub-gerente de Personal si constituye sindicación de hechos que pueden alcanzar la categoría de faltas disciplinarias. Por tanto y aún aceptando que fueran observaciones de carácter general, a la administración correspondía demostrar que la remoción obedeció a las causas que expuso. La carga de la prueba, arguye, se desplazó a la entidad demandada "puesto que la presunción se destruyó y no solo esto, sino que el deber probatorio de la empleada fue más allá, porque con abundante prueba testimonial desmintió y dejó por el suelo afirmaciones tan reñidas con la verdad como: "De su pésimo comportamiento pueden dar fé sus jefes anteriores y quienes han tenido que compartir cualquier oficina donde haya estado", y "Consultados los funcionarios que fueron superiores o compañeros de trabajo de dicha empleada, se obtuvo el convencimiento de que ...".

Igualmente expresa la recurrente que sería exótico exigir a la actora que llevara a declarar a todos los jefes que tuvo en el Instituto por espacio de 18 años y que con ello se colocaría "a la administración en una cómoda posición probatoria, que no puede tener asidero en ninguna disposición legal".

Mediante providencia visible a folio 150 del cuaderno 1, se decretó la reconstrucción del proceso, declarándose que se hallaba para proferir sentencia de segunda instancia, a lo cual se procede, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Examinado el proceso se advierte que la actora, al momento de su retiro, no se encontraba amparada por la estabilidad que otorga la carrera de funcionario de la seguridad social de acuerdo con el Decreto 1651 de 1977 y normas concordantes, ni tampoco desempeñaba el cargo dentro de un período fijo. Era pues una funcionaria de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con el memorando sin fecha, obrante a folio 29 del cuaderno 2, la insubsistencia de la accionante la propuso la doctora HIMELDA RESTREPO RUIZ, Subgerente de Personal de la Seccional de Antioquia del Instituto, en los siguientes términos:

Para su consideración la insubsistencia de GLORIA HELENA ACOSTA DE GAVIRIA, la que consideró procedente por lo siguiente:

Se trata de una persona que en los cargos que ha ocupado, siempre ha dejado fama de infidente, imprudente, mala trabajadora y disociadora.

Su rendimiento es malo y las relaciones con los compañeros de trabajo no son las más cordiales.

De su pésimo comportamiento pueden dar fe sus jefes anteriores y quienes han tenido que compartir cualquier oficina donde haya estado. Se tiene conocimiento de actos de indelicadeza y de cobrar comisión por el trámite de liquidación parcial de cesantías.

En la certificación que reposa en la hoja de vida de la demandante, se expusieron las razones por las cuales se adoptó la decisión acusada, así:

Consultados los Funcionarios que fueron superiores o compañeros de trabajo de dicha empleada, se obtuvo el convencimiento de que su permanencia en la Seccional no era benéfica para la Institución y para una eficiente prestación del servicio público asignado, debido a su falta de seriedad en el cumplimiento de sus funciones, su infidencia, indiscreción y malas relaciones con los compañeros de trabajo, así como por su ánimo de disociación, lo cual motivó (sic) su retiro de la Secretaría General de la Entidad y que se le considerará no apta para ser llamada a ocupar un cargo como Funcionaria de Seguridad Social.

La doctora HIMELDA RESTREPO RUIZ, a la sazón Subgerente de personal, en las declaraciones que rindió en el trámite del recurso de alzada, (fls. 109 a 113), expresó que era notorio el conocimiento que se tenía de la conducta disociadora, infidente, imprudente y negligente de la señora de GAVIRIA y del hecho de que se valía de su cargo de Secretaria General para coaccionar en determinados aspectos; que la administración recibió quejas de su comportamiento y por ello, antes de reincorporarla a la nueva planta de personal, efectuó las indagaciones del caso, llegando a la conclusión "que la conducta desplegada por la extrabajadora en ninguna forma era conveniente para la administración".

De los demás testimonios recepcionados en la citada etapa procesal, entre ellos los de LEONOR ECHEVERRIA DIAZ, SOFIA SANCHEZ MARIN, DORA ELSY ECHEVERRY (fls. 101 a 104, 104 a 109, 114 y 115 cdno. 1), se desprende que la accionante se comportaba como una persona conflictiva, infidente y disociadora.

Así la testigo primeramente mencionada afirma que su trato con ella era normal "a pesar de llevar chismes de un lado a otro" (fl. 101); SOFIA SANCHEZ, la cataloga como "una persona muy locuaz, disociadora y conflictiva. Esto porque le gustaba hablar de las compañeras y de los jefes" y DORA ELSY ECHEVERRY, sostiene que las relaciones eran normales aunque con las compañeras "ocurría de vez en cuando una especie de enfrentamientos".

SECCION SEGUNDA

La forma habitual de comportarse de la señora de GAVIRIA a la cual aluden los testigos y que fue objeto de averiguación por la administración según lo asevera la Subgerente de Personal, a juicio de la Sala justificaba su remoción del cargo que ocupaba, porque no puede ser sino en aras del buen servicio que se prescinde de un funcionario desleal, que según los testigos es disociador e infidente, puesto que con personas de ese temperamento no es posible conservar la armonía institucional, ni lograr condiciones óptimas para la adecuada prestación del servicio. Por tanto, habida consideración que corresponde a las directivas propender para que, al unísono, todos los empleados de una institución colaboren eficazmente a la consecución de los objetivos de la misma, fuerza concluir, como acertadamente lo hizo el a-quo, que "el nominador debe valorar el comportamiento de sus subordinados y según el resultado al resolver si es conveniente para la administración su permanencia en el servicio público".

De otra parte, la Corporación en reiteradas oportunidades ha dicho que si la autoridad nominadora estima que la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción, como lo era la señora de GAVIRIA, conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede ejercer la facultad discrecional de remoción que le confiere la ley así existan motivos para adelantar un proceso disciplinario.

Además la remoción del empleado inculpado no impide el ejercicio del poder disciplinario, toda vez que la posible comisión de una falta disciplinaria no confiere fuero de relativa estabilidad y, de otra parte, la acción respectiva puede adelantarse aunque aquel no se encuentre vinculado a la administración.

No habiéndose probado la desviación de poder endilgada a la autoridad nominadora o que el acto acusado infringiera una norma superior, se impone la confirmación del fallo recurrido.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Confírmase la sentencia de diciembre 9 de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el presente proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y una vez ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION—Improcedencia/ JURISDICCION ROGADA

En el recurso extraordinario de anulación debe hacerse la formulación de los cargos contra la sentencia, expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutive del fallo. Por la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa, que es rogada y no oficiosa y por la índole especial del recurso extraordinario de anulación, no puede el juzgador deducir de las argumentaciones genéricas e imprecisas del recurrente, las normas violadas por el fallo y la incidencia de su transgresión en la decisión adoptada en él.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3237. Recurso de Anulación.— Actor: Oscar Otilio Palacios Valencia.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la Nación—Ministerio de Educación Nacional— contra la sentencia de 24 de octubre de 1987, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó en el proceso incoado por Oscar Otilio Palacios Valencia, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 254 del 22 de octubre de 1986, de la Gobernación del Departamento del Chocó, mediante la cual, en reemplazo del actor, se nombró al señor Tito Esteban Mosquera Urrutia en el cargo de Celador de la Oficina Seccional de Escalafón Código 6020, grado 02, se ordenó el reintegro del demandante al referido

cargo y se dispuso el pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir por el accionante, desde el día en que fue retirado del servicio público hasta cuando se produzca su reintegro.

Para acoger las súplicas del libelista, dijo el Tribunal:

“El artículo 4o., literal e) del Decreto 102 de 1976, señala entre las funciones de las Juntas Administrativas de los F.E.R., la de proponer la planta de personal de los Fondos, señalar funciones y una vez aprobada esa planta, PROVEER LOS CARGOS (Mayúsculas de la Sala).

El artículo 6o. de la misma obra, indica que los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y Alcaldes del Distrito Especial de Bogotá, son los ejecutores de las decisiones de las Juntas Administrativas de los F.E.R.

La Resolución número 254 del 22 de octubre de 1986, fué expedida por la señora Gobernadora, Dra. EVA ALVAREZ DE COLLAZOS, en su condición de Presidente de la Junta Administrativa del F.E.R. y refrendada por el Delegado Regional del Ministerio de Educación, de ese entonces Dr. ARMANDO CARRASCO RUMIE, determinación ésta que no fue sometida a consideración, ni decidida como debió serlo, por la respectiva Junta Administrativa, (sic) extralimitándose (sic) así sus funciones los que expidieron dicha resolución”. (Fols. 37 - 38).

FORMULACION DEL RECURSO

Se efectuó en memorial visible a folios 43 a 45, en el cual, en forma genérica, se impugna la sentencia, aduciendo:

“El Decreto No. 102 de 1976 en su Art. 4o. Literal h) establece que ‘El único funcionario que para que su remoción o nombramiento debe ponerse a consideración de la Junta Administradora del FER, es al Tesorero Pagador’. Por sustracción de materia y en espíritu de la Ley debe entenderse que para nombramientos y remoción de otros funcionarios, no es condición necesaria someter a consideración para que se decida en el seno de la Junta Administradora.

Igualmente entre las disposiciones que según el demandante se violaron al momento de expedir el acto administrativo demandado, está la Ley 43 de 1975, la cual faculta al Gobernador del Depto. para nombrar en el Fondo Educativo Regional, pero previo acuerdo con la respectiva Junta Administradora. ‘Esta Ley 43 en ningún momento es contradictoria con el Decreto extraordinario 102 del 22 de enero de 1976, puesto que reglamenta a la Ley y además es posterior’.

SECCION SEGUNDA

La Fiscal, Quinto de la Corporación conceptúa adversamente a la prosperidad del recurso, por cuanto el escrito de interposición del mismo, no cumple el requisito previsto en el numeral 3) del artículo 199 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual éste debe contener “la formulación de los cargos contra la sentencia, expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutive”.

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Como fácilmente puede advertirse, el escrito del recurso extraordinario de anulación, del cual se transcribió el aparte referente a la impugnación del fallo, como acertadamente lo indica la distinguida Colaboradora Fiscal en el concepto de fondo, no cumple el requisito consagrado en el numeral 3) del artículo 199 del C.C.A., que establece que en él debe hacerse la formulación de los cargos contra la sentencia, expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutive del fallo.

En el sub lite, el apoderado de la recurrente no señala las normas legales o de rango constitucional que, en su concepto, la sentencia recurrida transgrede y, consecuentemente, tampoco se indica, en qué forma su quebranto incidió en su parte resolutive.

Los reparos a la decisión del Tribunal se concretan a la crítica de sus razonamientos y de los fundamentos jurídicos de aquella, como si se tratara de la sustentación de un recurso diferente al extraordinario de anulación, en cuya formulación debían observarse las técnicas jurídicas que consagraban las normas que lo regulaban, so pena del fracaso o insuceso del recurso, pues la censura que no satisfaga las exigencias legales en su formulación, necesariamente está condenada a su improperidad.

Esta Corporación reiteradamente ha expresado que por la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa, que es rogada y no oficiosa y por la índole especial del recurso extraordinario de anulación, no puede el juzgador deducir de las argumentaciones genéricas e imprecisas del recurrente, las normas violadas por el fallo y la incidencia de su transgresión en la decisión adoptada en él.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la formulación del recurso carece de la técnica requerida para su prosperidad, la Corporación se abstendrá de infirmar la sentencia recurrida.

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 por la Nación-Ministerio de Educación Nacional contra la sentencia de veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó en el presente asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruíz, Diego Younes Moreno, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Lecompte Luna, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SANCION DISCIPLINARIA/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD

El perentorio término a que se refiere el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, desde la notificación del acto de ejecución mediante el cual la administración efectivamente aplica la sanción pedida por el Ministerio Público.

TESORO PUBLICO/ISS—Ingresos

Conforme lo preceptúa el artículo 1o. de la Ley 78 de 1931, por tesoro público se entiende como el dinero que, a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales. Como el ISS, de conformidad con el artículo 47 del Decreto Ley 1650 de 1977, es un establecimiento público del orden nacional y por lo tanto una oficina pública nacional, los ingresos a este organismo, aún originalmente sean particulares, una vez ingresen a él, toman el carácter de tesoro público.

DESTITUCION/FALTA GRAVE/SANCION DISCIPLINARIA—Dosimetría

La dosimetría disciplinaria en nuestro derecho administrativo laboral, no exige que la máxima sanción disciplinaria, se imponga solamente cuando el autor de la falta sea reincidente, pues lo que debe tener en cuenta el fallador en este caso, es que la falta sea grave, para que una vez así valorada, se imponga la destitución. Tampoco esta sanción debe imponerse como resultado de una sucesión de sanciones menores previas, porque la ley así no lo ha dispuesto, y porque iría contra el curso normal de la valoración de la conducta, que ante una primera falta, pero eminentemente grave, se tuviera que aplicar una sanción leve, por carecer el actor de antecedentes disciplinarios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3042. Actor: Jorge Recalde Morán. Recurso Extraordinario de Anulación.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de agosto 26 de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso adelantado por el señor JORGE RECALDE MORAN.

Una vez admitido el recurso por auto de agosto 12 de 1988 (fl. 14 cdno. ppal.) y realizado el trámite correspondiente, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, conceptuó en forma adversa a la prosperidad del recurso, con base en los argumentos que se transcriben a continuación:

Ha sido constante la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en el sentido de que el recurso extraordinario de anulación no procede sino contra fallos de mérito. Como el aquí impugnado no tiene tal naturaleza, ya que no entró a considerar el fondo del asunto debatido al declarar probada la excepción de caducidad, el recurso que nos ocupa no resulta viable.

Además la preceptiva legal que gobierna el fenómeno jurídico de la caducidad es de orden procesal, razón por la cual tampoco procedería el recurso en cita.

La sentencia objeto del recurso de anulación, declaró fundada la excepción de caducidad de la acción interpuesta por el apoderado de la Nación (Procuraduría General de la Nación) respecto de la presentación incoada por la parte actora (fls. 100 a 111, cdno. 2).

Sobre el particular dijo el a-quo en el fallo recurrido:

Los actos emitidos por la Procuraduría General de la Nación, son actos independientes del de cumplimiento. Con la resolución emitida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, quedó agotada en estricto derecho la vía gubernativa y es a partir de la notificación de la resolución No. 365 de junio 27 de 1986, que empieza a correr el término de los cuatro (4) meses de que habla el inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A.

Debe tenerse presente que el acto de cumplimiento no está sujeto a ningún recurso y que indefectiblemente debe de dictarse so pena de

SECCION SEGUNDA

incurrir el funcionario nominador en "sanción igual al que se abstuvo de imponer", es decir de destitución, de conformidad con lo previsto con el parágrafo del artículo 14 de la ley 25 de 1974, en concordancia con lo previsto en los artículos 26 y 27 del Decreto 3404 de 1983. Por esta razón la caducidad se operó el 12 de noviembre de 1986, en virtud de que la notificación con la cual quedó agotada la vía gubernativa se hizo el 12 de julio de 1986.

Más adelante afirmó el Tribunal Administrativo de Nariño:

El Tribunal acepta los argumentos anteriores y agrega que considerando el acto de cumplimiento también un acto independiente aunque conexo, se dicta en cumplimiento de un deber legal sin entrar a discutir si las Resoluciones de la Procuraduría Regional y Delegada para la Vigilancia Administrativa se cifieron a la ley. De donde resulta que es un absurdo pedir que sea condenada la entidad que cumple el acto a las prestaciones de la demanda.

En el recurso de anulación se afirma que la sentencia recurrida viola directamente los artículos 14 (parágrafo) de la ley 25 de 1974, 84 (inciso 4), 85, 135, 136, 137, 138 y 170 del Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984).

En los cargos que se formulan contra la sentencia, se manifiesta que el acto administrativo que cierra la complejidad de actos, se constituye con la decisión administrativa de la destitución; que el Tribunal del conocimiento consideró que el acto principalmente impugnado era "una solicitud" y no la destitución y, por consiguiente, infringió el artículo 136 del C.C.A. por no acatar el conteo a partir de la notificación del acto principal enjuiciado; que siguiendo a SAYAGUES L. se debe acordar que se está frente a un acto complejo que requiere la intervención de dos órganos y que el primero de estos, es decir la Procuraduría, no tiene competencia para producir el acto definitivo de destitución; que de tal manera si no se pide la nulidad del acto de destitución que modificó o extinguió la situación jurídica del demandante, no existirá tampoco restablecimiento del derecho, ya que el citado acto quedaría con vida jurídica; que por ende para obtener el restablecimiento es indispensable impugnar este último acto administrativo para que no haya inepta demanda y, en consecuencia, la oportunidad de la acción sólo se inicia después de su producción y a partir de él se tendrá en cuenta el término de caducidad; que en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencia de marzo 15 de 1983, en un caso similar de solicitud de sanción de la Procuraduría y posterior sanción de la entidad nominadora; que la sentencia recurrida hizo apenas una rápida alusión al fondo del debate, repitiendo sin argumentar los errores de la Procuraduría (fls. 1 a 6 cdno. ppal.).

Concluye así el escrito contenido del recurso de anulación:

Si no se hubieran ocasionado las violaciones descritas, obviamente no se hubiera producido la declaratoria de caducidad contenida en la parte resolutive de la sentencia. Esto porque el Tribunal acepto (sic) iniciar el conteo del término de caducidad a partir de la ejecutoria de la Resolución 0365 de junio 27 de 1986 emanada de la Procuraduría Segunda Delegada y no como debió hacerse, es decir desde la notificación del acto de destitución el día 1o. de septiembre de 1986 emanada del I.S.S. Por las razones anteriores solicito comedidamente se anule la sentencia impugnada para que se reponga con sentencia de fondo que provea favorablemente las pretensiones de restablecimiento del Derecho del actor señaladas en la Demanda.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala no comparte la opinión dada por la agencia del Ministerio Público, en su concepto de fondo, en cuanto a que el fenómeno jurídico que gobierna la caducidad de la acción es de orden procesal.

El artículo 136 del C.C.A. citado como violado por la sentencia recurrida en el escrito contenido del recurso de anulación, es de naturaleza sustancial, como sucedía con el artículo 83 del anterior C.C.A. (Ley 167 de 1941).

Al respecto existe ya un criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando al referirse al último inciso del citado artículo 83 de la ley 167 de 1941, manifestó:

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 hace imposible su tutela por la jurisdicción, impidiendo un pronunciamiento de los jueces sobre su existencia o validez. (Sentencia de marzo 7 de 1988. Actor: LUIS BERNARDO URIBE, expediente R-108 (201), copiada en el tomo I de reconstrucciones de la Secretaría General, página 274).

Este criterio fue también prolijado por la sentencia de septiembre 21 de 1988 en la que fue ponente el Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Anota la Sala que en esta última oportunidad salvaron voto los Dres. CON-

SUELO SARRIA, CARLOS RAMIREZ, AMADO GUTIERREZ y EUCLIDES LONDOÑO.

Este recurso tiene características propias establecidas en los artículos 194 a 205 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no pudiendo fundamentarse en causal distinta de la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, ni formularse como un alegato de instancia.

El carácter directo de la violación es en consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca, para deducir si esta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a cuestiones de índole probatoria o a hechos debatidos en el proceso.

Estima la Sala que el acto sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, y el acto de cumplimiento que profiere la administración en desarrollo de aquel, no constituyen un acto complejo, por cuanto este último no perfecciona, ni le da validez al que expide el Ministerio Público, y no puede ser desconocido total o parcialmente, so pena de que el nominador, incurra en causal de mala conducta. Al respecto el parágrafo único del artículo 14 de la Ley 25 de 1974, preceptúa:

El Procurador General, los Procuradores, Delegados de que trata el artículo anterior y los Procuradores regionales podrán imponer o solicitar la imposición a empleados oficiales de las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) Amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida;
- b) Multa hasta por un sueldo mensual;
- c) Solicitud de suspensión hasta por treinta (30) días, y
- d) Solicitud de destitución.

Parágrafo. El nominador está en la *obligación de satisfacer*, dentro del término de diez (10) días, la solicitud de suspensión o de destitución, so pena de incurrir en causal de mala conducta y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer.

Sin embargo, aunque el acto expedido por la Procuraduría no constituye un acto complejo con el proferido por la administración, sí tiene una necesaria conexidad, como lo afirma el Tribunal, que incide necesariamente en el comportamiento del administrado, para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, quien generalmente sin poseer el conocimiento especializado del derecho administrativo, estima que la actuación culmina cuando el nominador profiere el acto de cumplimiento.

En estas condiciones, la Sala estima que debe reexaminarse el criterio esbozado en providencia de mayo 10 de 1991, expediente 3477, según el cual, la caducidad se empezaría a computar, a partir de la notificación que el Ministerio Público realizará de la resolución de imposición de la sanción.

Por consiguiente, para el solo efecto de la caducidad, y con el fin de facilitar a los administrados el control de los actos de la administración que consideren que los afectan, la Sala contará el perentorio término a que se refiere el artículo 136 del decreto ley 01 de 1984, norma aplicable al sub-lite, desde la notificación del acto de ejecución mediante el cual la administración efectivamente aplica la sanción pedida por el Ministerio Público.

En estas condiciones, el cargo que el actor hace a la sentencia, de violar el artículo 136 del C.C.A., está llamado a prosperar, pues en efecto, según las voces del citado artículo, la acción de restablecimiento del derecho, en este caso, caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la notificación del acto de ejecución, que en esta oportunidad corresponde al día 1o. de septiembre de 1986, fecha de expedición de la Resolución del I.S.C., y como la demanda fue presentada el día 13 de enero de 1987, aún no se había producido el fenómeno de la caducidad de la acción.

Por lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, anulará la sentencia recurrida, y en sede de instancia, procederá a examinar las súplicas de la demanda, de acuerdo a los hechos probados que obran en el proceso, en la siguiente forma:

1) La Procuraduría sancionó al actor, con base en los siguientes cargos:

a) Percibir tres asignaciones del tesoro público, contrariando los artículos 64 de la C.N. (1886), 1o. literal b) del D. 1713 de 1960 y 32 del D. 1042 de 1978.

b) Transgredir el artículo 21 literal a) del D. 1651 de 1977, en cuanto prohíbe desempeñar otro cargo diferente al de Médico de la Seguridad Social, y cuya jornada diaria, exceda de ocho horas, salvo la actividad docente, y,

c) Cruce de horarios por laborar simultáneamente en el I.S.S. Hospital Departamental y la Universidad de Nariño.

2) Tanto la Constitución Nacional de 1886 (art. 64), como la de 1991 (art. 128), prohíben la percepción de más de una asignación del tesoro público, salvo que la ley lo permita. Por lo tanto, deberá examinarse, cuáles disposiciones de las invocadas por el actor, le permiten percibir tres sueldos por desempeñar tres empleos públicos.

Invoca el actor, el artículo 21 del Decreto Ley 1651 de 1977, cuyo texto es el siguiente:

SECCION SEGUNDA

Artículo 21.— De los Requisitos Adicionales para Ejercer Cargos Asistenciales. Además del lleno de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, quienes vayan a ejercer un cargo asistencial deberán reunir los siguientes:

a) No desempeñar otro cargo remunerado por el Tesoro y cuya jornada diaria, sumada a la del que se aspira a ejercer, exceda de ocho horas, salvo la actividad docente.

b) No tener la calidad de interno o residente en hospitales.

c) No haber hecho incurrir en responsabilidad civil o administrativa a la entidad de derecho público a la cual se hayan prestado servicios.

d) No haber sido sancionado penalmente con la suspensión en el ejercicio de la profesión.

No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo requieran, en ciudades o poblaciones donde no existan el número suficiente de profesionales médicos o paramédicos, o nó hubiere disponibilidad suficiente de equipo, podrá prescindirse de la exigencia del requisito establecido en el ordinal a) del presente artículo.

Las personas que al ingresar al servicio estuvieren desempeñando otro cargo público, deberán surtir un trámite de comprobación de jornadas y horarios con arreglo a la reglamentación que expida el Gobierno. Igual trámite cumplirán quienes estuvieren vinculados al Instituto y fueren llamados a desempeñar otro cargo público.

3) Como el actor plantea que esta norma no le es aplicable, por cuanto fue expedida cuando ya existía su relación laboral con el I.S.S., desde el 10 de julio de 1975, habrá que decir que las leyes que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, aunque no tienen carácter retroactivo, sí tienen efecto general inmediato, y quienes antes no se encontraban en el nuevo impedimento, deben adoptar los mecanismos necesarios para ajustarse al nuevo régimen, sin que sea posible alegar en su favor la existencia de una relación laboral, por tratarse de disposiciones que tienen un interés general dentro de la comunidad. No es la sociedad la que debe aceptar el impedimento, sino la persona individualmente considerada la que debe adaptarse al nuevo régimen.

Al respecto dice textualmente el inciso primero del artículo 18 de la Ley 153 de 1887:

Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.

4) Por consiguiente, el actor cuando entró a regir el Decreto Ley 1651 de 1977, estaba obligado a darle estricto cumplimiento, de una parte, y de otra, porque, las personas que venían vinculadas al I.S.S. y tomaron el carácter de funcionarios de la Seguridad Social, como el actor, debieron tomar posesión del nuevo cargo dentro de la nueva planta de personal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del citado Decreto, cuyo texto expresa:

Las personas que al entrar en vigencia el presente Decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, serán nombrados en los empleos de la planta de personal que adoptará el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos.

Se exceptúan las personas que de acuerdo con el presente estatuto tuvieren la calidad de trabajadores oficiales.

5) Por lo tanto, como queda visto la vinculación del actor con el I.S.S., anterior a la expedición del decreto 1651 de 1977, no era excusa para que no adecuara su conducta a la prohibición que señala el artículo 21, conforme al cual no podía desempeñar otro cargo remunerado por el Tesoro, como sería el desempeño de los empleos de tiempo parcial en la Universidad de Nariño y Hospital Departamental, cuyas jornadas suman más de 8 horas diarias.

6) Tampoco el actor se encuentra dentro de la excepción de la jornada, por desempeñar una labor en el área docente, conforme al artículo antes transcrito, porque las tres vinculaciones laborales con las tres entidades públicas, no tenían tal carácter, según las certificaciones que a continuación se transcriben:

a) Vinculación con el Hospital Departamental de Nariño:

El suscrito Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Hospital Departamental, Unidad Regional Central No. 1

HACE CONSTAR:

Que el doctor JORGE RECALDE MORAN, se encuentra vinculado en el Centro de Salud Calvario, Unidad Regional Central No. 1 (que funciona en el antiguo Hospital Civil) como *Médico General*, nombrado según la Resolución No. 491 de julio 3 de 1984, a partir del 1o. de julio de 1984, con cuatro horas de labor, de lunes a viernes en el horario de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y en la actualidad devenga una asignación mensual de \$38.410.00.

SECCION SEGUNDA

Se expide la presente constancia a petición del interesado a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

b) Vinculación con el I.S.S.

El Suscrito Jefe Div. Serv. de Salud I.S.S. Nariño,

HACE CONSTAR:

Que el Doctor JORGE RECALDE MORAN médico de consulta externa I.S.S. Nariño, hasta el momento de su retiro, tuvo un horario de consulta de *8 a.m. a 12 m.*

En constancia firmo,

c) Vinculación con la Universidad de Nariño

El Suscrito Jefe de Bienestar Universitario de la Universidad de Nariño.

HACE CONSTAR:

Que el doctor JORGE RECALDE MORAN, atendió al personal universitario desde julio a diciembre en 1984 de *6 a 7 p.m.*, en su consultorio particular y *una hora más* de Coordinación en horas no fijadas.

La presente constancia se firma a los diecinueve (19) días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

7) Como el actor plantea que no se aplicó integralmente el artículo 21 del Decreto 1651, en virtud de que cuando las necesidades del servicio lo requieran, en ciudades donde no exista el número de profesionales médicos, podrá prescindirse de la prohibición que se viene comentando, debe advertirse que era a él a quien le correspondía probar que se encontraba en esa situación, no bastando para ello, alegar esta situación exceptiva, sino demostrarla.

8) Manifiesta el actor que lo percibido por el ISS no proviene del tesoro público por cuanto más de un 90% de los ingresos de dicha entidad, son aportes de los patronos y trabajadores, personas todas de derecho privado.

Al respecto, se estima necesario expresar, que conforme lo preceptúa el artículo 10. de la Ley 78 de 1931, por tesoro público se entiende como "el dinero que, a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales".

Como el Instituto de los Seguros Sociales, de conformidad con el art. 47 del Decreto Ley 1650 de 1977, es un establecimiento público del orden

nacional, y por lo tanto una oficina pública nacional, los ingresos a este organismo, aún originalmente sean particulares, una vez ingresen a él, toman el carácter de tesoro público.

9) De la lectura de lo antes expuesto, y del examen de los tres certificados, puede concluirse que el actor, transgredió el artículo 21 del Decreto 1651 de 1977, pues desempeñó más de dos cargos públicos, excedió la jornada laboral diaria en más de ocho horas, sin que hubiera demostrado encontrarse dentro de las excepciones que dicho artículo trae por razón del ejercicio de la docencia, ya que el servicio laboral en la Universidad de Nariño, no fue de carácter docente, y ello aun, sin contabilizar la hora de coordinación a que con dicha entidad pública se comprometió.

Aunque el cruce de horarios, en un sentido estricto no se produjo, la Sala observa, la irregularidad en el comportamiento del actor, al comprometerse a trabajar de lunes a viernes, entre las 2 y las 6 de la tarde para el Hospital Departamental, y entre las 6 y las siete de la noche, en su consultorio particular, pues alguna distancia tendría que existir locativamente entre estos dos sitios de trabajo, lo cual no le permitiría prestar correctamente sus servicios.

Sin embargo, como no existió propiamente un cruce de horarios, la Sala así habrá de aclararlo, aunque esta afirmación en nada puede incidir en la sanción impuesta al actor, la cual estima fue correctamente aplicada.

No prospera el cargo por este aspecto.

10) Plantea el actor que su conducta laboral, la ajustó a las excepciones consagradas en los literales a) y b) del artículo 1o. del D.L. 1713 de 1960. Veamos estos preceptos:

Nadie podrá recibir más de una asignación, que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.

b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos:

.....

11) No puede admitirse, como lo plantea el actor, que sea viable percibir la asignación de la Universidad de Nariño, conjuntamente con las restan-

tes asignaciones de las otras entidades públicas, porque el literal a) claramente prescribe que es compatible lo percibido en establecimiento docente, cuando se trate del ejercicio de la docencia en ellos, y como ha quedado demostrado, el actor no prestó sus servicios a ninguna de estas entidades en su carácter de docente, sino como el resultado de una gestión administrativa, en el área de la Consultoría médica, a pacientes que provenían de la Universidad de Nariffo, luego mal puede aceptarse que el actor, se encontrara amparado dentro de las excepciones previstas en el literal a) del citado artículo primero.

12) Tampoco puede predicarse como lo afirma el actor, que su vinculación laboral con las tres entidades públicas, se encontrara dentro de la excepción prevista en el ordinal b) del artículo 1o. del Decreto 1713 de 1960, púes dicho precepto permite una vinculación laboral, pero únicamente hasta por dos cargos públicos, y siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos, lo cual no podía ocurrir si al vencimiento de una jornada de las seis de la tarde, era el punto de iniciación de la otra, en sitios totalmente diferentes, pues no queda demostrado que su consultorio particular estuviera ubicado en la edificación del Hospital Departamental.

También el actor, frente a esta disposición, no solo excedió la jornada máxima de 8 horas, sino que se comprometió a laborar en horas que no le permitían el ejercicio regular de las funciones de estos cargos. Por estos aspectos no están llamados a prosperar, los cargos que hace el actor al acto acusado.

13) Como el actor estima que el Director del I.S.S., ha debido abstenerse de aplicar la sanción, por ser inconstitucional, ha de decirse que desde el punto de vista formal, el Director del Instituto no podía oponerse a la orden impartida por el Ministerio Público.

No está llamado a prosperar este cargo.

14) Ataca el demandante el acto de la Procuraduría, porque dice que este omitió señalar la carencia de sus antecedentes disciplinarios, las atenuantes y eximentes de la falta, y respecto de esta última se omitió, además, expresar las razones jurídicas de ella, ya que sólo se afirmó que se constituía "gravedad" (sic), expidiéndose así el acto en forma irregular.

Al respecto, debe expresarse que la dosimetría disciplinaria en nuestro derecho administrativo laboral, no exige que la máxima sanción disciplinaria, se imponga solamente cuando el autor de la falta sea reincidente, pues lo que debe tener en cuenta el fallador en este caso, es que la falta sea grave, para que una vez así valorada, se imponga la destitución. Tampoco esta sanción debe imponerse como resultado de una sucesión de sanciones menores previas, porque la ley así no lo ha dispuesto, y porque iría contra el curso nor-

mal de la valoración de la conducta, que ante una primera falta, pero eminentemente grave, se tuviera que aplicar una sanción leve, por carecer el actor de antecedentes disciplinarios.

Como la naturaleza de la falta es grave, y los hechos por sí solos explican la medida, no puede pretenderse que el acto haya sido expedido en forma irregular, menos cuando en el proceso no se halló ni se comprobó que la conducta del actor estuviera asistida de causales atenuantes de ella.

Tampoco está llamado a prosperar el cargo, por estos motivos.

15) La inhabilidad, como sanción accesoria, a la de destitución, y no habiéndola impuesto el Ministerio Público, le correspondía fijarla al Director del Instituto de los S.S., en cumplimiento del artículo 86 del Decreto 1651 de 1977.

En mérito de lo anteriormente 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, y en desacuerdo con el concepto fiscal.

FALLA:

Primero.— ANULASE la sentencia de agosto 26 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño y mediante la cual se declaró fundada la excepción de caducidad de la acción de la pretensión, instaurada por el doctor JORGE RECALDE MORAN.

Segundo.— Deniésgase las súplicas de la demanda, mediante las cuales se solicita la nulidad de las Resoluciones 4703 y 5626 de 1986, proferidas por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales y 27 y 365 de 1986, proferidas por la Procuraduría General de la Nación, mediante las cuales se destituyó y dió cumplimiento a esta sanción, e inhabilitó al doctor JORGE RECALDE MORAN, médico general del ISS, para el desempeño de cargos públicos por el término de un año.

Tercero.— En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/REAJUSTE PENSIONAL/ULTIMO AÑO DE SERVICIOS

Conforme al ordenamiento jurídico, a todos los servidores oficiales que hayan cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios, debe reconocérceles una pensión de jubilación equivalente al 75 de lo devengado en el último año de sujeción laboral y si a los pensionados en general, conforme a lo previsto en el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 y a los docentes pensionados, en particular, según voces del artículo 3o. del Decreto 309 de 1958, que se reenganchen en el servicio y en la docencia oficiales, luego de tres años de servicios respectivamente, se les conoce el derecho al reajuste de su pensión de jubilación, no existe razón valdadera para que, en forma inequitativa, se les niegue a los docentes que se retiren del servicio después de haber laborado ininterrumpidamente en la docencia oficial, el derecho que la ley les otorga de recibir una pensión de jubilación equivalente al 75 de lo devengado en el último año de servicios.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4749. Apelación Sentencia. Actor: Abraham González Zea.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por Abraham González Zea, con

SECCION SEGUNDA

el fin de obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 02217 y 3142 de 1983 de la Caja Nacional de Previsión Social, mediante las cuales se negó "la revisión de la jubilación solicitada en razón de haber servido, después de jubilado en el ramo docente oficial, varios años más de servicios" y tras efectuar una reliquidación de dicha pensión, se dispuso efectuar "una compensación o reintegro de varias sumas de dinero, a cargo del jubilado" (folio 8 vuelto).

Al sustentar sus pretensiones el actor adujo varios hechos, que se sintetizan así:

— El Ministerio de Educación Nacional, por medio de la resolución No. 1817 de 1966, en atención a los servicios prestados como docente en el ramo oficial, reconoció al actor pensión de jubilación, prestación cuyo reconocimiento asumió la Caja Nacional de Previsión Social, a partir de la expedición del decreto 081 de 1976.

— El accionante continuó prestando sus servicios a la enseñanza oficial, devengando, por ende, pensión y sueldo hasta cuando se produjo su retiro definitivo, luego de lo cual solicitó a CAJANAL que le reliquidara su pensión conforme a lo previsto en el artículo 4o. de la ley 171 de 1961, acompañando la documentación pertinente, lo que fue denegado mediante las resoluciones acusadas, en las cuales, además, la administración, de oficio, revisó los reajustes de esa prestación efectuados desde 1971 a 1982, afirmando que en el lapso comprendido entre 1971 y 1977, se le cubrieron sumas superiores a las debidas, pues tales reajustes se hicieron en forma incorrecta.

En la sentencia impugnada el Tribunal despachó adversamente al demandante la petición de nulidad de las resoluciones mencionadas, en la medida en que mediante ellas se denegó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación que devenga, toda vez que en criterio del a-quo, dicho reajuste sólo procede en aplicación de lo dispuesto en el decreto 309 de 1958, conforme al cual los servidores del ramo docente pensionados con arreglo a las leyes, que hayan vuelto o vuelvan al servicio de la educación tienen derecho al reajuste de la pensión por una sola vez, después de cuatro años de servicios ininterrumpidos y el señor González Zea, según consta en autos, no demostró su retiro temporal y su posterior enganche a la docencia oficial, ni el retiro definitivo de la misma, pues lo que aparece acreditado es "que nunca estuvo desvinculado del servicio, en forma tal, que le permitiera volver o regresar para reunir los años de servicio de que habla la norma". (folio 192).

De otra parte, el fallador de primera instancia dispuso la nulidad parcial de las resoluciones 2217 y 3142 de 1983, en cuanto por ellas se ordenó deducir del monto total de las mesadas a pagar al actor, los mayores valores que se le habían cancelado entre el 1o. de abril de 1971 y el 30 de diciembre de 1977, respecto de lo cual expresó "lo que hizo la CAJA NACIONAL DE PREVISION fue aplicar la revocatoria directa de actos subjetivos o particula-

res sin el consentimiento expreso y escrito del beneficiario, procedimiento que transgrede lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, vigente para la época en que fueron producidas las resoluciones por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. Procede la devolución por este concepto". (Folio 194).

Y prosigue:

"Hoy con la vigencia del Decreto 01 de 1984, es más clara aún la situación porque además de las exigencias para la procedencia de la revocatoria directa, contempladas en el artículo 73; preceptúa el inciso 3o. del artículo 136 íbidem que: 'Cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas, la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fé'". (folios 194-195).

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra esta sentencia, solicitando su revocatoria y el despacho favorable de la pretensión de reajuste de la pensión, para lo cual argumentó que el a-quo se limitó a interpretar literalmente el artículo 4o. de la ley 171 de 1961, abasteniéndose de "sistematizar tal norma con otras disposiciones y con las doctrinas de la jurisprudencia" (folio 201) y omitiendo considerar lo relativo a la aplicabilidad del artículo 3o. del decreto 309 de 1958.

Expresa el censor que el texto del artículo citado de la ley 171, no basta por sí sólo para agotar su análisis interpretativo y "Ello es así, porque profesores y maestros por disposición de las leyes e interpretación de la jurisprudencia, disfrutaban de la garantía especial de que pueden disfrutar de sueldo y jubilación, en uno de los casos de excepción de la correspondiente norma constitucional". Y, consiguientemente, "no tendría objeto exigir al jubilado la prueba de su retiro para el reajuste de la Ley 171, por la misma razón por la cual tampoco lo tendría el exigir el retiro para ser jubilado. Este paralelismo resulta de lógica elemental. Se trataría, por tanto, de una excepción a la norma de la Ley 171, excepción nacida de otras leyes, cuya aplicación, en la forma dicha, era y es procedente dentro del procedimiento de la interpretación sistemática". (folio 202).

No obstante, señala que a través de la copia de la resolución que dispuso su retiro allegada al proceso, se demostró su desvinculación del servicio docente.

Finalmente, asevera que si la ley 171 de 1961 no gobernaba el caso debatido, el Tribunal debió aplicar el artículo 3o. del decreto 309 de 1958 que no exige el retiro del beneficiario, pues no servía de excusa la falta de la prueba sobre su desvinculación, toda vez que por ley, existía la compatibilidad para los maestros de percibir simultáneamente pensión y sueldo.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo, por encontrar acertados los planteamientos del a-quo, opina que el fallo debe confirmarse. (folio 207).

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Respecto a la anulación de los actos administrativos en cuanto dispusieron la deducción de lo que a juicio de la Caja había pagado en exceso, la Sala habrá de confirmar lo dispuesto por el a-quo, por encontrarlo ajustado a derecho; no sin antes advertir, que la competencia de la corporación respecto a la sentencia de primera instancia, es plena, por cuanto de una parte dicha providencia impone una obligación pecuniaria a una entidad de derecho público, y de la otra, ha sido apelada por el actor.

Como se dijo, CAJANAL se abstuvo de disponer el reajuste solicitado por el señor González Zea, porque consideró que éllo solo es viable cuando se presentan las condiciones previstas en el artículo 3o. del decreto 309 de 1958, conforme al cual únicamente los docentes pensionados que se reincorporen al servicio de la educación, tienen derecho al reajuste de su pensión, después de cuatro años de servicios ininterrumpidos y el peticionario no demostró que se hubiera retirado y vuelto a vincular a la docencia pública, pues lo que acreditan las pruebas allegadas al proceso, es que laboró con algunas interrupciones desde el 12 de enero de 1953 hasta el 21 de enero de 1981, como profesor en el Instituto Nocturno de Bachillerato y en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia.

En casos similares al aquí debatido, luego de precisar que el artículo 3o. del decreto 309 de 1958, (que contiene una reglamentación especial para el magisterio, respecto de que los docentes pensionados que se reintegren al servicio de la educación tienen derecho a que se les reajuste la pensión después de laborar ininterrumpidamente durante cuatro años), no alude a quienes hayan continuado sin cesación alguna sus tareas docentes y a la vez perciban la pensión de jubilación, la Sala ha sostenido que no existiendo un precepto legal que gobierne la situación sui generis de estos docentes en lo que atañe al reajuste de la pensión cuando se produzca su retiro del servicio, debe admitirse la procedencia de la reliquidación o reajuste de esa prestación, con base en los haberes percibidos en el año inmediatamente anterior a la desvinculación del servicio del docente.

Lo anterior, en razón de que si conforme al ordenamiento jurídico, a todos los servicios oficiales que hayan cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios, debe reconocérseles una pensión de jubilación equivalente al 75% de lo devengado en el último año de sujeción laboral y si a los pensionados en general, conforme a lo previsto en el artículo 4o. de la ley

171 de 1961 y a los docentes pensionados, en particular, según voces del artículo 3o. del decreto 309 de 1958, que se reenganchen en el servicio y en la docencia oficiales, luego de tres y cuatro años de servicios respectivamente, se les concede el derecho al reajuste de su pensión de jubilación, no existe razón valedera para que, en forma inequitativa, se les niegue a los docentes que se retiren del servicio después de haber laborado ininterrumpidamente en la docencia oficial, el derecho que la ley les otorga de recibir una pensión de jubilación equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios.

Así se expresó la Corporación en sentencia de 13 de octubre de 1989, expediente No. 3994, actor Manuel Hernando Navarrete González, Consejero Ponente doctor Alvaro Lecompte Luna, sobre este particular:

“Entonces, si bien es verdad que no hay precepto alguno que se dirija a la situación especialísima de los maestros oficiales que, una vez reconocida y liquidada la pensión jubilatoria, han seguido al servicio de la enseñanza pública, devengando coetáneamente las mesadas de pensión y los sueldos y primas del caso, que su pensión les sea reliquidada y reajustada teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el *último año* inmediatamente precedente al retiro definitivo. Porque si a los pensionados que retornan al servicio se les reliquida o reajusta la prestación, también es lógico —y de elemental justicia— que se dé el mismo tratamiento a quienes, por disposición de la ley, pueden continuar en el empleo pese a que ya se les reconoció y se les esté pagando la pensión jubilatoria”. (folios 6 - 7).

De acuerdo con lo expuesto, procede la revocación de la sentencia apelada, en cuanto por ella se negó el reajuste de la pensión de jubilación del accionante teniendo en cuenta el monto de lo que devengó en el último año en que prestó sus servicios a la Universidad de Antioquia.

Sobre el particular la Sala advierte, que el valor de la pensión una vez reliquidada, subsumirá la reconocida mediante la Resolución 1817 de 1966 proferida por el Ministerio de Educación Nacional.

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

FALLA:

1. Revócase el ordinal 3o. de la sentencia de dieciocho (18) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone:

SECCION SEGUNDA

Ordénase a la Caja Nacional de Previsión Social efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Abraham González Zea, a partir del 21 de enero de 1981, fecha de su desvinculación definitiva del servicio público, con base en los haberes percibidos en el último año de servicios a la Universidad de Antioquia y el pago de la diferencia que resulte a su favor.

2. Mantiénese en lo demás, la sentencia mencionada en el numeral anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 11 de marzo de 1992.

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE HECHO—Imprudencia

No existiendo una vinculación laboral legítima de la actora con la Nación Ministerio de Educación Nacional, en cualquier momento podía prescindirse de sus servicios, sin que se le vulnerara derecho alguno relacionado con su permanencia en la administración, por cuanto de una mera vinculación de hecho no puede derivarse prerrogativa alguna de estabilidad en el servicio que impida a la administración sanear una situación a todas luces irregular.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 4367. Resoluciones Ministeriales. Actor: Doris Ríos Millán.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 23 de enero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de nulidad de la Resolución No. 4252 de 12 de abril de 1978, del Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se nombró interinamente a la demandante en el cargo de Profesora de tiempo completo en el Instituto Nacional "Dorada" de la Dorada (Caldas) y del oficio No. 43689 de 30 de noviembre de 1984, por el cual se le comunicó que por ser su nombramiento en interinidad, no podía continuar laborando en el plantel mencionado.

El Tribunal del conocimiento luego de considerar que en el sub-lite no se configura la ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del oficio citado, despachó adversamente las súplicas del libelo demandatorio, por cuanto en su concepto la Resolución No. 4252 se ajusta a derecho, ya que el nombramiento en interinidad que se le hizo a la actora "no constituye omisión ilegal por no designarla en propiedad como se acusa en el petitum, ni de esa designación precaria dependía, se generaba, hacia el pretendido status de inamovilidad aspirado". (fls. 48 y 49). Además, para el a-quo el hecho de no indicarse en el acta de posesión de la señorita DORIS RÍOS MILLAN, la calidad de interinidad de su nombramiento, no varía las características de precariedad de éste.

Igualmente, al fundamentar la negativa de la nulidad del oficio 43689, el fallador aseveró que el vencimiento de la licencia conferida al educador, en cuyo reemplazo fue designada la accionante, no generaba para ella estabilidad relativa alguna y, por tanto, de su investidura precaria —en interinidad— no podía derivar derecho a su permanencia en el cargo; consiguientemente, lo dispuesto en el oficio impugnado no vulnera las normas del Decreto 2277 de 1979 que garantizan la estabilidad de los docentes en el servicio.

Adujo además, que la advertencia de que no podía continuar al servicio del Ministerio de Educación que se le hizo en dicho escrito, no significa imposición de la sanción de destitución y, por ello, no se quebrantaron las disposiciones del decreto citado relativas al derecho de permanencia de los educadores en el servicio, mientras no hayan sido excluidos del escalafón docente.

Asimismo, el Tribunal consideró que el caso sub-examine no se regulaba por el Decreto 1660 de 1978, ya que este estatuto se aplica solamente a los servidores de la Rama Jurisdiccional y que el decreto extraordinario 2277 de 1979, que se citó igualmente como quebrantado, fue expedido con posterioridad al nombramiento, y mal pudo haber sido desconocido por éste.

La Doctora Fiscal Quinta de la Corporación en la vista reglamentaria señala que debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, debe proferirse fallo inhibitorio en virtud de que la acción contra la Resolución No. 4252 de 12 de abril de 1978 está caducada y porque respecto del oficio No. 43689 de 30 de abril de 1984, no se demostró que se hubiera agotado la vía gubernativa, lo que, genera la ineptitud sustantiva de la demanda. (fls. 72 a 74).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Asiste la razón a la Colaboradora Fiscal en lo concerniente a la caducidad de la acción contra la Resolución No. 4252 de 1978, pues según la fecha

de posesión de la actora en el cargo para el cual fue designada mediante tal acto, es innegable que a más tardar el 8 de mayo de 1978 tuvo conocimiento tanto del nombramiento como de la naturaleza que éste tenía, y al contrario de lo aseverado por la actora, en el acta si se expresó que fue "nombrado en interinidad", según se lee a folio 2 del cuaderno principal.

En esas condiciones, resulta evidente que el 29 de marzo de 1985, día en que se presentó la demanda que dió origen al proceso (fl.12 vto.), el término legal para interponer la entonces denominada acción de restablecimiento del derecho, contra dicha resolución, se hallaba más que vencido.

No cabe pues, duda alguna, acerca de la caducidad de la acción y de la procedencia de declarar la inhibición para hacer pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de la Resolución 4252, previa revocación de la decisión del Tribunal que negó su nulidad.

Respecto al oficio No. 43689 de 30 de noviembre de 1984, la Sala anota que la decisión de la administración de declarar cesante la vinculación de la actora como docente del Instituto Nacional Dorada, de la Dorada (Caldas), no tiene el carácter de discrecional, equiparable a la declaratoria de in-subsistencia del nombramiento de un funcionario no inscrito en carrera, como se dice en el fallo apelado, pues fue la transitoriedad de la designación que se le hizo mediante la resolución 4252, la que condujo a su adopción. Por tanto, era susceptible de los recursos por la vía gubernativa. Sin embargo, el hecho de que no se hayan expresado en el escrito mediante el cual se le comunicó a la accionante tal determinación los recursos que contra ella cabían, la exoneraban del deber de interponerlos y, por ende, es dable admitir que tal omisión le permitió el camino para recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por tal razón, no procede un pronunciamiento inhibitorio sino una decisión de mérito sobre la legalidad del oficio en referencia.

Según se desprende de la comunicación cuya juridicidad se cuestiona en este proceso (fl. 8) la terminación de la actividad laboral por parte de la accionante obedeció al hecho de que su vinculación al Ministerio más allá del vencimiento de la licencia concedida al titular del empleo caracfa de soporte legal, porque la duración de su nombramiento en interinidad estaba condicionada a tal circunstancia, razón por la cual, la Resolución No. 4252 de 1978, respaldó su permanencia en el plantel hasta la fecha en que venció la aludida, licencia; mas no legitimó su continuidad con posterioridad al fenecimiento de tal situación administrativa.

En efecto, la citada resolución dispuso:

SECCION SEGUNDA

“ARTICULO UNICO.— Nómbrase interinamente a DORIS RIOS MILLAN, C. C. No. 24.709.800 de la Dorada, en el cargo de Profesora de tiempo completo, sin categoría en el Escalafón Docente, con asignación mensual de \$ 5.040,00 en el Instituto Nacional “Dorada” de la Dorada - Caldas.

A partir del 23 de febrero de 1978 y mientras dura la licencia ordinaria concedida al titular Alvaro Marín Grajales, según Resolución No. 586 del 3 de febrero de 1978”. (fl. 7).

No hay duda, que desde un comienzo se determinó la transitoriedad de su vinculación y que en consecuencia, al agotarse la licencia concedida al señor MARIN GRAJALES, finalizó la vinculación legal de la señorita RIOS MILLAN al Instituto mencionado, toda vez que los efectos de su nombramiento dependían de las características que las disposiciones legales le otorgaron a la respectiva designación. De modo, que si la actora siguió desempeñando las funciones de docente, lo hizo sin el amparo de un acto administrativo que la designara como tal, ya que no puede considerarse que los efectos de la Resolución No. 4252 de 1978, cuya vigencia se contraía al plazo señalado, se prolongaran indefinidamente en el tiempo.

En tales condiciones, esto es, no existiendo una vinculación laboral legítima de la actora con la Nación-Ministerio de Educación Nacional— en cualquier momento podía prescindirse de sus servicios, sin que se le vulnerara derecho alguno relacionado con su permanencia en la administración, por cuanto de una mera vinculación de hecho no puede derivarse prerrogativa alguna de estabilidad en el servicio que impida a la administración sanear una situación a todas luces irregular.

No está por demás anotar, aceptando en gracia de discusión que el decreto 2277 de 1979 rigiera la relación laboral sub-exámene, que precisamente el artículo 27 invocado por el actor como sustento de su demanda preceptúa que “gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente *sean designados* para un cargo docente *en propiedad* y tomen posesión del mismo” (Subraya fuera del texto); de donde a contrario sensu, debè necesariamente concluirse que la actora no gozaba de los derechos y garantías de la carrera, pues como se vió, no fué designada en propiedad.

Por tanto, no es dable admitir que la decisión acusada quebrante las disposiciones constitucionales y legales que se invocan como violadas en el libelo, y que por ello, deba declararse su nulidad. Por el contrario, la Sala estima que tal determinación se ajusta a derecho y consiguientemente, confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó la pretensión de la actora sobre este particular.

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

FALLA:

1o.) Revócase la sentencia del 23 de enero de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Caldas, en cuanto negó la nulidad de la Resolución No. 4252 de 1978 del Ministerio de Educación Nacional y, en su lugar, se declara que, por caducidad de la acción, no hay lugar a pronunciamiento de mérito en relación con la legalidad de dicha resolución.

2o.) Confírmase en lo demás el fallo apelado, recaído en el proceso promovido por DORIS RIOS MILLAN, contra la Nación—Ministerio de Educación Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Germán Escogar Ballestas, Conjuez; Luis Arturo Lizcano B., Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA FORZADA—Inexistencia/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO

La Corporación ha sostenido en otras oportunidades que tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción, que desempeñan empleos de alta dirección, representación y confianza, como el que ocupaba el demandante, la petición de renuncia por parte de la autoridad nominadora no es violatoria de la ley, pues dada la discrecionalidad para mantener en el cargo a estos servidores, la solicitud no tiene la intención de hacer esguince a la ley sino la de dar una oportunidad decorosa al funcionario para dejar en libertad a la autoridad de disponer de los altos cargos, cuando las conveniencias administrativas así lo exijan. Debe tenerse en cuenta que si el actor desempeñaba un cargo de alta jerarquía administrativa, contaba con suficiente criterio y plena libertad para adoptar una decisión de esta naturaleza, es decir, la de presentar su renuncia del empleo que ocupaba. No es lógico que quien desempeña un cargo de esta jerarquía, alegue luego presiones para retirarse del servicio por renuncia, pues se supone que su preparación intelectual y su recto criterio lo colocan en situación muy distinta a la de otra clase de servidores del Estado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D. C., marzo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1522 (Reconstrucción). Decreto del Gobierno.
Actor: Pedro Vicente Niño García.

Pedro Vicente Niño García, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", presentó demanda ante esta Corporación el 24 de mayo de 1963 solicitando la declaración de nulidad del decreto No. 113 de 19 de enero de 1983, expedido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Desarrollo Económico, mediante el cual se aceptó su renuncia del cargo de gerente de la Corporación Financiera Popular S. A.

Como restablecimiento del derecho la parte actora solicitó se ordene su reintegro al mencionado cargo, o a otro de igual o superior categoría, y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar declarándose la no solución de continuidad de sus servicios; asimismo, se le reconozca al demandante las sumas correspondientes al daño emergente y al lucro cesante, más el incremento del índice de precios al consumidor, conforme a lo que se demostrará en el curso del proceso.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición del acto acusado, los artículos 27 del decreto 2400 de 1968, 111 y 115 del decreto 1950 de 1973; 66 de la ley 167 de 1941 y 2, 16 y 17 de la Constitución Política.

Al exponer el concepto de la violación, el demandante señala que la renuncia presentada por él carece de absoluto valor, pues ella se hizo sin fecha determinada y en blanco, ya que dejaba en manos del nominador la suerte del empleado y, además fue forzada, si se tienen en cuenta los antecedentes que originaron dicha renuncia y las reiteradas peticiones del señor ministro de Desarrollo Económico formuladas al respecto al demandante; que con el acto administrativo impugnado se incurrió en desviación de poder, puesto que la renuncia no fue libre y espontánea y no estableció fecha a partir de la cual se haría ella efectiva; que se desconoció el deber de protección que en favor de los ciudadanos residentes en Colombia consagra el artículo 16 de la Carta y la protección al trabajo humano estatuida en el artículo 17 de la misma.

La reconstrucción del proceso fue solicitada por el demandante y decretada por auto de febrero 3 de 1988.

El Ministerio Público opinó que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, manifiesta lo siguiente:

"La evidencia procesal acredita que el cargo del cual fue desplazado el actor era de libre nombramiento y remoción, razón por la cual a la administración le bastaba ejercer la facultad discrecional para removerlo

SECCION SEGUNDA

ya que no estaba amparado por fuero alguno de relativa inamovilidad. Si se le solicitó la renuncia ello no obedeció al propósito de conspirar contra garantía constitucional o legal alguna de permanencia en el cargo, sino como gesto de cortesía que, en modo alguno, va contra el derecho o lesiona la dignidad personal del dimitente.

Por otro lado, no se demostró la existencia de elementos que viciaran el consentimiento del doctor Pedro Vicente Niño García al momento de presentar su renuncia.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto acusado, por lo que permanece incólume en su presunción de legalidad, dibiéndose, por lo tanto, denegar las súplicas impetradas en el libelo inicial". (folios 145 y 146).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte el planteamiento hecho por la Agencia del Ministerio Público en el concepto de fondo aludido, en cuanto a que el accionante no probó la ilegalidad del acto de aceptación de renuncia acusado.

El señor Niño García desempeñaba el cargo de Gerente de la Corporación Financiera Popular y era funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, según norma estatutaria que obra a folio 27 del expediente.

La Corporación ha sostenido en otras oportunidades que tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción, que desempeñan empleos de alta dirección, representación y confianza, como el que ocupaba el demandante, la petición de renuncia por parte de la autoridad nominadora no es violatoria de la ley, pues dada la discrecionalidad para mantener en el cargo a estos servidores, la solicitud no tiene la intención de hacer esguince a la ley sino la de dar una oportunidad decorosa al funcionario para dejar en libertad a la autoridad de disponer de los altos cargos, cuando las conveniencias administrativas así lo exijan.

De tal forma que, así estuviera en el caso sub-lite, acreditado que al actor le fue pedida por el Gobierno Nacional la renuncia del cargo que desempeñaba como Gerente de la Corporación Financiera Popular S. A., tal circunstancia no genera la nulidad del respectivo acto administrativo, por las razones anotadas, pues no se configura la desviación de poder, alegada por la parte demandante en el escrito demandatorio,

De otro lado, debe tenerse en cuenta que si el actor desempeñaba un cargo de alta jerarquía administrativa, contaba con suficiente criterio y plena libertad para adoptar una decisión de esta naturaleza, es decir, la de presentar su renuncia del empleo que ocupaba como gerente de la citada corporación financiera. No es lógico que quien desempeña un cargo de esta jerarquía, alegue luego presiones para retirarse del servicio por renuncia, pues se supone que su preparación intelectual y su recto criterio lo colocan en situación muy distinta a la de otra clase de servidores del Estado. Bien hubiera podido el actor abstenerse de presentar la renuncia, para que la administración adoptara la decisión administrativa que ella juzgara oportuna en su caso, así fuera de la de hacer uso de la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante.

De otra parte, quien cuestiona un acto administrativo se encuentra obligado a probar su ilegalidad; la existencia de un vicio debe ser probada a satisfacción por quien lo alega. Y en el caso sub-judice, como lo señala la agencia del Ministerio Público "no se demostró la existencia de elementos que viciarán el consentimiento del doctor Pedro Vicente Niño García al momento de presentar su renuncia". (folio 146). Lo alegado sobre el particular en el libelo carece de soporte probatorio en el proceso y constituye una simple afirmación de parte.

En escrito juramentado que obra a folios 136 y 137 del expediente, Margarita Durán Silva, quien según la parte actora solicitó la renuncia en representación del Ministro de Desarrollo, manifiesta que tal hecho no es cierto; como tampoco está probado en el proceso que la renuncia fue pedida al actor por el Gobierno Nacional en virtud de publicaciones efectuadas en el periódico "El Tiempo" por el sindicato de la referida corporación, en la forma en que lo expone la parte demandante.

Finalmente, en lo atinente a la fecha de la renuncia, aducida por la parte actora en el libelo, es claro para la Sala que al no precisarse fecha futura en el escrito que la contiene, la decisión de dimitir implica voluntad de retiro inmediato.

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:

Deniégnase las peticiones de la demanda presentada por Pedro Vicente Niño García.

COPIESE. NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE.

SECCION SEGUNDA

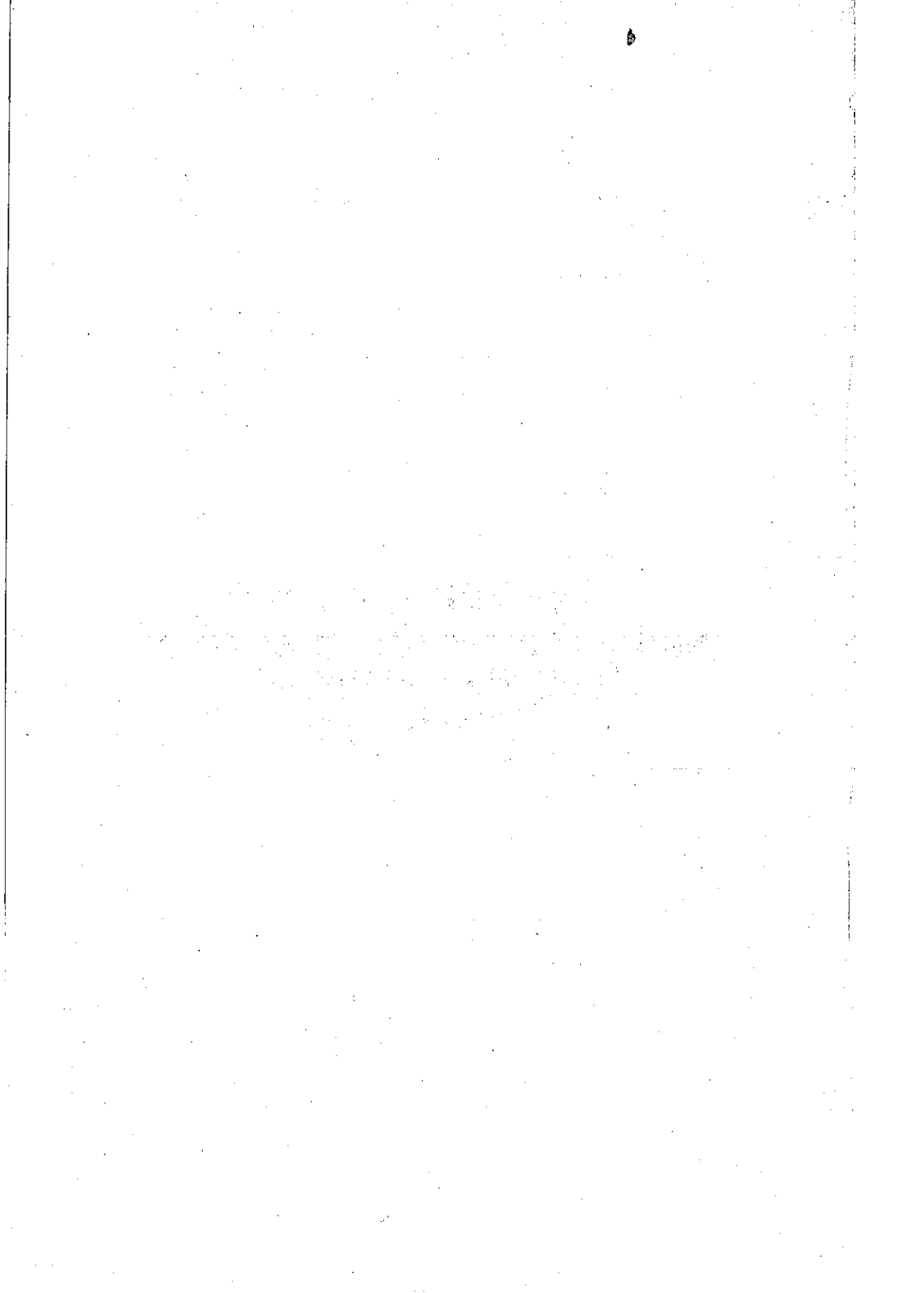
Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruíz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.

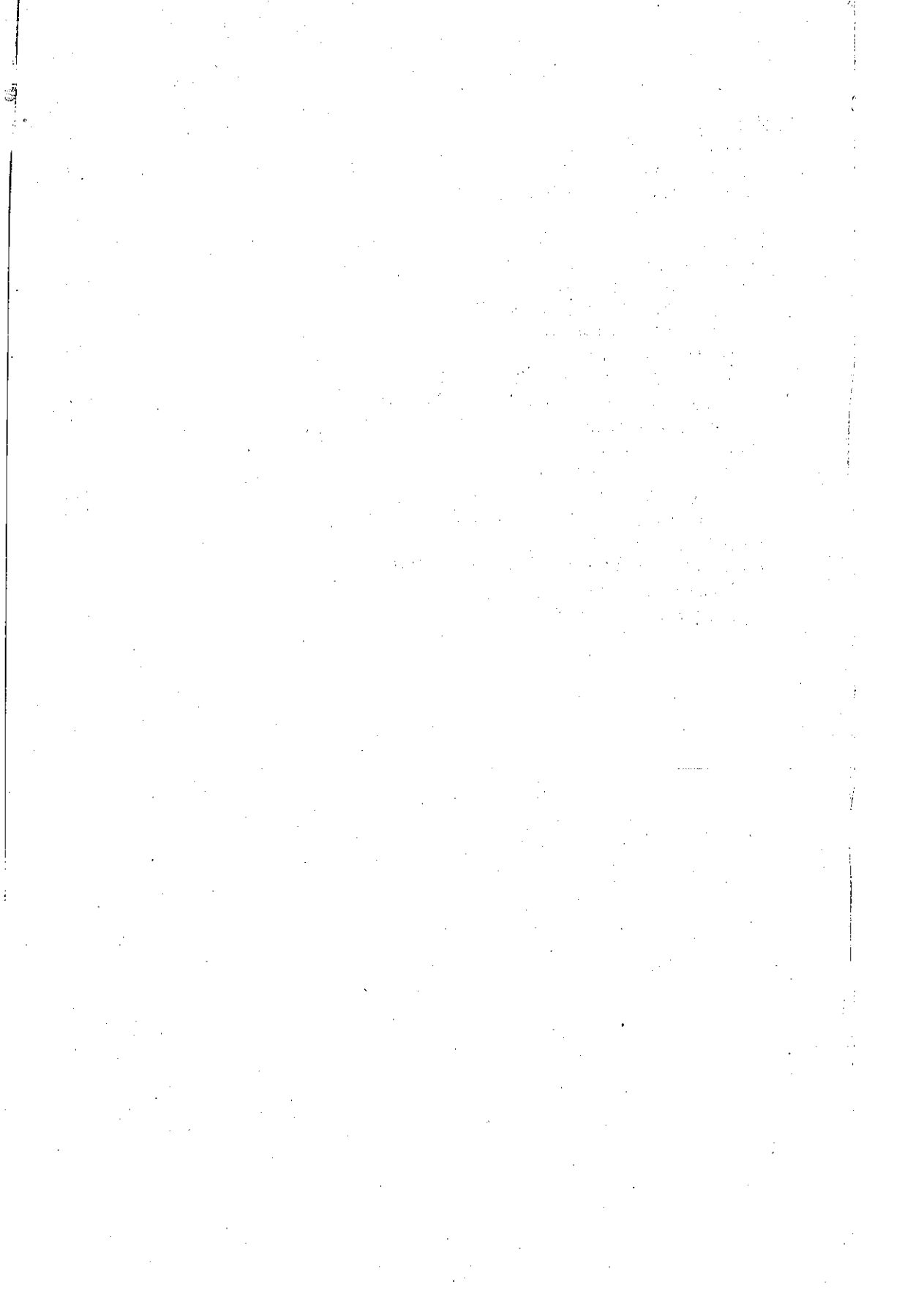
**CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992**



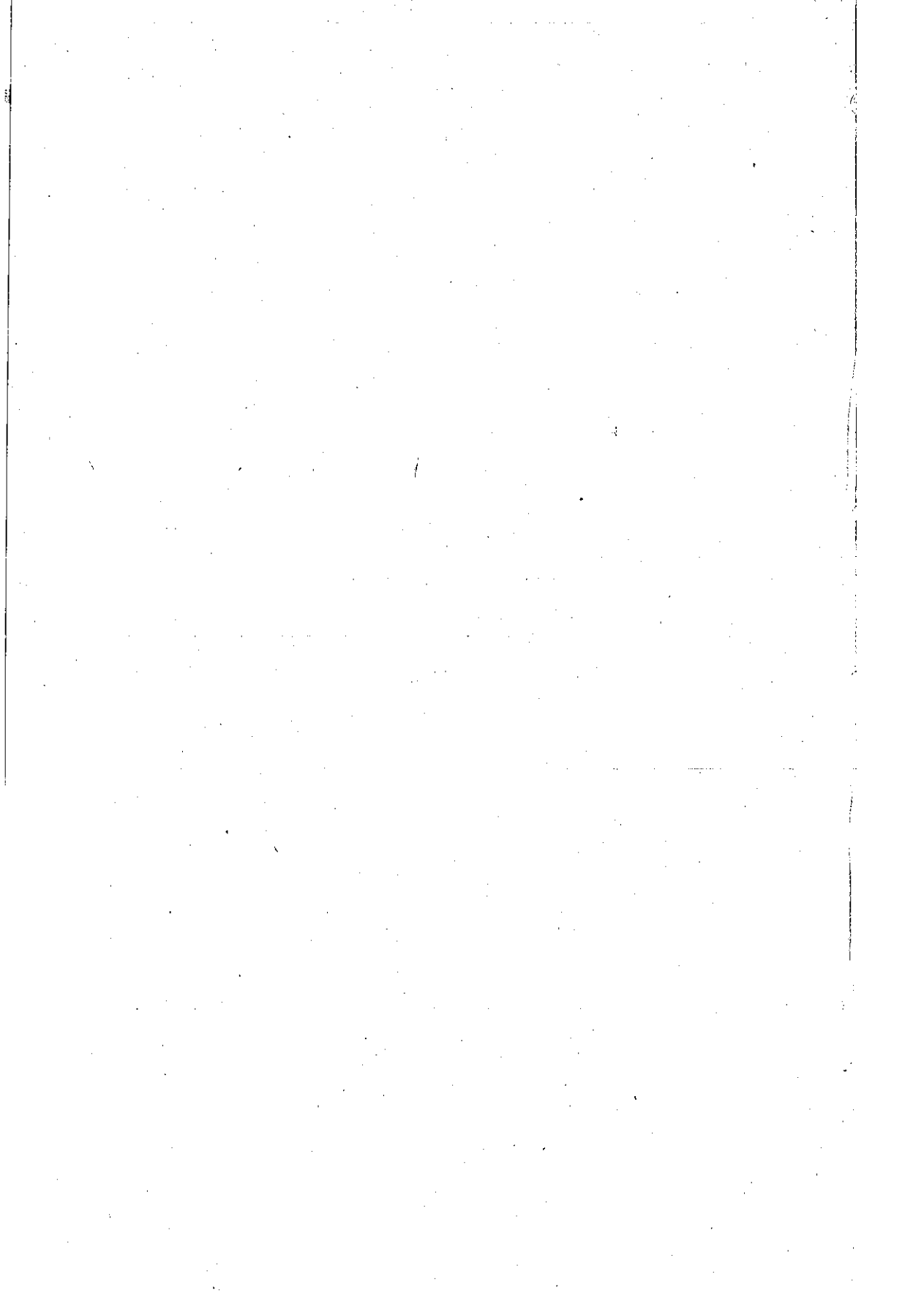
	Págs.
ABRAHAM GONZALEZ ZEA	811
ADAMOLI AMBROGIO Y OTROS	661
ALEJANDRO TORRES MANJARRES	764
ALFREDO ALFONSO NOGUERA S.	769
ANGEL SALOMON RIVEROS SAAVEDRA	692
ANTONIO LUIS YARZAGARAY S.	640
ANTONIO MARIA ALVAREZ RIAÑO	705
ARBEY MENDEZ PEREZ	758
ASC. NACIONAL DE EMPLEADOS B. REPUBLICA	564
ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES	246
BANCO COLPATRIA	679
CARLOS E. CAMPILLO P.	445
CARLOS GALINDO PINILLA	426
CARLOS LUIS DAVILA ROSAS	597
CARLOS MANUEL ANGARITA S.	389
CARMEN ALICIA MENDEZ DE SOLANO	583
CECILIA BERRIO DE VEGA	733
CESAR GUSTAVO TOBO UZCATEGUI	781
CESAR MOLINARES FUENTES	569
COLDEPORTES	545
CONSUELO MORALES MONTEJO	293
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	194, 208, 271, 275
CORPORACION COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "DAVIVIENDA"	355
DAVID AYALA MILLAN	172
DONATO SILVA GOMEZ	717
DORIS RIOS MILLAN	817
EDUARDO HERNANDEZ ALZATE	232
EDUARDO MARTINEZ ROMERO	161
ERNESTO DE LA ESPRIELLA B.	177
ERNESTO TORRES DIAZ	675
FABIO ROGELIO CARDENAS H.	580

FERNANDO MARIN VEGA	242
FLORA FRANCISCA AYALA MUÑOZ	440
GABRIEL MESA ZULETA	364
GERMAN EDUARDO GUTIERREZ H.	615
GLORIA HELENA ACOSTA DE G.	788
GUILLERMO GERMAN ESPINOSA H.	251
GUILLERMO GIRALDO MARIN	628
GUILLERMO GOMEZ ALBA	450
GUILLERMO GONZALEZ CHARRY	465
GUSTAVO CORRAL GRAJALES	523
HELDER CACERES JARAMILLO	646
HENRY ANTONIO ANAYA	31
HERMINDA LOPEZ PERALTA	604
HERNAN ANTONIO BARRERO BRAVO	149
HERNANDO GUTIERREZ CARDOZO	538
HORACIO MUÑOZ ECHEVERRY	670
HUGO POSADA GRANADOS	9
INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE -INTRA-	402
INVERSIONES SUASIA S.A. Y OTRO	394
JAIME GAVIRIA MEJIA	411
JAVIER HERNANDEZ BOTERO	655
JORGE LUIS TORRES CASTRO	157
JORGE RECALDE MORAN	798
JORGE WILLIAM SANCHEZ LATORRE	189-402
JOSE ANTONIO PERTUZ DE LA HOZ	739
JOSE ANTONIO SALAZAR RAMIREZ	283
JOSE DE LA ESPRIELLA OSSIO	749
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA	513
JOSE P. SUAREZ GARCIA	201
JOSE RAMIREZ GUTIERREZ	588
JUAN ALBERTO RODRIGUEZ F.	712
JUAN DE JESUS ALVAREZ ACERO	384
JUAN JACOBO CARVAJAL	622
JUAN M. ARBOLEDA P.	222
JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA	246
LEON KADOCH BENHUR	484
LEONOR LILIA FIERRO DE MORENO	497
LUIS ANTONIO ZORRO CAMARGO	528
LUIS CARLOS SACHICA APONTE	257
LUIS FELIPE ARANA MADRIÑAN	550
LUZ LEYLA YODA SAENZ	535
MARCO AURELIO SANDOVAL	266
MARIA F. LINARES VDA. DE DIAZ Y OTROS	574
MARIA INES NAVA Y OTRA	277
MERCEDES GARCIA DE GODOY	554
MUNICIPIO DE CHIRIGUANA	287

NELSON FRANCO	727
NELSON ROMERO PARADA	507
NICOLAS PADILLA PACHECO	515
OSCAR OTILIO PALACIOS VALENCIA	794
OSCAR PACHECO HERNANDEZ	754
PABLO J. CACERES CORRALES	201-304
PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES	183
PEDRO ELIAS SOLER GUTIERREZ	633
PEDRO JOSE NAVARRETE MORANTE	665
PEDRO VICENTE NIÑO GARCIA	822
ROBERTO MEDINA LOPEZ	222
RODRIGO HERNAN GALARZA	459
ROSENDA RAMIREZ VDA. DE LOZANO Y OTRA	611
SAUL GIRALDO GARCIA	340
SINTRAVIG - SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE VALORES	538
SOCIEDAD AKTIEBOLAGET VOLVO	318
SOCIEDAD GLORIA DE VERNAZA Y C.	262
TERESA DE JESUS WALTEROS O.	29
UNIVERSIDAD ESCUELA DE ADMON. Y FINANZAS Y TECNOLOGIA "FAFIT"	686
WALTER MEJIA RESTREPO Y OTROS	343



**CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992**



SALA PLENA

A

ACCION DE CUMPLIMIENTO: 31

ACTO ADMINISTRATIVO– Impugnación (Salvamento de Voto): 16

ACTO ADMINISTRATIVO– Firmeza (Salvamento de Voto): 16

C

CADUCIDAD (Salvamento de Voto): 16, 21

CADUCIDAD– Cómputo: 9

CADUCIDAD– Cómputo (Salvamento de Voto): 21

COMISION– Retardo: 26

COMISIONADO (Salvamento de Voto): 29

COMISIONADO– Devolución: 26

COMPETENCIA: 26, 31

J

JURISPRUDENCIA– Cambio (Salvamento de Voto): 19

JURISPRUDENCIA– Efectos (Salvamento de Voto): 21

JURISPRUDENCIA– Vigencia (Salvamento de Voto): 24

M

MULTA: 26

N

NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo Legal: 31

R

RECURSO DE REPOSICION (Salvamento de Voto): 16, 21
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA— Técnica: 9
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA— Técnica
(Salvamento de Voto): 19, 21, 24

S

SANCION— Improcedencia (Salvamento de Voto): 29
SANCION— Inaplicabilidad: 26

SALA DE CONSULTA

A

ACTO ADMINISTRATIVO: 47, 132
ACTO GENERAL: 72
ADICION PRESUPUESTAL (Salvamento de Voto): 121
AUXILIOS— Improcedencia: 37

B

BASE GRAVABLE: 113
BIEN DE USO PUBLICO— Restitución: 132
BONIFICACION: 113

C

CALZADO Y VESTIDO DE LABOR— Improcedencia: 72
CARRERA ADMINISTRATIVA— Requisitos: 43
CARRERA ADMINISTRATIVA— Inscripción: 43
CAUCION: 76
CESIONARIOS: 51
COLDEPORTES (Salvamento de Voto): 61
COMPETENCIA: 47, 55, 61, 117

CONCILIACION– Imprudencia: 137
CONGRESISTA– Inhabilidades: 39
CONSEJO DE ESTADO: 117
CONSEJO DE ESTADO– Facultades (Salvamento de Voto): 121
CONTRATO DE AYUDA ECONOMICA: 37
CONTRATO DE MUTUO: 84
CONTROL DE TUTELA: 51
CONTROL JURISDICCIONAL: 132
CONTROVERSAS CONTRACTUALES: 137
CORPORACION NACIONAL DE TURISMO– Naturaleza Jurídica: 88

D

DELEGACION DE FUNCIONES: 79
EDU: 51

E

EMPLEADO OFICIAL: 39, 72
EMPLEADOS DEL CONGRESO– Estabilidad: 127
EMPLEADO PUBLICO– Régimen Prestacional: 47
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO: 88
EMPRESA MARITIMA: 113
ENTIDAD PUBLICA: 76
ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO: 37
ESTATUTO ORGANICO DEL PRESUPUESTO (Salvamento de Voto): 121
ESTATUTOS– Reforma: 51
EXENCION TRIBUTARIA– Imprudencia: 113
EXTINCION DE LA OBLIGACION: 84

F

FONDO NACIONAL DEL AHORRO: 84
FUNCION SOCIAL– Facultades: 79

I

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO– Procedencia: 88

IMPUESTO SOBRE LA RENTA: 113
IMPUESTO SOBRE RIFAS: 66
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS— Destinación: 108
IMPUESTO A JUEGOS PERMITIDOS: 66
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS— Participación: 108
INGRESO A LA CARRERA: 43
INSTALACIONES DEPORTIVAS— Construcción: 55

L

LOTERIA— Gravamen: 99

M

MUNICIPIO— Creación: 103

N

NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo Legal: 141
NULIDAD DEL CONTRATO (Salvamento de Voto): 61

P

PAGO: 66
PARTICIPACION EN POLITICA: 141
PENSION DE JUBILACION— Compatibilidad: 94
PERSONAL DOCENTE: 94
PODER DE POLICIA: 132
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA— Facultades: 79
PRIMA DE SERVICIOS— Liquidación: 47
PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 47

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION: 76
RECURSOS— Destinación (Salvamento de Voto): 61
RENDA DE TRABAJO: 113
RESPONSABILIDAD POR RIESGO: 84
RETIRO VOLUNTARIO: 113

REVISION DE CONTRATOS: 37
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 72
RIFAS ESPECIALES: 66

S

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL: 117
SEGURO DE VIDA: 84
SEGURO DE INCAPACIDAD: 84
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION SUPERIOR: 79
SERVIDOR PUBLICO: 141
SOCIO: 51
SORTEO EXTRAORDINARIO– Gravamen: 99
SUJETO PASIVO: 66

T

TRANSITO DE LEGISLACION: 55

SECCION PRIMERA

A

ACCION DE NULIDAD: 394
ACTO ADMINISTRATIVO– Eficacia: 157
ACTO ADMINISTRATIVO– Expedición: 157
ACTO ADMINISTRATIVO– Inexistencia: 450
ACTO ADMINISTRATIVO– Validez: 157
ACTO COMPLEJO: 440
ACTO CONFIRMATORIO: 440
ACTO DEFINITIVO: 161
ACTO JURISDICCIONAL: 177
ACTO PARTICULAR: 262
ACTO PRINCIPAL: 440
ACUERDO MUNICIPAL– Eficacia: 232
ACUERDO MUNICIPAL– Irregularidad: 232
ACUERDO MUNICIPAL– Trámite: 232

ACUERDO MUNICIPAL— Validez: 232
ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL— Organización: 266
AERONAVEGABILIDAD: 293
ANATOCISMO: 465, 480
ARANCEL DE ADUANAS: 222
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL— Facultades: 340
ASOCIACION DE AUTORES: 149
AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA: 189, 384
AUTORIDAD DE TRANSITO: 304
AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL: 364
AVALUO CATASTRAL: 277
AVISO PUBLICITARIO: 343

C

CADUCIDAD: 161
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR— Rendimientos: 389
CARGA DE LA PRUEBA: 411
CAUCION— Improcedencia: 277
CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDAD: 411
COADYUVANCIA: 266
COMPETENCIA: 177, 194, 271
COMPETENCIA FUNCIONAL: 242, 262
COMPETENCIA POR CUANTIA: 262
COMPETENCIA TERRITORIAL: 262
CONGRESISTA: 283
CONGRESO: 271, 304
CONSEJO DE ESTADO: 242
CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES: 411
CONTAMINACION VISUAL: 343
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO— Improcedencia: 402
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA: 194, 271
CONTRALORIA MUNICIPAL— Creación: 251
CONTRATO COFINANCIADO: 208
CONTRATO COFINANCIADO— Régimen aplicable: 183
CONTRATO DE FLETAMIENTO MARITIMO: 364

CONTROL FISCAL: 194, 271
CONTROL FISCAL MUNICIPAL: 251
CORREDOR: 364
CORREDOR DE CONTRATOS DE FLETAMIENTO MARITIMO:364
CORRETAJE: 364
CURADOR AD-LITEM: 189

D

DELEGACION DE FUNCIONES: 242
DEMANDA– Corrección: 161
DEMANDA– Ineptitud: 440
DEMANDA– Interpretación: 194, 384
DEMANDA– Requisitos: 194, 277
DERECHO ANDINO: 318
DERECHO COMUNITARIO: 318
DERECHO DE DEFENSA: 172, 277, 411
DERECHO DE PETICION: 257
DERECHO DE PRIORIDAD– Improcedencia: 318
DERECHOS DE AUTOR: 149
DESISTIMIENTO– Improcedencia: 394

E

EJERCICIO DE PROFESIONES: 364
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS: 194
ENTIDADES FINANCIERAS: 194
ESTABLECIMIENTO PUBLICO– Régimen Contractual: 208
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD: 384

F

FACTORING: 426
FACULTAD IMPOSITIVA: 304
FONDO NACIONAL DE AHORRO– Naturaleza Jurídica: 208
FUNCIONARIO DEL SERVICIO EXTERIOR: 222

G

GOBERNADOR: 242

GOBERNADOR— Facultades: 340

I

IMPORTACION DE VEHICULOS: 222

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS— Destinación: 251

IMPUESTO— Inexistencia: 445

INDEBIDA NOTIFICACION: 172

INDERENA: 343

INDIVIDUALIZACION DEL ACTO: 194

INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO: 189

INTERPRETACION PREJUDICIAL: 318

INTRA: 257, 304

INTRA— Facultades: 459

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: 411

J

JUDICATURA: 450

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 177

L

LEASING: 426

LEGITIMACION POR PASIVA: 384

LEGITIMACION PROCESAL: 172

LEY EN EL TIEMPO: 384

LICENCIA DE CONSTRUCCION: 355

M

MEDIO AMBIENTE: 343

MERO ACTO ADMINISTRATIVO: 450

MINISTERIO PUBLICO: 172

MULTA: 355

MUNICIPIO— Creación: 287

N

NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo Legal: 283

NOTIFICACION: 384
NOTIFICACION PERSONAL: 189
NOTIFICACION POR EDICTO: 189
NULIDAD PROCESAL: 172, 394
NULIDAD PROCESAL— Imprudencia: 172

O

ORDENANZA DE FACULTADES: 266

P

PARTES— Representación: 172
PERDIDA DE LA INVESTIDURA: 283
PERMISO DE POLICIA: 355
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO— Representación: 384
PLACA UNICA NACIONAL: 304
PODER DE POLICIA: 343
POTESTAD REGLAMENTARIA: 465
POTESTAD REGLAMENTARIA— Límites (Salvamento de Voto): 480
POTESTAD REGLAMENTARIA— Presupuesto: 201
PRESUPUESTO MUNICIPAL— Integración: 251
PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 411
PROYECTO DE ORDENANZA— Objeciones: 340
PUBLICACION: 157, 232
PURGA DE ILEGALIDAD: 287

R

REGISTRO DE MARCA: 318, 484
REGISTRO TERRESTRE AUTOMOTOR: 459
RUTAS Y HORARIOS: 257

S

SANCION DISCIPLINARIA— Naturaleza: 177
SANEAMIENTO AMBIENTAL: 343
SERVICIO PUBLICO DE SALUD: 246

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: 257
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS: 445
SUBSIDIO DE TRANSPORTE: 201
SUPERINTENDENCIA BANCARIA— Facultades: 426
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO— Facultades:
318, 484
SUSPENSION PROVISIONAL— Improcedencia: 257, 389

T

TARIFA: 246, 445
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS: 402
TERCEROS: 189, 266
TERMINACION DEL PROCESO— Improcedencia: 287
TRANSITO CONSTITUCIONAL: 384
TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL: 293
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO: 262
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO: 318

U

URBANISMO: 355

V

VALOR FOB: 222
VIA GUBERNATIVA— Agotamiento: 161
VIVIENDA DE INTERES SOCIAL: 389

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DE CARGO: 507
ACCION DE NULIDAD: 580
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 504,
611, 739, 798
ADUANAS— Régimen: 615

B

BANCO DE LA REPUBLICA— Régimen Laboral: 564

C

CADUCIDAD: 798

CADUCIDAD— Término: 611

CAJA DE PREVISION SOCIAL: 733

CAPITAN DE ADUANAS— Requisitos: 615

CARGA DE LA PRUEBA: 515, 583, 588, 781

CARRERA ADMINISTRATIVA— Estabilidad: 769

CARRERA ADMINISTRATIVA— Ingreso: 769

CARRERA JUDICIAL— Estabilidad: 712

CESANTIA— Rentabilidad: 550

CESE DE ACTIVIDADES: 686

COMPETENCIA: 597, 655, 733

COMPETENCIA FUNCIONAL: 535

COMPETENCIA POR CUANTIA: 535

COMUNICACION: 523

CONGRESO: 655

CONGRESO— Facultades: 727

CONTRATO ADMINISTRATIVO: 513

CONTROL JURISDICCIONAL: 769

CONTROL JURISDICCIONAL— Improcedencia: 764

D

DEBIDO PROCESO: 692

DECLARATORIA DE ILEGALIDAD: 686

DELEGACION DE FUNCIONES (Salvamento de Voto): 504

DEMANDA— Requisitos: 633

DERECHO A REELECCION: 712

DERECHO DE DEFENSA: 597

DESPIDO DE TRABAJADORES: 686

DESTITUCION: 692, 798

DESVIACION DE PODER: 515, 583, 769

DESVIACION DE PODER– Concepto: 588
DESVIACION DE PODER– Imprudencia: 665
DIRECTIVA PRESIDENCIAL: 628

E

EMPLEADO DE CONFIANZA: 679
EMPLEADO DE DIRECCION: 679
EMPLEADO DE MANEJO: 679
EMPLEADO OFICIAL– Clasificación: 655
EMPLEADO OFICIAL– Estabilidad: 628
EMPLEADOS DEL CONGRESO– Estabilidad: 749
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO: 788, 822
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO– Régimen aplicable: 775
EMPRESAS CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER: 775
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS: 655
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES: 528
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS: 775
ESCALAFON DOCENTE– Exclusión: 507
ESCALAFON DOCENTE– Suspensión: 758
ESCALAFON JUDICIAL: 712

F

FACTOR SALARIAL: 754
FACULTAD DISCRECIONAL: 769, 788
FALTA GRAVE: 798
FER– Naturaleza Jurídica: 670
FONDO NACIONAL HOSPITALARIO: 717
FUERO SINDICAL: 686
FUNCIONARIO DE HECHO– Imprudencia: 817

G

GERENTE: 733
GERENTE– Funciones: 528

GOBERNADOR— Facultades: 497, 504

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 661

INSUBSISTENCIA: 523, 528, 583, 622, 640, 733, 781, 788

ISS— Ingreso: 798

J

JUEZ DE INSTRUCCION PENAL MILITAR: 633

JUNTA ADMINISTRADORA DEL FONDO— Facultades: 717

JUNTA DIRECTIVA: 528, 733

JUNTA DIRECTIVA DEL FER— Integración: 670

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 739

JURISDICCION ORDINARIA: 739

JURISDICCION ROGADA: 794

L

LEGITIMACION POR PASIVA: 633

LEGITIMACION PROCESAL: 513

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION: 497, 504

NECESIDADES DEL SERVICIO: 604

NOTIFICACION— Improcedencia: 523

P

PARTES— Designación: 633

PENSION DE JUBILACION— Compatibilidad: 705

PERSONAL DOCENTE: 507, 811

PERSONAL DOCENTE— Estabilidad: 758

PLANTA DE PERSONAL— Congelación: 628

PODER ESPECIAL: 764

POTESTAD REGLAMENTARIA— Límites: 550

PREJUDICIALIDAD PENAL— Improcedencia: 646

PRESTACIONES SOCIALES: 611
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 781
PRIMA DE ANTIGÜEDAD: 754
PRIMA DE VACACIONES— Exclusión: 554
PROCESO DISCIPLINARIO: 507, 597, 622, 640, 692, 788
PROCESO DISCIPLINARIO— Improcedencia: 633
PROCESO DISCIPLINARIO— Independencia: 646
PROCESO DISCIPLINARIO— Término: 597
PROCESO PENAL— Independencia: 646
PROFESIONAL UNIVERSITARIO: 705

R

REAJUSTE PENSIONAL: 811
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION: 569
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION— Improcedencia: 794
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION— Técnica: 507
RECURSOS— Improcedencia: 523
REGIMEN PRESTACIONAL: 727
REGLAMENTO CONSTITUCIONAL— Improcedencia: 564
RENUNCIA FORZADA— Inexistencia: 822
RETIRO DEL CARGO: 633
RETIRO DEL SERVICIO— Requisitos: 749
REVISION DE SENTENCIAS: 574

S

SALARIO— Compatibilidad: 705
SANCION DISCIPLINARIA— Dosimetría: 798
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION: 497
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO: 764
SILENCIO ADMINISTRATIVO— Improcedencia: 675
SINDICATO DE BASE— Integración: 679
SINDICATO DE BASE— Personería Jurídica: 545
SINDICATO DE INDUSTRIA— Personería Jurídica: 538
SINDICATO— Personería Jurídica: 686
SUSPENSION PROVISIONAL— Requisitos: 580

T

TESORO PUBLICO: 798

TRASLADO: 604

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO: 535

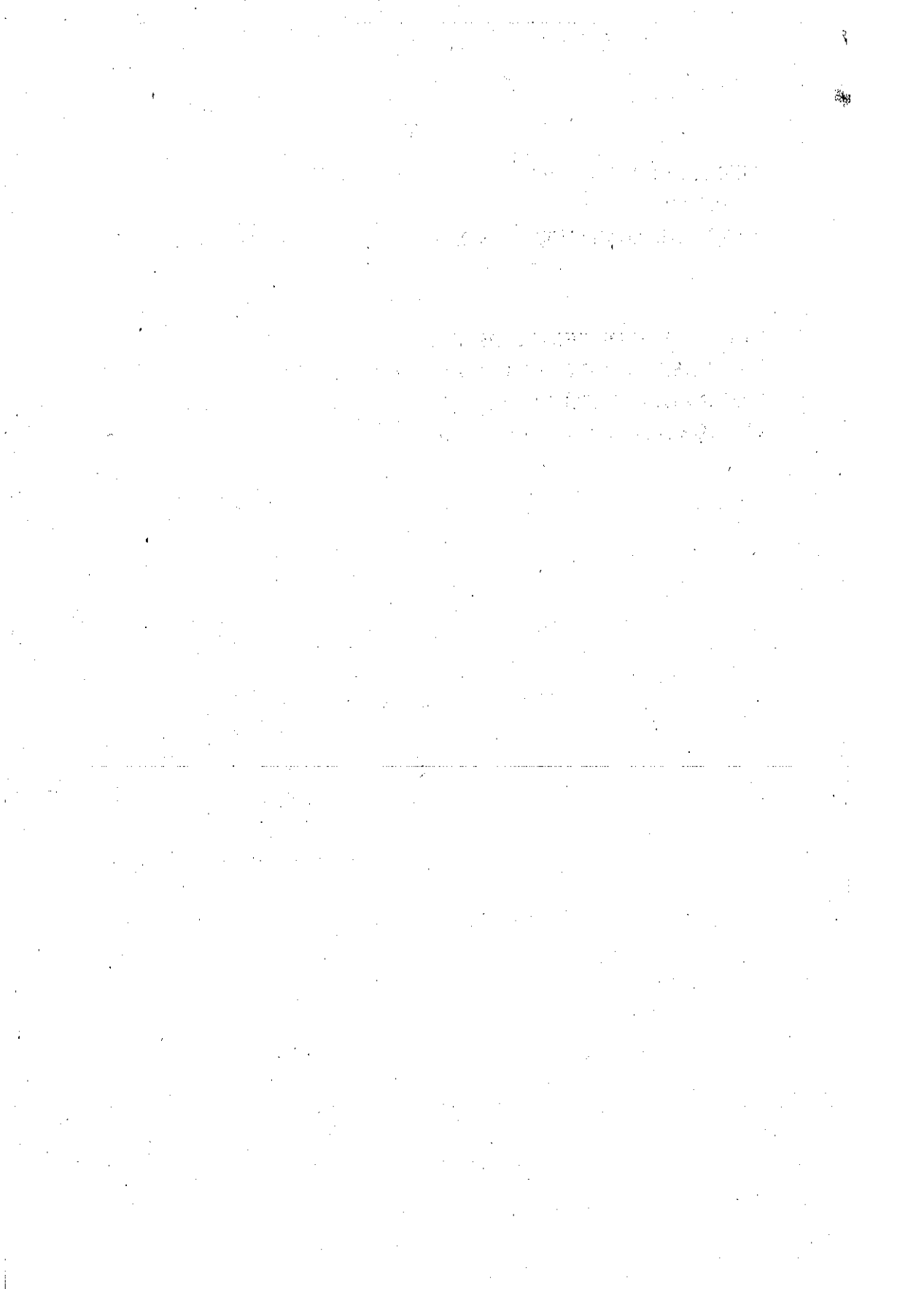
U

ULTIMO AÑO DE SERVICIOS: 811

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA: 733

VACANCIA DEL CARGO: 507

VIA GUBERNATIVA— Agotamiento: 764



CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1992



DECRETOS DEL GOBIERNO

	Pág.
DECRETO REGLAMENTARIO 1848 DE 1969:	580
DECRETO 1147 DE 9 DE JUNIO DE 1971; artículo 1o. Literales a), b), c), e), f), g), h), i), y j) (Anulados)	304
DECRETO 386 DE 10 DE FEBRERO DE 1982; artículos 11, 12, 13, 14 y 15 (Anulado)	564
DECRETO 1059 DE 13 DE ABRIL DE 1983; artículo 3o. (Anulado)	208
DECRETO REGLAMENTARIO 1988 DE 19 DE JULIO DE 1985	183
DECRETO 1888 DE 13 DE JUNIO DE 1986; artículo 1o. (Anulado)	194
DECRETO 2196 DE 10 DE JULIO DE 1986; artículo 7o. (Anulado)	271
DECRETO 1976 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988, (Anulado)	201
DECRETO 2199 DE 25 DE OCTUBRE DE 1988, párrafo 2o. del artículo 2o. (Anulado)	304
DECRETO REGLAMENTARIO 1454 DE 4 DE JULIO DE 1989, por el cual se reglamentan disposiciones en materia de intereses	465
DECRETO REGLAMENTARIO 2613 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1989; (Anulada)	50
DECRETO REGLAMENTARIO 3039 DE 29 DE DICIEMBRE DE 1989, por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 74 de 1989	426
DECRETO 0772 DE 16 DE ABRIL DE 1990; artículo 1o. literal c) (Anulado)	149
DECRETO 1759 DE 2 DE AGOSTO DE 1990, artículos 1o. numeral 2o. literal a) y 3o. numeral 3o. (Suspendido)	246
DECRETO 959 DE 1991, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 49 de 1990; artículo 15	389
DECRETO 1176 DE 1991; aparte del artículo 1o. y artículos 4o. y 6o. (Confirma Suspensión)	550

DECRETO 1407 DE 1991	384
DECRETO 1753 DE 4 DE JULIO DE 1991 , por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 2324 de 1984 y el Código de Comercio, en lo relativo a los corredores de contratos de fletamiento marítimo; literales b), c), d), f) y g) del numeral 1o. del artículo 5o.; literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o.; de los incisos 2o., 3o. y 5o. del artículo 6o.; y los artículos 8o., 10 y 12 (Anulados)	364
DECRETO 1927 DE 6 DE AGOSTO DE 1991 ; artículos 105 y 106 (Revoca Suspensión)	257

RESOLUCIONES

RESOLUCION 028 DE 21 DE ABRIL DE 1987 , expedida por la Junta Nacional de Tarifas; artículo 2o.	445
RESOLUCION 221 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1987 , expedida por la Junta Nacional de Tarifas; artículo 2o.	445
RESOLUCION 10815 DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1988 , expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Anulada)	304
RESOLUCION 817 DE 9 DE FEBRERO DE 1989 , expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Anulada)	304
RESOLUCION 12087 DE 12 DE OCTUBRE DE 1989 , expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Anulada)	343

CIRCULARES

CIRCULAR DGA-910 DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1986 , expedido por el Director General de Aduanas	222
--	-----

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 019 DE 1981 , expedida por la Asamblea Departamental de la Guajira (Revoca Anulación)	754
ORDENANZA 02 DE 3 DE OCTUBRE DE 1989 , expedida por la Asamblea Departamental del Quindío (Confirma Anulación)	340
ORDENANZA 004 DE 1o. DE NOVIEMBRE DE 1989 , expedida por la Asamblea Departamental del Cesar; por la cual se creó el Municipio de El Paso-Cesar (Revoca Anulación)	287

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETO 0728 DE 1990 , expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima; artículo 15	266
---	-----

ACUERDOS MUNICIPALES

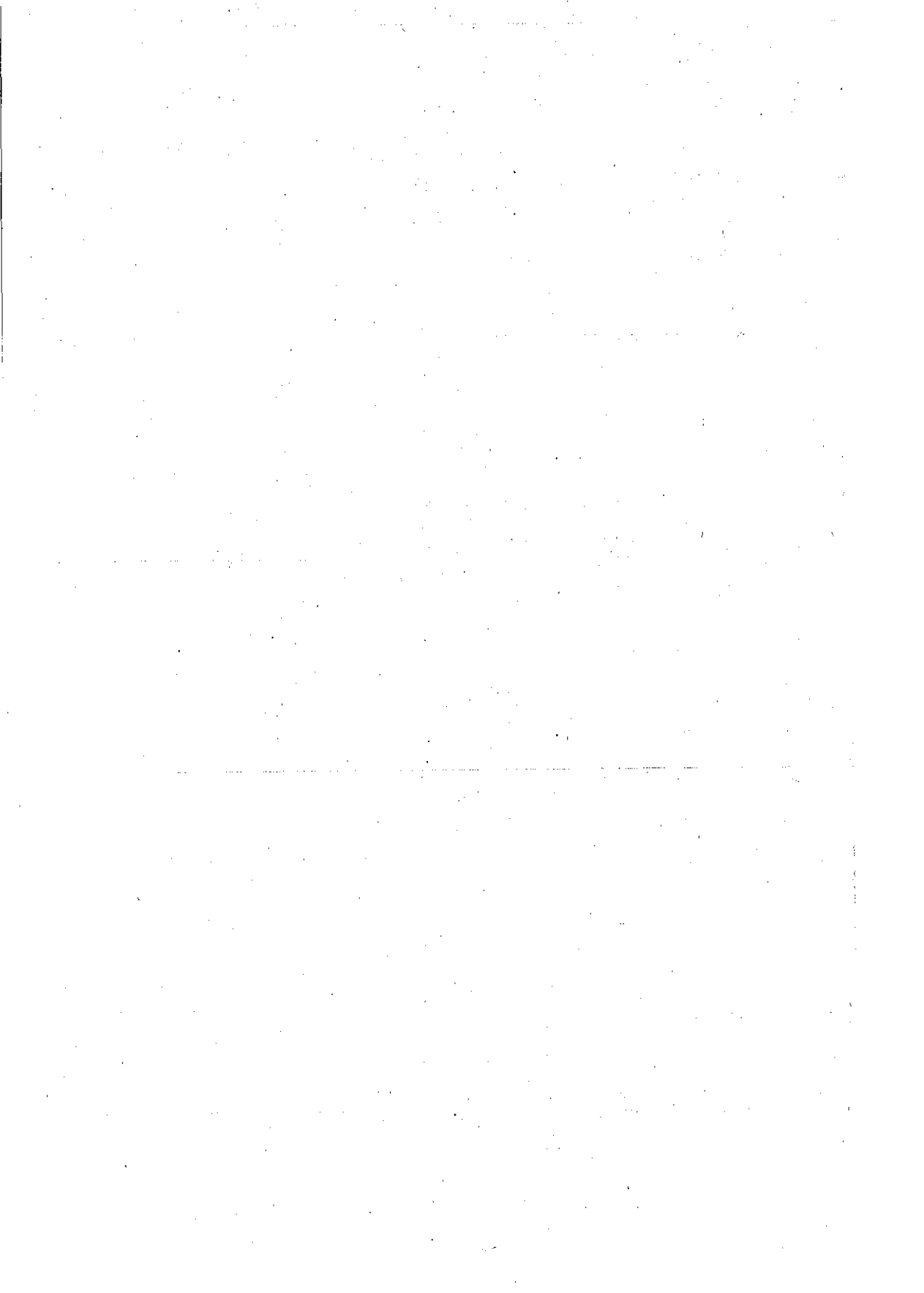
- ACUERDO 027 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1987**, expedido por el Concejo Municipal de Santa Rosa de Cabal - Risaralda 655
- ACUERDO 004 DE 1988**, expedido por el Concejo Municipal de la Virginia-Risaralda; artículo 14 inciso 3o., aparte del artículo 72, aparte del artículo 75 y artículo 83 (Confirma Anulación) 232
- ACUERDO 01 DE 14 DE FEBRERO DE 1991**, expedido por el Concejo Municipal de Ayapel-Córdoba (Revoca Suspensión) 251

DECRETOS DE ALCALDES

- DECRETO 571 DE 25 DE JULIO DE 1991**, expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias 157

OTROS ACUERDOS

- ACUERDO 00034 DE 12 DE AGOSTO DE 1991**, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito INTRA; varias normas (Suspendido) 459



**Este libro se terminó de imprimir
en el mes de octubre de 1993
en los Talleres Gráficos de
CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.
Cra. 4a. No. 25B-50
Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia**

